

Det juridiske fakultet

I hvilken grad har arbeidsgiver en plikt til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold?

—
Av Blerande Thaqi

Veileder: Espen Johannessen

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, vår 2014

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	3
1.1. Oppgavens tema.....	3
1.2. Avgrensning.....	4
1.3. Rettskildesituasjonen	5
1.4. Sentrale begreper	7
1.4.1. Arbeidstaker	7
1.4.2. Arbeidsgiver	8
1.4.3. Arbeidsgivers styringsrett	8
1.5. Videre fremstilling.....	9
2. SKRIFTLIG ARBEIDSAVTALE SOM UTGANGSPUNKT FOR KRAV TIL KLARHET	11
2.1. Krav til arbeidsavtalen.....	11
2.2. Tolkning av arbeidsavtalen.....	13
2.3. Sondringen mellom vesentlige og ikke-vesentlige avtalevilkår	15
3. TYPETILFELLER	18
3.1. Midlertidige ansettelser	18
3.1.1. Krav til klarhet i hva som er avtalt om ansettelsesforholdets art	18
3.1.2. Kan det oppstilles et krav om at arbeidstaker må være i god tro om sin stilling?	24
3.2. Endringer i ansettelsesforhold	26
3.2.1. Generelt om arbeidsgivers endringsadgang	26
3.2.2. Endringer i vilkår om arbeidstidens plassering	29
3.2.3. Endringer i vilkår om arbeidstidens lengde.....	35
3.2.4. Endringer i vilkår om arbeidssted og arbeidsoppgaver	39
3.3. Lønnsvilkår	44
3.4. Egenoppsigelse	48
4. AVSLUTNING	51
4.1. Oppsummering	51
4.2. Behovet for et generelt klarhetskrav på arbeidsrettens område.....	52
4.3. Kan det oppstilles et generelt klarhetskrav?	54
5. KILDELISTE	57

1. INNLEDNING

1.1. Oppgavens tema

Mina på 20 år skal jobbe i et vikariat som barnehageassistent i to måneder. For henne er det uten betydning at ansettelsesforholdet er midlertidig, da all arbeidserfaring vil se positivt ut på CV-en. Ved vikariatets utløp forlenger sjefen ansettelsesperioden på ubestemt tid. Mina fortsetter å jobbe som barnehageassistent uten skriftlig arbeidsavtale. Året etter får hun den uventede beskjeden om at hun må slutte i barnehagen. Mina er sikker på at det må anses som avtalt at hun er fast ansatt, til tross for at det ikke foreligger en skriftlig arbeidsavtale. Sjefen er uenig. Hendelsen får Mina til å tenke; er det ikke arbeidsgiver som må sørge for klarhet i det som er avtalt?

Minas spørsmål leder over til oppgavens tema. Temaet er av arbeidsrettslig art. Problemstillingen som skal belyses er i hvilken grad arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold, og hva denne plikten innebærer. I forlengelsen av dette, skal det avslutningsvis i oppgaven vurderes om det kan oppstilles et generelt klarhetskrav i arbeidsretten, eller om en eventuell plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold er forbeholdt enkelte arbeidsrettslige områder.

Med vilkårene for et ansettelsesforhold mener jeg de avtalte betingelser som gjelder i et bestemt ansettelsesforhold, og som er bestemmende for arbeidstakers og arbeidsgivers rettigheter og plikter. Arbeidstakeren kan blant annet ansettes midlertidig som følge av et vikarbehov. Tilfellet kan også være at arbeidstakeren er ansatt på et bestemt grunnlag og bestemte vilkår, men at disse senere ensidig vil endres av arbeidsgiveren. Vilråene for ansettelsesforholdet skal klargjøre hva arbeidsgiver og arbeidstaker kan gjøre mens ansettelsesforholdet består. Oppgaven vil i punkt 3.4 også ta for seg et typetilfelle som omhandler opphør av ansettelsesforhold.

Dersom det ikke eksisterer en skriftlig arbeidsavtale som viser hvilke vilkår som gjelder for et bestemt ansettelsesforhold, eller dersom disse vilkårene er vage og diffuse, oppstår spørsmålet om hvordan en eventuell tvist mellom partene om vilkårene skal løses. Oppgaven vil i det følgende belyse hvordan en slik tvist skal løses.

Flere juridiske forfattere har brukt begrepet *klarhetskrav*, men begrepet har blitt tillagt ulikt innhold. Eksempelvis bruker Fougner dette begrepet om situasjoner der det kreves klare holdepunkter for at arbeidsgiver ikke har en adgang til å endre arbeidstidens plassering.¹ Ulseth bruker begrepet synonymt med den uklarhetsregel som er utviklet i kontraktsretten.² Jeg kommer tilbake til uklarhetsregelen i punkt 2.2. Begrepet klarhetskrav har således ikke fast rettslig innhold. I denne oppgaven bruker jeg begrepet klarhetskrav som en betegnelse for den plikt arbeidsgiver har til å sørge for klarhet i vilkårene det er sluttet avtale om i et ansettelsesforhold.

Det er arbeidsgiver som er ansvarlig for at regler i lover og forskrifter overholdes.³ Hva gjelder de avtalte vilkår mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, er det i flere rettsavgjørelser uttrykkelig uttalt at det også er arbeidsgiverens plikt til å sørge for klarhet i ansettelsesforhold.⁴ Det gis imidlertid ingen nærmere redegjørelse for hva denne plikten innebærer og hvor langt den rekker. I det følgende vil jeg, med utgangspunkt i enkelte arbeidsrettsrettslige typetilfeller, drøfte ulike rettskilder for å slå fast innholdet og omfanget av denne plikten. Med utgangspunkt i typetilfellene vil det også være mulig å undersøke om det eksisterer et generelt klarhetskrav.

Problemstillingen er av stor praktisk og rettslig betydning. Dersom arbeidstakere får kunnskap om arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet, vil det være enklere for dem å gjøre gjeldende deres rettigheter overfor arbeidsgiver mens ansettelsesforholdet består. Tilsvarende vil klare regler om hvilken plikt arbeidsgiver har til å sørge for klarhet i vilkårene, gjøre det enklere for arbeidsgiver å foreta rettmessige disposisjoner. Klare vilkår sikrer forutberegnelighet og trygghet for begge parter, og dette kan igjen bidra til å redusere antall tvister.

1.2. Avgrensning

Problemstillingen vil i hovedsak belyses ut fra arbeidsmiljøloven. Oppgaven avgrenses således mot behandling av retts situasjonen for tjenestemenn som omfattes av

¹ Jan Fougner, ”Arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstidens plassering – kommentar til en høyesterettsdom”, *Tidsskrift for Arbeidsrett*, 2009 s. 195-217 (s. 204).

² Therese Smith Ulseth, ”Hva er så spesielt med tariffavtaler? Om tolkning av tariffavtaler, særlig om klarhetskravet”, *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 6*, 2012 s. 325-340.

³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 89.

⁴ Se blant annet Rt. 2007 side 129 og LB-2013-4048 (Borgarting lagmannsrett).

tjenestemannsloven.⁵ I tillegg avgrenses det mot en inngående behandling av regler i spesiallovgivningen.

Jeg vil videre konsentrere meg om noen få typetilfeller for å belyse oppgavens problemstilling. De typetilfeller som er behandlet i oppgaven, er representative og typiske tilfeller i arbeidsretten.

Ettersom oppgavens problemstilling tar sikte på å belyse i hvilken grad arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i de avtalte vilkår mellom partene, avgrenses det således mot en behandling av om denne plikten også gjør seg gjeldende for administrative ordninger.⁶

1.3. Rettskildesituasjonen

Det er få rettskilder som direkte berører oppgavens problemstilling.

En arbeidsavtale vil være bindende for arbeidsgiver og arbeidstaker. Mellom avtalepartene kan avtalen fungere som primært rettsgrunnlag på samme måte som lov.⁷ Som jeg skal komme tilbake til i punkt 2, vil arbeidsavtalen kaste lys over de vilkår det er sluttet avtale om. Da alle arbeidsavtaler er forskjellige, er det nødvendig å behandle arbeidsmiljølovens regler om krav til utformingen av arbeidsavtalen for å besvare problemstillingen.⁸ Bestemmelsene i aml. §§ 14-5 og 14-6 om krav til skriftlig arbeidsavtale, implementerer EU-direktiv

⁵ Lov 4 mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

⁶ Spesielt for administrative ordninger er at de kan etableres ensidig av virksomheten uten å bygge på noen avtale med arbeidstakerne. Det går derfor et skille mellom på den ene side administrative ordninger som arbeidsgiver ensidig kan innføre, endre og avvikle, og på den annen side individuelt avtalte rettigheter med en begrenset styringsrett for arbeidsgiver, se Stein Evju, "Endring av tjenestepensjon m.v." i *Moderne forretningsjus*, Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red.), Oslo 2001, side 54. Et eksempel på en administrativ ordning er supplerende tjenestepensjonsordninger som opprettes med hjemmel i Lov 24 mars nr 16 om foretakspensjon (foretakspensjonsloven) § 2-1. Manglende klarhet knyttet til en administrativ ordning kan ha den konsekvens at ordningen anses som en individuelt avtalt rettighet, se Rt. 2008 side 1246. Dette behandles imidlertid ikke i denne oppgaven.

⁷ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004, side 337.

⁸ Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (heretter aml. eller arbeidsmiljøloven).

91/533/EØF. Som følge av at Norge er part i EØS-avtalen, er vi folkerettslig forpliktet til å påse at nasjonal lovgivning er i samsvar med EU-retten.⁹

Til tross for at forarbeidene ikke berører problemstillingen direkte, vil de likevel være av betydning da de inneholder uttalelser som er veiledende for spørsmålet om hvilke disposisjoner arbeidsgiver kan treffe i et ansettelsesforhold.

Videre vil oppgaven i det vesentlige bygge på rettspraksis. Det erkjennes i rettspraksis at arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i ansettelsesforhold. Omfanget av og innholdet i plikten fordrer imidlertid at det foretas en drøftelse av flere rettsavgjørelser, da dette ikke kan utledes av en avgjørelse alene. Rettsavgjørelsene må således sammenlignes og holdes opp mot hverandre. Ettersom Høyesterett dømmer i siste instans, er avgjørelser fra underinstanser ikke bindende for Høyesterett. Det har den virkning at det bare er Høyesteretts avgjørelser som kan tillegges selvstendig betydning.¹⁰ Da det foreligger lite høyesterettspraksis som direkte berører problemstillingen, vil avgjørelser fra underinstanser likevel være av betydning.

Det er mange grunnleggende og spesielle hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidsrettens område. Et viktig hensyn er hensynet til arbeidstakernes trygghet, helse og velferd. Samtidig er hensynet til virksomhetenes behov for fleksibilitet, frihet og verdiskapning også av betydning.¹¹ Slike hensyn vil på noen områder være bestemmende for oppgavens resultat.

Juridisk teori har liten vekt som rettskildedefaktor, da teorien gir uttrykk for forfatterens egne vurderinger av et rettsområde.¹² Ettersom problemstillingen ikke er direkte berørt i mange av de sentrale rettskildene, må likevel juridisk teori få betydning. De typetilfellene som det vil bli redegjort for i denne oppgaven, er til dels omfattende behandlet i juridisk teori.

⁹ Lov 27 november 1993 nr. 209 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 2, jf. EØS-avtalen artikkel 7.

¹⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse” i *Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s. 323-343 (s. 326).

¹¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 61.

¹² Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001, side 270.

1.4. Sentrale begreper

1.4.1. Arbeidstaker

Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd gir en legaldefinisjon av arbeidstakerbegrepet. Med arbeidstaker menes ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Bestemmelsen angir uttrykkelig at legaldefinisjonen bare gjelder for forhold som er regulert av arbeidsmiljøloven. Ordlyden tilsier at det må foreligge et underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker der førstnevnte styrer sistnevnte. Utgangspunktet må imidlertid modifieres; personer som har overordnede stillinger, slik som arbeidsledere, er også å anse som arbeidstakere.¹³

Avgjørende for om en person skal anses som en arbeidstaker, er om tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. I denne vurderingen inngår det flere momenter.¹⁴ En redegjørelse av momentene vil i midlertidig ikke foretas, da det ligger utenfor oppgavens tema.

Det er likevel viktig å bemerke at dersom en person etter en helhetsvurdering ikke kan anses som en arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven, vil loven ikke komme til anvendelse, jf. aml. § 1-2 første ledd. Avtalen mellom partene vil da utgjøre en vanlig kontrakt. Avtaleforholdet vil i slike tilfeller være regulert av avtalerettslige regler og eventuelt andre særlover. Det er således av betydning for en person at han kan anses som arbeidstaker som er beskyttet av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven. Av den grunn må arbeidstakerbegrepet gis en vid fortolkning.¹⁵

Arbeidstakere nyter et godt vern gjennom arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Arbeidsmiljøloven er ufravikelig til gunst for arbeidstakere, jf. aml. § 1-9. Det følger av ordlyden at avtaler til ugunst for arbeidstaker krever særskilt hjemmel. Bakgrunnen for en slik regel er at arbeidsmiljølovens primære formål er å verne arbeidstakerne mot fysiske og psykiske skadevirkninger, og med det å sikre trygge ansettelsesforhold, jf. lovens formålsbestemmelse § 1-1 bokstav a og b. Trygge ansettelsesforhold er et av lovens bærende

¹³ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave, Oslo 2011, side 31.

¹⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 73.

¹⁵ Se Rt. 2013 side 354 (Avlaster-dommen), premiss 39.

hensyn, og speiler særlig reglene om stillingsvern.¹⁶ Hensynet vil bli betydelig vektlagt i enkelte av de drøftelser som foretas i denne oppgaven.

1.4.2. Arbeidsgiver

Det følger av aml. § 1-8 annet ledd at det med arbeidsgiver ”menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Denne vurderingen medfører vanligvis få problemer. En ordlydsfortolkning tilsier at arbeidsgiver er enhver fysisk og juridisk person som ansetter noen med rettigheter knyttet til ham. Denne forståelse har støtte i forarbeidene.¹⁷

Lovgiver har bestemt at arbeidsgiver hovedsakelig skal være adressat for arbeidsmiljølovens pålegg.¹⁸ I denne sammenheng er det viktig å påpeke at lovens system kan tyde på at det er arbeidsgiver som i mange tilfeller bør bære ansvaret når vilkårene i et ansettelsesforhold ikke er tilstrekkelig klare. Spesielt må dette gjelde for de offentligrettslige deler av arbeidsmiljøloven, eksempelvis reglene i arbeidsmiljøloven kapittel tre om sikring av fullt forsvarlig arbeidsmiljø, da de samfunnsmessige hensyn kommer tyngre inn på disse områder.

Når vilkårene i § 1-8 er oppfylt, vil det foreligge et ansettelsesforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Med dette følger en rekke rettigheter og plikter som etter aml. § 14-5 skal komme til uttrykk i en skriftlig arbeidsavtale. Dette vil jeg behandle i punkt 2.1.

1.4.3. Arbeidsgivers styringsrett

Ettersom ”endringer i ansettelsesforhold” er inntatt som typetilfelle i denne oppgaven, er det nødvendig å kort gjøre rede for hva det vil si at arbeidsgiver har en styringsrett.

Styringsretten har tradisjonelt blitt definert som en rett for arbeidsgiver til å lede, organisere, fordele og kontrollere arbeidet.¹⁹ Noen juridiske forfattere har brukt en videre formulering, slik at det i styringsretten også ligger en rett til å inngå og bringe arbeidsavtaler til opphør.²⁰ Det følger av sikker rett at styringsretten ligger til arbeidsgiver, og at arbeidsgiver kan utøve

¹⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 68.

¹⁷ *Op.cit.*, side 74.

¹⁸ Følger av aml. § 2-1, samt Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 88.

¹⁹ Se for eksempel Rt. 2000 side 1602.

²⁰ Eksempelvis Stein Evju, ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1*, 2003 s. 3-32 (s. 15).

denne retten såfremt det ikke finnes andre holdepunkter i lov, tariffavtaler og individuelle avtaler. Styringsretten begrenses også av mer allmenne saklighetsnormer; det må foreligge et forsvarlig grunnlag for arbeidsgivers disposisjoner. Disposisjonene må ikke fremstå som vilkårlige, eller være basert på utenforliggende hensyn.²¹ Ettersom styringsretten har mange begrensninger, blir retten ofte omtalt som en restkompetanse.²²

Styringsretten er ikke lovfestet. Retten fremstilles av noen som en kontraktsvirkning, som noe som følger av avtalen.²³ Andre mener at grunnlaget ligger forut for arbeidsavtalen, da rettsordenen har anerkjent en slik rett.²⁴ Det er ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette, da det ikke er av betydning for problemstillingen. Jeg nøyer meg med å påpeke at styringsretten aktualiseres når det er inngått et ansettelsesforhold.

I en virksomhet er det et behov for å ta løpende avgjørelser som angår driften og de ansatte. Det er derfor både nødvendig og ønskelig at arbeidsgiver har en styringsrett. Det er videre naturlig at en denne retten ligger hos den som er ansvarlig for bedriften, og som er adressat for arbeidsmiljølovens pålegg. Eksempelvis vil det være vanskelig for arbeidsgiver å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø uten en rett til å styre virksomheten og arbeidstakerne. Jeg kommer nærmere inn på styringsretten i punkt 2.3 og 3.2.

1.5. Videre fremstilling

Oppgaven er delt inn i to hovedkapitler:

I kapittel 2 vil jeg konsentrere meg om arbeidsavtalen som primært rettsgrunnlag for en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet i vilkårene det er sluttet avtale om i et ansettelsesforhold. Arbeidsavtalen skal gi uttrykk for de avtalte betingelser, og vil således være av betydning for spørsmålet om hvem som er ansvarlig når vilkårene er uklare.

I kapittel 3 tar jeg utgangspunkt i typetilfeller for å fastslå innholdet i og omfanget av arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet. Når det ikke uttrykkelig har vært anført en generell

²¹ Rt. 2001 side 418 (Kårstø-dommen).

²² Se eksempelvis Kårstø-dommen på side 427.

²³ Henning Jakhelln, "Arbeidsretten: En kortfattet oversikt", *Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 10*, Oslo 1992, side 9.

²⁴ Evju (2003) side 18.

plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet i arbeidsretten, vil det derfor måtte tas utgangspunkt i typetilfeller for å bekrefte eller avkrefte om det kan oppstilles et generelt klarhetskrav.

Under kapittel 4 vil jeg foreta en vurdering av om det er behov for et generelt klarhetskrav på arbeidsrettens område, før jeg konkluderer på spørsmålet om det eksisterer et generelt klarhetskrav for arbeidsgiver.

2. SKRIFTLIG ARBEIDSAVTALE SOM UTGANGSPUNKT FOR KRAV TIL KLARHET

2.1. Krav til arbeidsavtalen

Som følge av at to personer har inngått en avtale om et ansettelsesforhold, vil kontrakten mellom partene være underlagt andre reguleringer enn det som er tilfellet for vanlige avtaler. Arbeidsavtalen er underlagt preseptorisk lovgivning som har den konsekvens at det eksisterer mange begrensninger i avtalefriheten.

Det følger av aml. § 14-5 at det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Paragrafene 14-5 og 14-6 implementerer EUs Rådskonklusjon 91/533/EØF om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om *vesentlige forhold* i ansettelsesforholdet.

Det følger av direktivets artikkel 2 at:

”An employer shall be obliged to notify an employee to whom this Directive applies ... of the essential aspects of the contract or employment relationship.”

Direktivet slår med dette fast at arbeidsgiver har en informasjonsplikt om hovedinnholdet i en arbeidsavtale eller ansettelsesforhold. Informasjonen skal gis skriftlig, jf. direktivets artikkel 3. I aml. § 14-6 er det fra bokstavene a til m listet opp kriterier til arbeidsavtalens innhold. Det følger av bestemmelsen at den bare stiller minimumskrav til hva avtalen skal inneholde, og utgjør dermed ingen uttømmende regulering.

Skriftlig arbeidsavtale skal foreligge snarest mulig og senest en måned etter at ansettelsesforholdet begynte, dersom ansettelsesforholdet varer i mer enn én måned, jf. § 14-5 annet ledd. For ansettelsesforhold av kortere varighet, skal det umiddelbart inngås skriftlig arbeidsavtale, jf. tredje ledd.

Begrunnelsen for skriftlighetskravet er i forarbeidene gitt slik:

”Det er viktig at arbeidstakerne kan oppleve trygghet i sitt arbeidsforhold med hensyn til den stadfestelse og notoritet en skriftlig kontrakt gir det underliggende privatrettslige forhold”.²⁵

Uttalelsen forstås dithen at for å kunne ivareta hensynet til trygge ansettelsesforhold, er det viktig at arbeidsgiver og arbeidstaker inngår en skriftlig avtale som skisserer partenes rettigheter og plikter så lenge ansettelsesforholdet består. Det er arbeidsgiveren som skal sørge for slik trygghet for arbeidstakerne. Dette følger uttrykkelig av EU-direktivet, samt av den omstendighet at arbeidsmiljøloven og forarbeidene presiserer at arbeidsgiver har hovedansvaret for gjennomføringen av arbeidsmiljølovens krav.²⁶ I aml. § 14-5 første ledd annet punktum er det bestemt at arbeidsgiveren er den som skal utforme et utkast til arbeidsavtalen.

Ordlyden i § 14-5 tyder på at skriftlighetskravet er en gyldighetsbetingelse, jf. ordene ”skal inngås”. Dette er imidlertid ikke tilfellet. Spørsmålet om kravet til skriftlig arbeidsavtale er en gyldighetsbetingelse, har blitt berørt i en rekke avgjørelser. I Rt. 2004 s. 53 uttalte førstvoterende i premiss 30 at:

”...manglende skriftlighet ikke [vil] gjøre avtalen ugyldig, men dette vil blant annet kunne føre til at avtalen ved tvil om innholdet blir tolket i arbeidsgivers disfavør”.

Ettersom et påbud om skriftlig arbeidsavtale ikke er en gyldighetsbetingelse, betyr det at påbudet er en ordensforskrift.²⁷ Det er derfor ikke av betydning for gyldigheten av en arbeidsavtale at den ikke er skriftlig, eller at arbeidsavtalen ikke er tilstrekkelig klargjort.²⁸ Manglende eller uklar avtale vil imidlertid få betydning for vurderingen av i hvilken grad arbeidsgiver er ansvarlig til å sørge for klarhet i tvilstilfeller. Dette vil jeg komme tilbake til ved behandlingen av de ulike typetilfellene.

De krav som stilles til skriftlig avtale er bare formelle krav. Reglene griper ikke inn i det materielle rettsforholdet mellom partene. Innholdskravene begrenser eksempelvis ikke

²⁵ Innst. O. nr.5 (1999-2000) punkt 1.2.2.

²⁶ Arbeidsmiljøloven § 2-1, samt Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 89.

²⁷ Tor Allstrin mfl., *Endring og opphør av arbeidsforhold*, 2. utgave, Oslo 2012, side 72

²⁸ *Ibid.*

arbeidsgiverens rett til å foreta endringer i vilkårene for et ansettelsesforhold.²⁹ Det som fremkommer av arbeidsavtalen vil imidlertid gi uttrykk for arbeidsgivers plikter og rettigheter, og på den måte kunne gi svar på om arbeidsgiver har gitt avkall på sin styringsrett. En klar arbeidsavtale vil også ha den virkning at det er mulig å etterprøve den for å fastslå hvilke vilkår det er sluttet avtale om, og innholdet i disse.

2.2. Tolkning av arbeidsavtalen

Dersom den skriftlige arbeidsavtalen er uklar på enkelte punkter, må spørsmålet om hvordan vilkårene i arbeidsavtalen skal forstås, bero på en tolkning av avtalen.

Det eksisterer ingen regler i arbeidsmiljøloven som fastslår hvordan en arbeidsavtale skal tolkes. Det følger av Kjæremålsutvalgets uttalelse i Rt. 1988 side 766 (side 769) at i mangel på slik lovgivning må man derfor falle tilbake på vanlige avtalemessige prinsipper.

Hovedregelen i kontraktsretten om tolkning av avtaler, er at partenes felles forståelse av et utsagn eller en avtale skal legges til grunn. Som videreføring av hovedregelen er det oppstilt en god tro-regel. Regelen innebærer at en avtalepart som forsto eller burde forstått at avtalen hadde en bestemt mening med det, ikke kan kreve at sin egen tolkning legges til grunn.³⁰ Dersom ikke en felles forståelse kan påvises, skal tolkningen skje med utgangspunkt i avtalens ordlyd. Avtalen skal da tillegges den betydning som adressaten med rimelighet kan legge i det.³¹ Ordlyden vil skape berettigede forventninger hos partene når de har innrettet seg etter denne.

Dersom det i arbeidsrettslige tvister oppstår spørsmål om hva som er avtalt, følger det av sikker rettspraksis at det skal tas utgangspunkt i ordlyden i arbeidsavtalen dersom det foreligger en. Hvis ordlyden ikke gir et klart svar på spørsmålet, legger førstvoterende i Rt. 2000 side 1602 (Nøkk-dommen) til grunn at ved tolkning av arbeidsavtalen vil sentrale tolkningsmomenter være stillingsbetegnelse, omstendigheter rundt ansettelsen, sedvaner i

²⁹ Jan Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven*, 2 utgave, Oslo 2013, side 621.

³⁰ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 3 utgave, Oslo 2002, side 148-150

³¹ *Op.cit.*, side 151

bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold, og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen. Partenes forutsetninger vil også være av stor betydning.³²

Momentet ”hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen”, som for første gang ble presentert i Nøkk-dommen, anses som en sikkerhetsventil for arbeidsgivere. Som det vil fremgå av punkt 3.2, har arbeidsgiver ofte behov for å foreta endringer. Et slikt tolkningsmoment vil kunne føre til at arbeidsgiver faktisk kan foreta disposisjoner som ikke fremkommer klart av avtalen, til tross for at det kan være ugunstig for arbeidstakeren.

Videre er det i kontraktsretten oppstilt supplerende tolkningsregler for de tilfeller der det ikke er mulig å løse en tolkningstvil med hjelp av de nevnte tolkningsregler. Interessant for oppgavens problemstilling er uklarhetsregelen, også kalt forfatterregelen, som går ut på at en avtale bør tolkes i mot den som har det største ansvaret for uklarheten som har oppstått. Den som burde uttrykt seg klarere er den som har utformet avtalen, og det vil som regel være den kyndige part.³³ Regelen anvendes også i de situasjoner der en avtalepart ønsker en endring i et bestående rettsforhold. I de tilfeller ordlyden er tvetydig, må avtalen tolkes i disfavør av den som ønsker en endring og som ikke har gjort denne forutsetningen klar i avtalen.³⁴

Arbeidsretten har brukt denne tolkningsregelen ved tolkning av tariffavtaler.³⁵ Uttalelsen fra Høyesterett i Rt. 2004 side 53 om at manglende skriftlighet vil kunne føre til at avtalen blir tolket i arbeidsgivers disfavør, tyder på at uklarhetsregelen også benyttes ved tolkning av individuelle arbeidsavtaler. Normalt bør hver av partene bære risikoen for at egne forutsetninger ikke kommer til uttrykk i en avtale.³⁶ Å benytte uklarhetsregelen også i arbeidsretten vil imidlertid være rimelig ettersom arbeidsgiveren vil være den kyndige part i et ansettelsesforhold. Ansettelsesforhold kan langt på vei sammenlignes med forbrukerforhold ettersom arbeidsgiver vil være sterkere enn arbeidstakeren, på samme måte som den næringsdrivende vil være sterkere enn forbrukeren. Dette tilsier at når en uklarhetsregel kan benyttes ved tolkning av forbrukeravtaler, bør den kunne brukes ved tolkning av arbeidsavtaler.

³² Følger blant annet av Rt. 2010 side 412 og Rt. 2008 side 1246.

³³ Hov (2002) side 148-159, samt ARD 2004 side 250.

³⁴ Ulseth (2011) side 330.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Johan Giertsen, *Avtaler*, Oslo 2006, side 95.

Et annet moment som taler for at en uklarhetsregel kan benyttes ved tolkning av individuelle arbeidsavtaler, er at arbeidsavtalen skal utformes av arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver ikke har klart å utforme en arbeidsavtale som inneholder klare opplysninger om hva vilkårene for ansettelsesforholdet er og innholdet i disse, bør det gå ut over han. Dersom uklarhetsregelen kan benyttes ved tolkning av arbeidsavtaler, vil det få betydning for arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold. Dette behandles ytterligere i punkt 3.2.

Styrkeforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver må imidlertid få betydning ved tolkningen av arbeidsavtalen. Dette følger av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper.³⁷ Den rimelighetsvurdering som skal foretas etter avtaleloven § 36 skal ta utgangspunkt i blant annet partenes stiling.³⁸ I Rt. 2000 side 1800 ble et bostedsvilkår i en arbeidsavtale vurdert opp mot avtaleloven § 36. Avgjørelsen viser at arbeidstakere i ledende stillinger ofte ikke har krav på samme beskyttelse som arbeidstakere som stiller svakere i forhold til arbeidsgiver, og at all tvil om en avtalebestemmelse nødvendigvis ikke vil gå ut over arbeidsgiver.

2.3. Sondringen mellom vesentlige og ikke-vesentlige avtalevilkår

Det må i det følgende skilles mellom vilkår som fremstår som vesentlige for et ansettelsesforhold og de vilkår som ikke gjør det, selv om denne sondringen er mest aktuell under temaet endringer i ansettelsesforhold. Problemstillingen som skal drøftes i det følgende, er hva slags betydning sondringen vil få for arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold.

I Rt. 2009 side 1465 (Seinvakt-dommen) var det grunnleggende spørsmål hvilke krav som skal stilles til klarhet ved fraskrivelse av styringsretten. I premiss 41 uttalte førstvoterende at dersom særskilt avkall på styringsretten ikke følger av arbeidsavtalen, kan arbeidsgiveren innenfor de begrensninger som følger av lov, tariffavtaler og den individuelle arbeidsavtalen endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet. I det følgende brukes ordene *vesentlige vilkår* som samlebetegnelse for slike avtalebestemmelser.

³⁷ Hotvedt og Ulseth, ”Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsøktett”, *Tidsskrift for Arbeidsrett nr. 1*, 2013, s. 112-1138 (s. 122).

³⁸ Lov 26 mars 1918 nr 9 om avtaleslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljесerklæringer (avtaleloven).

Høyesterett uttalte seg ikke uttrykkelig om de tilfeller der en endringsadgang følger av avtalen. Ettersom Høyesterett imidlertid vurderte om arbeidsgiver ved bruken av forkortelsen ”p.t.” i arbeidsavtalen hadde sikret seg en endringsadgang, tolkes dette som om at sontringen ikke gjelder for de tilfeller der en endringsadgang følger av avtalen. Dette til tross for at avtalebestemmelsen fremstår som vesentlig for ansettelsesforholdet.³⁹ Det kan imidlertid tenkes at selv om en endringsadgang følger av arbeidsavtalen, vil en ensidig endring av en avtalebestemmelse kunne føre til at endringen er i strid med avtaleloven § 36.

Det synet som kommer til uttrykk i Seinvakt-dommen, synes å støtte det utgangspunkt som arbeidsmiljølovens krav om skriftlig arbeidsavtale blant annet bygger på. Ettersom aml. § 14-6 krever at det i arbeidsavtalen skal inntas opplysninger av vesentlig betydning for ansettelsesforholdet, tilsier det at arbeidsgiver ikke ensidig kan beslutte endringer i de avtalevilkår som fremstår som vesentlige for ansettelsesforholdet.

Evju legger også til grunn at det er et grunnleggende og sikkert utgangspunkt at arbeidsgiver ikke i vid forstand kan pålegge eller gjennomføre endringer i arbeidsvilkår i strid med det som følger av arbeidsavtalen. Han erkjenner imidlertid at det kan tenkes at visse endringer likevel tillates.⁴⁰ Den omstendighet at han bruker ordene ”ikke i vid forstand” taler imidlertid for at arbeidsgiver ikke kan gjennomføre endringer i vesentlige vilkår når arbeidsavtalen ikke gir grunnlag for det.

Når førstvoterende i Seinvakt-dommen presiserte at arbeidsgiver ikke kunne endre de avtalevilkår som fremstår som vesentlige for ansettelsesforholdet, tilsier det at endringer i ikke-vesentlige vilkår ensidig kan besluttes av arbeidsgiver. Forutsetningen er imidlertid at arbeidsgiver ikke har gitt avkall på sin styringsrett, jf. Høyesteretts uttalelse.

Avkall på styringsretten kan gis ved at det uttrykkelig er skrevet i avtalen at arbeidsgiver ikke kan foreta endringer i ansettelsesforholdet. Dette vil sjelden være tilfelle, da arbeidsgiver normalt ikke er interessert i å fraskrive seg en endringsadgang. Dessuten vil uforutsette

³⁹ Dette vil behandles ytterligere i punkt 3.2.2

⁴⁰Evju (2001) side 59.

hendelser eller samfunnsutviklingen kunne være en begrunnelse for at en endringsadgang anses påkrevd.⁴¹

Avkall kan også gis ved at arbeidsgiver presiserer et vilkår i arbeidsavtalen. Eksempelvis vil en presisering i avtalen om at arbeidstaker bare skal jobbe kveldsvakter, slik tilfellet var i Seinvakt-dommen, kunne medføre at arbeidstaker har gitt avkall på retten til å endre arbeidstidens plassering. Om arbeidsgiver likevel kan foreta endringer, til tross for at vilkåret er presisert i arbeidsavtalen, beror derfor på om vilkåret fremstår som vesentlig for ansettelsesforholdet.

Det er vanskelig å fastslå generelt hvilke avtalebestemmelser som fremstår som vesentlige for et ansettelsesforhold. Det kan likevel hevdes at avtalebestemmelser om blant annet lønn generelt fremstår som vesentlige for alle ansettelsesforhold, da behovet for inntekt vil være en av hovedgrunnene til at personer påtar seg en arbeidsplikt. Arbeidstid har nær sammenheng med lønnsytelsen, slik at avtalevilkår om arbeidstid også vil utgjøre vesentlige vilkår. Ut i fra det Høyesterett uttaler i Seinvakt-dommen, vil ikke arbeidsgiver ensidig kunne beslutte endringer i disse avtalebestemmelsene. Ved inngåelsen av et ansettelsesforhold, må arbeidsgiver derfor klargjøre en eventuell endringsadgang for slike avtalevilkår.

For å kunne avgjøre om arbeidsgiver har adgang til å endre vilkårene det er sluttet avtale om i et ansettelsesforhold, må det ut fra det som er skrevet over, først tas stilling til hva som er avtalt.⁴² Hvor klare holdepunkter som kreves for å konstatere at arbeidsgiver har en endringsadgang, er avhengig av hvilken type endring som skal foretas. Dersom ordlyden i arbeidsavtalen ikke gir noen svar på om arbeidsgiver kan foreta en endring, må det dernest tas stilling til om vilkårene som skal endres anses som vesentlige for ansettelsesforholdet.

Dersom avtalevilkåret er vesentlig, kan arbeidsgiver ikke foreta endringen uten samtykke fra arbeidstakere, eller gjennom endringsoppsigelse. En endringsoppsigelse innebærer at arbeidstakeren sies opp, men samtidig får forelagt en ny arbeidsavtale med endret innhold. De vanlige oppsigelsesregler må følges ved endringsoppsigelser.⁴³

⁴¹ Det var tilfellet i blant annet Rt. 2000 side 1602.

⁴² Følger også av Rt. 2008 side 1246 (Statoil-dommen)

⁴³ Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett*, Del 1, Oslo 2009, side 85

Det som til nå er drøftet tilsier at jo mer vesentlig en avtalebestemmelse fremstår for det aktuelle ansettelsesforholdet, desto høyere er terskelen for når tilstrekkelig klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold er oppfylt. Arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet er således relativ avhengig av avtalevilkåret.

3. TYPETILFELLER

I det følgende vurderes hvilken grad av klarhet som kreves i vilkårene for et ansettelsesforhold.

3.1. Midlertidige ansettelser

3.1.1. Krav til klarhet i hva som er avtalt om ansettelsesforholdets art

Det hender at arbeidsgiver ikke har oversikt over de midlertidig ansatte. Det kan være at arbeidsgiver ikke er klar over, eller glemmer hvilket grunnlag arbeidstaker er ansatt på. Det kan også være at ingen av partene reagerer når arbeidsavtalen utløper.

Innledningsvis i oppgaven ble problemstillingens aktualitet belyst ut fra en situasjon der Mina på 20 år etter en lang arbeidsperiode i en barnehage fikk beskjed om at hun ikke lenger var ansatt. I det følgende skal det redegjøres for hvem som har en særlig oppfordring til å reagere i tilfeller der oversikt over de midlertidige ansatte mangler. I tillegg skal det vurderes når plikten til å sørge for klarhet inntreffer, og når terskelen for tilstrekkelig klarhet er nådd.

Adgangen til midlertidige ansettelser reguleres i aml. § 14-9. Hovedregelen etter bestemmelsen er at arbeidstaker skal ansettes fast. Bestemmelsen tillater likevel midlertidig ansettelse med hjemmel i bokstavene a til e. Midlertidige ansettelser opphører ved at arbeidsavtalen utløper, eller ved at grunnlaget for den midlertidige ansettelsen ikke lenger er tilstede, med mindre noe annet er skriftlig avtalt.⁴⁴

Av aml. § 14-6 første ledd bokstav e fremkommer det at dersom arbeidsforholdet er midlertidig, skal det i arbeidsavtalen inntas opplysninger om forventet varighet. Forarbeidene legger til grunn at:

⁴⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 203.

”Generelt må en kunne forvente at arbeidsgiver har oversikt over hvilke midlertidige ansettelseskontrakter som finnes i virksomheten, hvilken varighet de har og kan avklare det faktiske grunnlaget for disse ansettelsene”.⁴⁵

Det er naturlig at en slik plikt tilligger arbeidsgiver, da det er han som ansetter arbeidstakere, og han som har kompetanse til å lede virksomheten i kraft av styringsretten. Regelen i § 14-9, sammenholdt med uttalelsen i forarbeidene, tilsier at arbeidsgiveren er den som har en plikt til å sørge for klarhet hva gjelder spørsmålet om midlertidig ansettelse er avtalt, og hva som er grunnlaget for at ansettelsen er midlertidig. I tillegg fremkommer det av forarbeidene at det er den som påstår at det er inngått et lovlig midlertidig ansettelsesforhold, som har bevisbyrden for dette.⁴⁶

I Rt. 2007 side 129 behandlet Høyesterett et spørsmål om en midlertidig ansatt hadde krav på fast ansettelse. Arbeidstakeren var ansatt som sesongarbeider knyttet til utearbeid på kirkegård med hjemmel i aml. § 58A nr. 1 bokstav a, nå § 14-9 første ledd bokstav a. Partene i saken var enige om at arbeidsavtalen bare gjaldt for sesongen 2003 frem til månedsskiftet oktober/november. Det ble imidlertid inntatt et forbehold i avtalen om at ansettelsen kunne forlenges ved behov. Da sesongen var over, fortsatte A i 100 % vikariat for en annen. Grunnlaget for den midlertidige ansettelsen var dermed et annet enn det opprinnelige. Ikke før ett år senere, i oktober 2004, ble hun forelagt ny arbeidsavtale hvor det fremgikk at hun skulle være vikar for en annen ut 2004. Hun aksepterte ikke avtalen, og gikk derfor til sak med påstand om at hun var fast ansatt.

Høyesterett tok i denne saken utgangspunkt i at arbeidsavtaler skal inngås skriftlig. Det ble imidlertid konkludert med at skriftlighetskravet i § 55B, nå § 14-5, ikke var en gyldighetsbetingelse. Unnlatelsen av å etterleve skriftlighetskravet medførte dermed ikke i seg selv at hun hadde krav på fast ansettelse. Om arbeidstakeren likevel hadde krav på fast ansettelse, måtte bero på en helhetsvurdering. Førstvoterende uttaler at:

”Det er arbeidsgiverens plikt til å sørge for denne klarheten – noe som ikke har skjedd i vår sak. De hensyn som har begrunnet kravet, medfører at de saksøkte har en tung

⁴⁵ Prop. 104 L (2009-2010) side 14.

⁴⁶ Ot.prp. nr.50 (1993-1994) side 165.

bevisbyrde for at det også etter oktober 2003 forelå en avtale om midlertidig ansettelse”.⁴⁷

Den strenge bevisbyrden forklares videre ved henvisning til forarbeidene hvor det fremkommer at dersom den midlertidige ansettelsen fortsetter, vil de vanlige oppsigelsesregler komme til anvendelse ved avtalens utløp. Når en midlertidig kontrakt opphører, gjelder i utgangspunktet ikke de vanlige oppsigelsesregler. Fortsetter den midlertidige ansettelsen utover avtalens utløp, foreligger det en ulovlig ansettelse som innebærer at arbeidstakeren kan få dom på fast ansettelse.⁴⁸ Arbeidstakeren vil således være beskyttet mot en usaklig oppsigelse, jf. aml. § 15-7.

Hvorvidt Høyesterett mente at plikten til å sørge for klarhet bare gjaldt i foreliggende sak eller om plikten gjelder generelt, fremkommer ikke uttrykkelig av domsbegrunnelsen.

Førstvoterende presiserer imidlertid at:

”Denne saken ... er dermed særlig illustrerende for betydningen av å skape klarhet ved skriftlig avtale”.⁴⁹

Avgjørelsen gir inntrykk av at arbeidsgiver har en generell plikt til å etterstrebe klarhet i situasjoner der skriftlig arbeidsavtale mangler. Plikten til å sørge for klarhet i denne saken, inntrådte i månedsskiftet oktober/november 2003. Førstvoterende begrunnet dette med at arbeidsavtalen utløpte i dette månedsskiftet, og at grunnlaget for den midlertidige ansettelsen hadde endret seg. Når grunnlaget for ansettelsen opprinnelig skjedde fordi arbeidets karakter tilsa det og arbeidet adskilte seg fra det som ordinært utføres i bedriften, var grunnlaget i månedsskiftet oktober/november endret til vikarbehov. På dette tidspunkt hadde arbeidsgiver en klar oppfordring til å meddele til arbeidstakeren at hun fortsatt var midlertidig ansatt.

Tilstrekkelig klarhet kunne i denne saken foreligget dersom arbeidsgiveren ved å utarbeide en ny arbeidsavtale eller ved muntlig samtale, sørget for at arbeidstakeren var klar over at hun var midlertidig ansatt. Dette fremkommer av premiss 51, hvor førstvoterende uttalte at forklaringene som var gitt i saken ikke viste at avdelingsleder eller kirkesjef

⁴⁷ Premiss 48.

⁴⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 203.

⁴⁹ Premiss 49.

”... som hadde kompetansen til å ansette vikarer, på noe tidspunkt ... uttrykkelig informerte henne om at hun var ansatt i et vikariat. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende i seg selv, idet det ikke kan være et absolutt vilkår at det foreligger uttrykkelige utsagn. Men når det ikke kan påvises slike utsagn, skal det etter min mening normalt mye til for at man kan legge til grunn at det som følge av konkludent atferd foreligger en avtale av denne karakter.”

Den avtalen førstvoterende siktet til, var avtale om midlertidig ansettelse. Det gikk ett år før arbeidstaker ble forelagt ny arbeidsavtale om midlertidig ansettelse. Da arbeidstakeren i mellomtiden ikke ble gjort oppmerksom på at hun fortsatt var midlertidig ansatt, medførte det at arbeidstakeren fikk en *berettiget forventning* om at hun var fast ansatt. Førstvoterende påpekte videre hvordan arbeidstakerens forventninger ble ytterligere forsterket av andre omstendigheter. Arbeidstakeren fikk dermed medhold i sin påstand om fast ansettelse.

Mønsteret følges også i LB-2013-4048 (Borgarting lagmannsrett). Saken gjaldt spørsmål om en arbeidstaker som var ansatt i Oslo kommune var midlertidig ansatt. Arbeidstakeren ble ansatt i februar/mars 2011. Det ble heller ikke i denne saken inngått skriftlig arbeidsavtale. I juni 2011 ble hun forelagt en arbeidsavtale for fast ansettelse. Hun fikk i første halvdel av juli opplyst at avtalen ble sendt til henne ved en feil, og at hun fortsatt var midlertidig ansatt. Arbeidstakeren fortsatte å jobbe ut november 2011.

Lagmannsretten uttalte at:

”Lagmannsretten tar utgangspunkt i at arbeidsavtaler inngås mellom to parter, og at det er arbeidsgivers ansvar å skape klarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker om arbeidsforholdets art og varighet”.

Denne uttalelsen viderefører det Høyesterett påpekte i Rt. 2007 side 129, men uttalelsen gitt i denne saken om arten og varigheten av ansettelsesforhold, var åpenbart av generell karakter. Denne oppfatning blir ytterligere forsterket når lagmannsretten etter en drøftelse skriver: ”jf. arbeidsgivers ansvar for å skape klarhet om arbeidsforholdet.” Retten synes med dette å henvise til en regel som de mener har en rettslig forankring. Videre slo retten fast at da det var Oslo kommune som skulle utarbeide skriftlig arbeidsavtale og kommunen ikke hadde

overholdt denne plikten, måtte bevistvil om hvorvidt det var gjort unntak fra lovens hovedregel om fast ansettelse, gå ut over kommunen.

Plikten til å sørge for klarhet inntrådte etter lagmannsrettens syn 20. Mars 2011, da det ble avklart hvilke arbeidstakere som hadde krav på fast stilling. Det tok omtrent fire måneder før skriftlige arbeidsavtaler ble utformet. Etter lagmannsrettens syn var dette for lenge. Arbeidsgiveren hadde etter rettens syn en frist på kun en måned til å reagere. Denne avgjørelsen fremstår dermed som strengere enn høyesterettsavgjørelsen som er behandlet over.

Retten fremhever i denne saken at terskelen for å sørge for tilstrekkelig klarhet kunne vært oppfylt ved at arbeidsgiveren underrettet arbeidstakeren om arbeidssituasjonen. Fordi arbeidsgiveren ikke gjorde dette, bidro det til at arbeidstakeren fikk en berettiget forventning om hvordan hennes arbeidssituasjon var. Arbeidstakeren fikk dermed medhold i sin påstand om fast ansettelse.

Av spesiell interesse for oppgavens problemstilling er TAHER-2011-16274 (Asker og Bærum tingrett) der uenigheten mellom partene knyttet seg til om ansettelsesforholdet var fast, slik at arbeidstaker var beskyttet av de vanlige oppsigelsesregler. Arbeidstakeren jobbet på timesbasis etter tilkalling ved en døgnbemannet bolig for utviklingshemmede voksne beboere. Navnet hennes var påført en liste over tilkallingsvakter som kunne tilkalles ved behov. Hun jobbet mye de tre første månedene i 2011, men ingenting etter dette. Det ble ikke gitt noen formell oppsigelse til arbeidstaker. Det fremgår av dommen at det var av vesentlig betydning for om kommunen kunne gå frem på denne måten at arbeidstakerens ansettelsesforhold var midlertidig og begrenset til den enkelte vakt, slik at ansettelsesforholdet opphørte etter hver vakt. Arbeidsavtalen gav ikke klart svar på spørsmålet. Retten uttalte dermed at:

”Å sørge for klarhet rundt rammene for ansettelsesforholdet er arbeidsgivers ansvar. Det følger av både den alminnelige avtalerettslige uklarhetsregelen, av Rt-2007-129 og Rt-2004-53, og av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 14-5, at det er arbeidsgiver som har ansvar for å på forhånd klargjøre og senere føre bevis for hva slags arbeidsforhold som er inngått, herunder de vilkår det er sluttet avtale om, slik at avtalen ved tvil om dette må tolkes i arbeidsgivers disfavør.”

Også denne avgjørelsen legger til grunn det samme utgangspunkt som fremkommer av avgjørelsene som er nevnt over. Denne uttalelsen er imidlertid mer forklarende om omfanget av plikten. Dommen presiserer uttrykkelig at plikten til å sørge for klarhet gjelder for arbeidsforholdets art og de vilkår det er sluttet avtale om. I tillegg legges uklarhetsregelen fra kontraktsretten uomtvistet til grunn som en begrunnelse for at det gjelder en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet, og hvorfor uklare arbeidsavtaler må tolkes imot arbeidsgiver. Avgjørelsen er streng i den forstand at arbeidsgiver plikter å sørge for klarhet i alle vilkår det er sluttet avtale om.

Retten mente i tillegg at kommunen, som var arbeidsgiveren i denne saken, burde ha presisert karakteren av ansettelsesforholdet direkte i avtaleteksten. Denne uklarheten kunne etter rettens mening vært løst ved å avklare jobbsituasjonen med arbeidstakeren. Det at arbeidstakeren var utenlandsk og ikke forsto begrepene i arbeidsavtalen, var også arbeidsgiverens ansvar. Kommunen skulle formidlet rammene for ansettelsesforholdet på en slik måte at arbeidstakeren forsto dette. Når dette ikke var gjort, måtte kommunen være den nærmeste til å dokumentere hva som var avtalt og formidlet. Resultatet ble således at arbeidstakeren fikk medhold i sin påstand om fast ansettelse.

Spørsmål om hva slags ansettelsesforhold som er avtalt, vil en arbeidstaker ha stor interesse i få klarlagt. Til støtte for arbeidsgiver kan det argumenteres for at det ofte kan være vanskelig å ha fullstendig oversikt over de ansatte. Eksempelvis vil det i store virksomheter med over hundre ansatte være vanskelig å ha oversikt til enhver tid. Dersom virksomheten har flere midlertidige ansatte, kan det hende at situasjonen er slik at disse ansettelsesforholdene opphører med korte mellomrom. Det vil da kanskje være urimelig å kreve at arbeidsgiveren stadig sjekker at de ansatte ikke kommer på jobb etter at avtalene utløper. Dersom de gjør det, og arbeidsgiveren ikke har reagert innen kort tid, innebærer det at han får en tung bevisbyrde for at fast ansettelse ikke skal anses avtalt.⁵⁰ Dette taler for at arbeidsgiver ikke ensidig bør ha en plikt til å sørge for klarhet i det som er avtalt.

Selv om det for arbeidsgiver vil få en konsekvens at en ansatt får medhold i en påstand om fast ansettelse når dette ikke er ønskelig fra arbeidsgivers side, vil imidlertid hensynene på arbeidstakers side måtte få større gjennomslagskraft. Hvis en arbeidstaker ikke får medhold i

⁵⁰ Se Rt. 2007 side 129.

en slik påstand, innebærer det at arbeidstakeren plutselig står uten en jobb. Dette vil undergrave arbeidsmiljølovens mål om trygge ansettelsesforhold. Selv om arbeidstakeren opprinnelig visste at hun var ansatt midlertidig, vil denne oppfatning kunne endres når arbeidstakeren får fortsette i stillingen etter arbeidsavtalens utløp.

Når hovedregelen i norsk arbeidsliv er fast ansettelse, og loven tillater midlertidig ansettelse i visse tilfeller, bør det være den som har behov for at noen ikke ansettes fast som bærer ansvaret for å sørge for klarhet i det som er avtalt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Det samsvarer best med forarbeidene, som sier at arbeidsgiver plikter å ha oversikt over de midlertidige ansatte, og generelt det vernehensyn arbeidsmiljøloven bygger på, at arbeidsgiver har en plikt til å sørge for at vernet til arbeidstaker blir ivaretatt gjennom å reagere i tide, og sørge for at arbeidstakeren er klar over rammene for ansettelsesforholdet og vilkårene det er sluttet avtale om.

Alle de rettskilder som er drøftet under dette punktet trekker i retning av at det eksisterer en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet i det som er avtalt, herunder om det foreligger en lovlig midlertidig ansettelse. Dersom det ikke er inngått en skriftlig arbeidsavtale med den ansatte, må arbeidsgiver sørge for at arbeidstakeren ikke får en berettiget forventning om fast ansettelse etter at arbeidsavtalen utløper. Avgjørelsene viser at tilstrekkelig klarhet kan oppnås relativt enkelt, eksempelvis ved informasjon til arbeidstakeren om jobbsituasjonen.

3.1.2. Kan det oppstilles et krav om at arbeidstaker må være i god tro om sin stilling?

I alle avgjørelsene som er drøftet under dette typetilfellet argumenterer dommerne for hvorfor arbeidstaker måtte ha fått en berettiget forventning om at han eller hun var fast ansatt. Arbeidstakers forventninger får betydning for resultatet i sakene. Eksempelvis konkluderte lagmannsretten i LB-2013-4048 slik:

”Det viktigste er imidlertid at kommunens passivitet fra begynnelsen av august måtte gi A god grunn til å tro at kommunen likevel hadde akseptert at hun hadde fast stilling som pleieassistent”.

Avgjørelsene inviterer til en vurdering av om det kan oppstilles et god tro-krav til arbeidstaker, og om dette vil ha noe å si for det ansvar arbeidsgiver har til å sørge for klarhet. Dersom det kan oppstilles et god tro-krav til arbeidstaker, innebærer det at arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet lempes. Kravet oppfordrer således til samarbeid mellom arbeidstaker og arbeidsgiver om å sikre klare vilkår for ansettelsesforholdet.

Som nevnt i punkt 2.2, er det i kontraktsretten oppstilt et krav om god tro som videreføring av tolkningsregelen om at partenes felles forståelse skal legges til grunn. I en situasjon der det er usikkert hvorvidt det er inngått en midlertidig eller fast ansettelse, vil partenes forutsetninger kunne ha en viss betydning for bedømmelsen av lovligheten av den midlertidige ansettelsen. Den omstendighet at partene forstår at det er inngått en midlertidig ansettelse, vil kunne være et moment som taler for at ansettelsen er lovlig.⁵¹ Likevel er det et klart utgangspunkt at det er arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet om arbeidsforholdets art.⁵²

I saker som omhandler midlertidige ansettelser er tilfellet som regel slik at arbeidstakeren vet at hun er ansatt midlertidig. Den omstendighet at arbeidstakeren får fortsette i stillingen når arbeidsavtalen utløper, gjør at arbeidstakeren kan få en forventning om at hun har fått en fast stilling. Situasjonen kan også være slik at arbeidstaker forstår at hun er midlertidig ansatt, men velger å ikke ta dette opp med arbeidsgiver ved arbeidsavtalens utløp, fordi hun håper på at uklarheten vil medføre at hun får en fast ansettelse. Dersom en arbeidstaker bruker kontoret til en som er i permisjon fordi arbeidstakeren vikarer for denne personen, må arbeidstaker forstå at hennes ansettelsesforhold er midlertidig. Dette vil kunne tale for at et krav om god tro vil være forsvarlig. En slik regel vil senke terskelen for den plikten arbeidsgiver har til å sørge for klarhet i vilkårene for ansettelsesforholdet, fordi arbeidstakeren vil være den som har en særlig oppfordring til å reagere når hun er klar over at grunnlaget for den midlertidige ansettelsen har endret seg.

En god tro-standard tilsvarende den alminnelige kontraktsrettslige standard, vil imidlertid ikke være i samsvar med uttalelsene i forarbeidene om at arbeidsgivere plikter å ha oversikt over de midlertidige ansatte, og ellers det krav som stilles til arbeidsgiver om å sørge for klarhet knyttet til vilkårene for ansettelsesforholdet, og dets art og varighet. Dersom en slik oversikt mangler, er det nærliggende å sanksjonere arbeidsgiverens kritikkverdige passivitet,

⁵¹ Ot.prp. nr.50 (1993-1994) side 166.

⁵² *Ibid.*

og på den måten heve terskelen for når tilstrekkelig klarhet er oppfylt. Det kan gjøres ved å oppstille en bevisregel med skjerpet krav, slik som i Rt. 2007 side 129.

Ut fra de kilder som er behandlet under dette punktet, kan det slutes at det som hovedregel er arbeidsgiveren som må bære risikoen i de tilfeller der det er tvil om hvorvidt det er inngått en lovlig midlertidig ansettelse. Det er imidlertid en grunn til at domstolene vurderer arbeidstakerens forventninger. Det kan av den grunn ikke utelukkes at det kan få betydning i en sak hvorvidt arbeidstakeren måtte forstå at hun var midlertidig ansatt, og at terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger, reguleres deretter. Dette synet er i samsvar med forarbeidene hvor partenes forutsetninger legges til grunn som et relevant tolkningsmoment.

Tolkningsmomentet er imidlertid ikke synonymt med et god tro-krav. God tro-standarden i kontraktsretten er en videreføring av en tolkningsregel. Partenes forutsetninger er et tolkningsmoment, som gjelder uavhengig av tolkningsregelen. Det har den konsekvens at det ikke kan oppstilles et generelt krav om at arbeidstaker må være i god tro om sin stilling, men at arbeidstakerens forventninger vil ha betydning som moment for utfallet i saken.

3.2. Endringer i ansettelsesforhold

3.2.1. Generelt om arbeidsgivers endringsadgang

Det som skal drøftes i det følgende er om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan foreta endringer i vilkårene for et ansettelsesforhold, og når arbeidsgiver eventuelt har gitt avkall på sin styringsrett. Dersom det uttrykkelig fremgår av de vilkår som er nedfelt i arbeidsavtalen at arbeidsgiver har gitt avkall på sin endringsadgang, vil det ikke oppstå noe tvil da arbeidsgiver har sørget for klarhet om endringsadgangen i den skriftlige arbeidsavtalen.

Det problematiske er hva arbeidsgiver kan gjøre når en endringsadgang ikke fremgår klart av en skriftlig arbeidsavtale, og hvem som har en særlig oppfordring til å klargjøre om de aktuelle endringene kan foretas. For å kunne si noe konkret om dette, er det nødvendig å knytte noen ord til arbeidsgivers generelle adgang til å foreta endringer i ansettelsesforhold.

Det er grunn til å bemerke at endringer i ansettelsesforhold er et omfattende tema. Jeg tar således for meg de generelle utgangspunkter ved de ulike endringene. I den grad det er

nødvendig for forståelsen av enkelte regler eller uttalelser i rettspraksis, vil det knyttes noen ord til forholdet mellom individuell arbeidsavtale, lov og tariffavtale.

Det er umulig for en arbeidsgiver ved inngåelsen av en arbeidsavtale å vite hva slags endringer som er nødvendige i fremtiden. Både samfunnsutviklingen og uforutsette hendelser kan skape et endringsbehov. Arbeidsavtalen er en dynamisk kontrakt hvor arbeidspikten ikke kan fastslås en gang for alle.⁵³ Adgangen til endringer er derfor sjeldent regulert. Det medfører at det ofte blir et problem å finne ut av om arbeidsavtalen gir uttrykk for at arbeidsgiver har en endringskompetanse.

De hensyn som gjør seg gjeldende på dette området er på den ene side arbeidstakers behov for beskyttelse mot endringer i et ansettelsesforhold. På den annen side er det arbeidsgivers behov for fleksibilitet i virksomheten. Disse hensynene er som regel motstridende. En behandling av ulike avgjørelser viser at disse hensynene ligger til grunn for vurderingen av om endringer kan foretas og i hvilken grad, selv om ikke dette uttrykkelig kommer frem av alle avgjørelsene.

Den individuelle avtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver fastsetter arbeidsgivers endringskompetanse og rammene for denne. Tariffavtale og lov vil kunne begrense endringskompetansen.⁵⁴ Samtidig vil endringskompetansen i noen tilfeller kunne hjemles i tariffavtale og i lov.⁵⁵

I punkt 1.4.3. ble det gjort rede for hva det vil si at arbeidsgiver har en styringsrett. Fougner mener at den tradisjonelle angivelsen av hva styringsretten innebærer, ikke er vellykket. Dette begrunner han med at angivelsen ikke tydelig skiller

”... mellom på den ene side de beslutninger arbeidsgiver treffer om virksomheten, og på den annen side de beslutninger arbeidsgiver treffer om ansettelsesforholdet”.⁵⁶

⁵³ Følger blant annet av Rt. 1927 side 296. Se også Fougner (2009) side 197.

⁵⁴ Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold*, Oslo 2007, side 123.

⁵⁵ Eksempelvis hjemler tjenestemannsloven § 12 en endringskompetanse for arbeidsgiver.

⁵⁶ Fougner (2009) side 197.

Som regel vil det ikke være nødvendig for arbeidsgiver å påvise noe særskilt rettsgrunnlag for å treffe beslutninger som har virkninger for virksomheten. Tilfellet er derimot en annen for beslutninger som har direkte virkninger for ansettelsesforholdet; begrensningene er langt mer omfattende fordi denne siden av styringsretten berører det som er avtalt.⁵⁷

Det følger av aml. § 14-8 at alle endringer i arbeidsforholdet som nevnt i §§ 14-6 og 14-7 skal tas inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at endringen trådte i kraft. Bestemmelsen regulerer bare skriftlighetskravet – ikke om arbeidsgiveren kan foreta endringer, og hvilke endringer som er tillatelige. Ettersom skriftlighetskravet skal sørge for at arbeidsavtalen regulerer forhold av vesentlig betydning for arbeidstaker, og på den måten sørge for klarhet og forutberegnelighet, er det naturlig at arbeidstakers endringsadgang søkes klarlagt ved en tolkning av arbeidsavtalen. Dette understreker behovet for en skriftlig avtale som er tilstrekkelig klar. Rammene for ansettelsesforholdet vil på den måten være klare, og vilkårene det er sluttet avtale om vil lettere kunne konstateres.

Det følger blant annet av Statoil-dommen, benevnt i punkt 2.3, at tolkingsspørsmålet skal formuleres slik: Spørsmålet er om arbeidsgiver har gitt avkall på sin rett til å foreta endringer.⁵⁸ Dette spørsmålet må knyttes til den konkrete saken og det konkrete forholdet endringen gjelder.⁵⁹ For å kunne svare på dette spørsmålet må det, som ved tolkning av avtaler i kontraktsretten, tas utgangspunkt i ordlyden i arbeidsavtalen. Dersom den ikke gir noe svar på om arbeidsgiver har gitt avkall på endringsadgangen, må det foretas en konkret vurdering.⁶⁰

I Statoil-dommen synes det som om det oppstilles en terskel for når tilstrekkelig klarhet er oppfylt som er til gunst for arbeidsgiver. Dette fordi spørsmålet som skal stilles etter dommen medfører at den som påstår at arbeidsgiver har gitt avkall på styringsretten, må være den som også må klargjøre hvorfor det er tilfellet. Ettersom spørsmålet må knyttes til den konkrete saken og det konkrete forholdet endringer gjelder, vil terskelen likevel måtte modifiseres deretter. Som det vil fremgå av punktene 3.2.2 og 3.2.4, vil terskelen for når tilstrekkelig

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Premiss 62.

⁵⁹ Hotvedt og Ulseth (2013) side 114.

⁶⁰ *Ibid.*

klarhet foreligger være større i saker som omhandler endringer i vilkår om arbeidstidens lengde, enn hva tilfellet er for endringer i vilkårene om arbeidsoppgaver.

Dersom arbeidsavtalen ikke gir svar på om arbeidsgiver har gitt avkall på sin endringsadgang, følger det av redegjørelsen i punkt 2.3 at endringsadgangen beror på om endringen innebærer en endring i et avtalevilkår som fremstår som vesentlig for ansettelsesforholdet. Her vil det avgjørende være hvilken type endring som skal foretas. Jo mer vesentlig avtalevilkåret er, desto lenger beveger arbeidsgiver seg utenfor arbeidsavtalens rammer.

Det er i det følgende dermed nødvendig å skille mellom endringer i ulike avtalevilkår, da de samme hensyn ikke gjør seg gjeldende for de ulike endringene.

3.2.2. Endringer i vilkår om arbeidstidens plassering

I aml. kapittel 10 er det gitt regler om arbeidstid. Reglene er gitt for å sikre arbeidstakere et minimumsvern, og oppstiller ytre rammer for hva arbeidsgiver ensidig kan beslutte om arbeidstidens lengde og plassering.⁶¹

Det fremgår av aml. § 14-6 første ledd bokstav j, at arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid. Med arbeidstidens plassering menes når på dagen arbeidstakeren skal jobbe.

Arbeidslivslovutvalget har presisert at begrunnelsen bak denne regelen er at slike opplysninger vil skape mer ryddighet og oversiktighet i ansettelsesforholdet. Av den grunn kan arbeidsgiver ikke ensidig gjennomføre vesentlige endringer som ikke kommer klart til uttrykk i en avtale.⁶² Arbeidslivslovutvalget mener videre at:

”En vesentlig endring i plasseringen av den daglige arbeidstid for eksempel fra dagarbeid til nattarbeid, vil normalt ligge utenfor arbeidsgivers styringsrett”.⁶³

Slik det fremgår av utvalgets uttalelser sett i sin helhet, synes det som om at denne regelen gjelder såfremt tariffavtalen eller den individuelle avtalen ikke regulerer en endringsadgang.

⁶¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 151.

⁶² NOU 2004: 5 side 271.

⁶³ *Ibid.*

Der arbeidstidens plassering er regulert i tariffavtale, vil det ifølge utvalget være nok med en henvisning til denne.⁶⁴

I aml. § 10-3 fremkommer det at det skal utarbeides en arbeidsplan i de tilfeller der arbeidstakerne arbeider til ulike tider på døgnet som viser hvilke uker, dager og tider den enkelte arbeidstaker skal arbeide. Bestemmelsen fastsetter også at ”arbeidsplanen skal utarbeides i samarbeid med arbeidstakernes tillitsvalgte. Dersom ikke annet fremgår av tariffavtale, skal arbeidsplanen drøftes med arbeidstakernes tillitsvalgte”. Ordlyden i bestemmelsen tyder på at arbeidsgiver har siste ord og dermed ensidig kan fastsette arbeidsplanen, jf. ordet ”drøftes”. Denne forståelse har støtte i forarbeidene som uttrykker at:

”Dersom det ikke oppnås enighet vil det ligge innenfor arbeidsgiverens styringsrett å fastsette arbeidsplanen innenfor de rammer som settes i arbeidsavtalen.”⁶⁵

Paragraf 10-3 i arbeidsmiljøloven fastsetter arbeidsgiveren som adressat. Det er arbeidsgiveren som skal fastsette arbeidsplanen, og ensidig kan endres av ham.⁶⁶ Behovet for tilpasninger i omfattende vaktssystemer tilsier også en ensidig endringsadgang for arbeidsgiver.⁶⁷

Loven tilsier at arbeidsgiver i utgangspunktet har en ganske vid adgang til å gjennomføre endringer i arbeidstidens plassering til ugunst for arbeidstaker, til tross for at en endringskompetanse ikke fremkommer av arbeidsavtalen. Oppfordringen til å sørge for klarhet i vilkårene vil på denne måten ligge på arbeidstaker, da det av han kreves at han finner holdepunkter for at arbeidsgiveren ikke har adgang til å endre. Forutsetningen er imidlertid at fastsettingen av arbeidsplanen ligger innenfor de rammer som settes i arbeidsavtalen. Dersom fastsettingen innebærer en vesentlig endring, vil den ikke være innenfor arbeidsavtalens rammer. Jo mer detaljert arbeidsavtalen er, desto mindre rom vil det være for arbeidsgiver å fastsette arbeidsplanen, og ensidig endre denne slik han vil.⁶⁸ For arbeidsgiver kan det dermed være fristende å utforme en mindre detaljert arbeidsavtale slik at han får større spillerom når

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 316.

⁶⁶ Fougner (2009) side 203.

⁶⁷ Cecilie Carlstedt, ”Fleksibilitet i arbeidsforhold”, *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 3*, 2008, s. 89-231 (s. 144).

⁶⁸ Carlstedt (2008) side 107.

han i fremtiden vil endre avtalevilkårene. På den annen side vil regelen om at tvil om avtalen skal gå utover arbeidsgiver, hindre at arbeidsgiver fristes til å utforme en lite detaljert arbeidsavtale.⁶⁹

I Rt. 2009 side 1465 (Seinvakt-dommen), som er behandlet i punkt 2.3, ble det avgjort hvorvidt en arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne endre arbeidstidens plassering til to sykepleiere fra å jobbe om natten til dagtid. I tilbudsbrevet til sykepleierne ble det presisert at tilbudet omfattet en ansettelse i 80 % stilling med turnus annenhver helg, seinvakt. På grunn av behovet for mer kontinuitet og kontakt mellom dag- og kveldsvakter, ønsket kommunen å endre vaktordningen til sykepleierne slik at de var pålagt å gå både dag- og kveldsvakter.

Førstvoterende uttrykte innledningsvis at innenfor de rammer som følger av lovgivningen, tariffavtale og det individuelle arbeidsforhold, hører det under styringsretten å treffe bestemmelser om arbeidstidens plassering. Førstvoterende viste til den aktuelle tariffavtalen uten en videre drøftelse av om den kunne løse tvisten. Etter en drøftelse av arbeidsmiljølovens krav til skriftlig arbeidsavtale, fastslo førstvoterende dernest at arbeidsgiveren kan gi avkall på sin styringsrett gjennom bestemmelser i de individuelle arbeidsavtaler. Dersom det ikke uttrykkelig fremgår av arbeidsavtalen at arbeidsgiver har gitt et slikt avkall, vil spørsmålet om en bestemmelse i arbeidsavtalen begrenser styringsretten, måtte bero en nærmere vurdering av avtalen.

Det var i denne saken omtvistet hvorvidt et avtalevilkår i tilbudsbrevet til sykepleierne skulle forstås som en adgang for arbeidsgiver til å endre arbeidstidens plassering. I tilbudsbrevet til den ene sykepleieren fremgikk det at hun fikk tilbudt stilling ”p.t. v/Dreggegruppen, seinvakt.” Tilbudsbrevet til den andre sykepleieren ga uttrykk for det samme, bortsett fra at hun hadde et annet arbeidssted. Dersom ”p.t.” viste til arbeidstiden, ville endringen i plasseringen fra natt til dag sannsynligvis vært tillatt, da arbeidsgiver ved bruken av ”p.t.” hadde tatt et forbehold om at plasseringen kunne endres. Endringen ville således kunne vært tillatt til tross for at avtalebestemmelsen fremsto som vesentlig for ansettelsesforholdet. Høyesterett mente imidlertid at ”p.t.” viste til arbeidsstedet. Dette innebar at forbehold om endringer ikke var tatt for arbeidstiden. Det avgjørende var imidlertid at denne tolkningen passet best med de opplysningene som forelå ved avtaleinngåelsen. Sykepleierne hadde

⁶⁹ Se Rt. 2004 side 53.

oppgitt til arbeidsgiveren at de ønsket seinvakt, og at dette var meget viktig for dem. Høyesterett la altså betraktelig vekt på omstendighetene rundt avtaleinngåelsen som tolkningsmoment.

Førstvoterende uttalte i premiss 39 at:

”Det er kommunen som er den profesjonelle part i avtaleforholdet, og dersom det var viktig for kommunen å sikre at vaktordningen skulle kunne endres uten oppsigelse, var det kommunen som hadde sterkest oppfordring til å sørge for at dette ble klargjort”.

Førstvoterende synes å anvende ukklarhetsregelen, ettersom han presiserer at den omstendighet at arbeidsgiver er den profesjonelle part, må føre til at han er nærmest til å bære risikoen for at et avtalevilkår ikke er klart nok. Den slutning som kan trekkes ut av avgjørelsen er at alle endringer som ikke fremkommer av avtalen, og som medfører endringer i avtalevilkår som fremstår som vesentlige for ansettelsesforholdet, taler mot at arbeidsgiver kan foreta endringer. Terskelen for når tilstrekkelig klarhet er oppfylt settes med dette veldig høyt; tilstrekkelig klarhet vil være oppfylt når endringsadgangen er regulert i arbeidsavtalen. Plikten inntrer allerede på tidspunktet for utforming av avtalen.

Det som imidlertid er problematisk med denne avgjørelsen, er at Høyesterett ikke vurderte tariffavtalen ordentlig. Fougner mener at det er problematisk fordi denne tok utgangspunkt i at arbeidsgiver hadde en kompetanse til å endre vaktordningene.⁷⁰ Tariffavtalen sørget således for klarhet om adgangen til endringer i vilkårene om arbeidstidens plassering. Ut fra Arbeidslivslovutvalgets uttalelser om at det ikke kan foretas vesentlige endringer som ikke kommer klart til uttrykk i en avtale, hadde det i denne saken vært riktig å behandle om en endringsadgang fulgte av tariffavtalen. En endring av avtalen til også å omfatte dagvakter, ville imidlertid etter Høyesteretts mening være en så vesentlig endring av arbeidsforholdet at den normalt ikke kunne gjennomføres i kraft av styringsretten.

Både Fougner og Carlstedt legger til grunn et annet utgangspunkt enn Høyesterett i Seinvaktdommen. Carlstedt uttrykker det slik:

⁷⁰ Fougner (2009) side 210.

”Når det gjelder arbeidsgivers adgang til ensidig å endre arbeidstidens plassering, synes utgangspunktet derimot å være at arbeidstaker må være forberedt på endringer med mindre det foreligger holdepunkter for det motsatte”.⁷¹

Dette synspunkt støtter også uttalelsen i forarbeidende knyttet til aml. § 10-3 om at arbeidsgiver ensidig kan endre arbeidsplanen. Carlstedt uttrykker videre at:

”En endring i arbeidstidens plassering medfører i utgangspunktet verken en økning av arbeidstakers forpliktelser eller en reduksjon av hans rettigheter.”⁷²

Dette tilsier at det ikke er behov for omfattende vern mot at arbeidsgiver ensidig endrer vilkår om arbeidstidens plassering. Ettersom endringer i arbeidstidens plassering verken medfører økte forpliktelser eller reduserte rettigheter, tilsier det at terskelen for når tilstrekkelig klarhet er oppfylt burde settes lavt for arbeidsgiver. Klarhet om hvilke disposisjoner arbeidsgiver kan foreta vil kunne foreligge dersom endringen er i innenfor de øvrige rammer for styringsretten. Dette taler igjen for at det ikke vil være nødvendig i arbeidsavtalen å presisere en endringsadgang knyttet til denne typen vilkår.

Fougner mener også at utgangspunktet når det gjelder arbeidstidens plassering, er at det foreligger en bredt forankret rettslig presumsjon for at arbeidsgiver kan foreta ensidige endringer i arbeidstidens plassering. Det gjelder et klarhetskrav som går ut på at det kreves klare holdepunkter for at arbeidsgiver har ment å gi avkall på sin styringsrett.⁷³ Med et slikt synspunkt, kan det synes som at Fougner oppstiller et omvendt klarhetskrav; det er de(n) som påstår at arbeidsgiveren ikke har en endringsadgang som har en plikt til å skape klarhet. Som regel vil det være arbeidstaker som påstår dette. Fougners synspunkt er imidlertid knyttet til endringer i arbeidstidens plassering, og ikke om endringer i vilkårene for ansettelsesforholdet generelt.

Ettersom Høyesterett i Seinvakt-dommen konstaterte at endringer i arbeidstidens plassering fra dagvakter til nattevakter utgjorde endringer i et avtalevilkår som fremsto som vesentlig for

⁷¹ Carlstedt (2008) side 143.

⁷² *Op.cit.*, side 145

⁷³ Fougner (2009) side 204.

ansettelsesforholdet, tyder det på at arbeidsgiver gjennom klare avtalevilkår i arbeidsavtalen bør sikre seg en endringsadgang dersom arbeidsgiver mener dette er nødvendig.

Hensynet til arbeidstakere tilsier også at det i utgangspunktet må være en begrenset adgang til endringer i vilkårene om arbeidstid. Dette underbygges med de konsekvenser en slik endring kan få for arbeidstaker. For arbeidstakere med familie, vil forutberegnelighet om når på dagen arbeidet skal utføres være nødvendig. Dersom arbeidstakeren er en mor som er alene om omsorgen av små barn, vil det for hun være nødvendig å jobbe på dagtid når barnehagene har åpent. Dersom arbeidsgiver endrer plasseringen av arbeidstiden hennes fra dagvakter til nattevakter, vil dette få uheldige konsekvenser for både henne og barna. Dette tilsier at arbeidsgiver ved inngåelsen av ansettelsesforholdet må gjøre arbeidstakeren oppmerksom på at han kan foreta slike endringer. Dersom arbeidsgiveren ikke gjør dette, bør konsekvensen være at han ikke uten samtykke kan endre arbeidstidens plassering.

I rettspraksis som omhandler arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstidens plassering, synes imidlertid utgangspunktet å være at arbeidsgiver har en endringsadgang med mindre særskilt avkall er gitt. For arbeidsgiver vil dette være gunstig og effektivt, da han kan tilpasse plasseringen av arbeidstiden til de ansatte til det behov virksomheten har. Det klarhetskrav Fougner oppstiller vil derfor samsvare med dette utgangspunkt. I tillegg er det av betydning at arbeidstidens plassering ofte har sammenheng med virksomhetens organisering, og er derfor ikke så godt beskyttet.⁷⁴ Det ville vanskeliggjøre beslutningene som angår virksomhetens organisering, dersom disse var avhengig av samtykke fra de ansatte.

Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd som fremholder at det i avtalen skal inntas opplysninger om arbeidstidens plassering, taler for at arbeidsgiver har en generell plikt til å sørge for klarhet i vilkår om arbeidstidens plassering. Uttalelsene i forarbeidene, samt Seinvakt-dommen, støtter også dette synspunkt.

De rettskilder som er drøftet under dette punktet tilsier imidlertid at arbeidsgiver har en vid adgang til å endre arbeidstidens plassering. Dette innebærer at terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger, settes veldig lavt for arbeidsgiver til ugunst for arbeidstaker. Av rettskilder som er behandlet under dette typetilfellet, er det bare Seinvakt-dommen som ikke støtter dette

⁷⁴ Fougner (2009) side 202.

utgangspunktet. I denne saken uttalte imidlertid Høyesterett at arbeidsgiver har en styringsrett innenfor de vanlige rammer som begrenser styringsretten. Hadde Høyesterett i denne saken vurdert tariffavtalen, ville resultatet kanskje vært annerledes med tanke på at tariffavtalen muligens forutsatte en endringskompetanse for arbeidsgiver. Ellers støtter avgjørelsen at det kan foretas endringer i de vilkår som ikke fremstår som vesentlige for ansettelsesforhold, forutsatt at arbeidsgiver ikke har gitt særskilt avkall på endringsadgangen.

Samlet tilsier rettskildene at arbeidsgiver kan foreta endringer i vilkårene om arbeidstidens plassering. Hvis endringen utgjør en vesentlig endring, må arbeidsgiver imidlertid ha hjemmel i arbeidsavtalen for å kunne foreta endringen. Dersom arbeidsgiver ikke har sørget for at dette er klargjort i en arbeidsavtale, har han således ikke sørget for tilstrekkelig klarhet. Terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger, avhenger igjen av hvor vesentlig endringen er.

3.2.3. Endringer i vilkår om arbeidstidens lengde

Arbeidstidens lengde er i stor grad regulert ved lov, tariffavtaler og de individuelle arbeidsavtaler. Aml. § 10-4 bestemmer at den alminnelige arbeidstid ikke må overstige ni timer i løpet av 24 timer og 40 timer i løpet av sju dager. Mange tariffavtaler fastsetter en kortere arbeidstid.

Arbeidslivslovutvalget har i forbindelse med arbeidet med ny arbeidsmiljølov uttalt at de mener at:

”... den fremtidige reguleringen av arbeidstid bør være mer rammepreget og mindre detaljert enn i dag. Derfor er det viktig, både av hensyn til forutberegnelighet og klarhet, at partene fastsetter nærmere hvordan arbeidstidsordningen skal være og at dette kommer til uttrykk i arbeidsavtalen i den grad ikke partenes tariffavtale regulerer dette.”⁷⁵

Arbeidsmiljøloven av 2005 har i § 14-6 bokstav j, presisert at arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om lengde av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid. Dersom avtalebestemmelser av betydning for arbeidstidsordningene allerede er regulert i tariffavtale,

⁷⁵ NOU 2004: 5, side 271.

er det nok at arbeidsavtalen henviser til denne.⁷⁶ Den omfattende reguleringen av arbeidstidens lengde og Arbeidslivslovutvalgets uttalelse, tilsier at vilkår om arbeidstidens lengde, er av vesentlig betydning for arbeidstakere. Arbeidsgiver bør derfor sørge for at slike vilkår kommer klart til uttrykk i en arbeidsavtale. Betydningen av slike vilkår tilsier igjen at en eventuell endringsadgang må fremgå av arbeidsavtalen dersom arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet i slike vilkår skal være oppfylt.

Det finnes eksempler på at arbeidsgiver har fått medhold i et krav om at en økning i arbeidstidens lengde er tillatt. Rt. 1985 side 78 gjaldt gyldigheten av et pålegg om forlengelse av den ordinære arbeidstid for arkitekter ved Norges Kooperative Landsforening (NKL). Under tarifforhandlinger mellom en bedrift og en arbeidstakerorganisasjon som omfattet 75 % av bedriftens ansatte, ble det avtalt at det skulle innføres lik arbeidstid for arbeidere og funksjonærer. For saksøkerne (arkitektene) innebar det en økning i arbeidstidens lengde fra 38 ¾ timer til 40 timer per uke. Saksøkerne fikk ikke medhold i sin påstand om at bedriften ikke kunne gi et slikt pålegg. Arbeidsvilkårene til saksøkerne fremgikk ikke av ordlyden i ansettelsesbrevet. Om bedriften kunne pålegge arkitektene lengre arbeidstid, måtte bero på en tolking av andre kilder. Det var i arkitektenes ansettelsesbrev vist til ”de vanlige vilkår” som fremgikk av NKL’s personall håndbok, som de hadde fått utlevert.

Arkitektene anførte at bedriften ikke kunne påberope seg en avtalebestemmelse i en tariffavtale når arkitektene ved inngåelsen av arbeidsavtalen ikke ble gjort uttrykkelig oppmerksomme på dette. Førstvoterende fremhevet at den tariff-festede arbeidstid ikke umiddelbart ble bindende for de ansatte som ikke var medlemsbundne, men at de gjennom sine ansettelsesvilkår likevel ble bundet da det av disse fremgikk en henvisning til de tariff-festede vilkår. Arbeidsgiver hadde således sørget for klarhet i vilkårene om arbeidstid i form av en henvisning til tariffavtale. Førstvoterende fremhevet også at:

”For den som ansettes i ny stilling kan det ikke anses upåregnelig at arbeidsvilkårene etter hvert i noen grad endres.”⁷⁷

Den omstendighet at førstvoterende brukte ordene ”i noen grad”, tilsier at det bare er de mindre vesentlige endringer som tillates. Dette forstås som om at en vesentlig økning i

⁷⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 187.

⁷⁷ På side 83.

arbeidstiden ikke ville vært tillatt. I alle fall ville ikke en økning utover det som fremgikk av tariffavtalen vært tillatt.

Motsatt i RG 2010 side 1432 (Borgarting) hvor spørsmålet var om det var avtalt gjennomsnittsberegning etter aml. § 10-5 av arbeidstiden til noen sykepleiere når det ikke forelå en skriftlig arbeidsavtale, med det resultat at eventuell overtid skulle tas ut ved avspasering. Sykepleierne var bundet av en sentral og lokal tariffavtale som begge i sin ordlyd la opp til at det var meningen at det skulle foretas gjennomsnittsberegning av arbeidstiden. Retten erkjente dette, men mente at gjennomsnittsberegning likevel måtte avtales særskilt slik det hadde vært praktisert på Ullevål sykehus. Videre ble det bemerket at:

”... i den grad det er mening fra OUS [Oslo universitetssykehus HF] sin side at de har avtalt gjennomsnittsberegning av arbeidstiden med sykepleierne og/ eller de tillitsvalgte, ville OUS som arbeidsgiver hatt størst oppfordring til å bringe klarhet i avtaleforholdet. En slik manglende klarhet vil etter rettens oppfatning måtte gå ut over OUS.”

Med denne uttalelsen blir det også i denne saken slått fast at arbeidsgiver generelt har en plikt til å sørge for klarhet i ansettelsesforholdet. At en avtalebestemmelse i tariffavtale la opp til gjennomsnittsberegning, var altså ikke tilstrekkelig til at arbeidsgiver hadde sørget for klarhet i vilkårene om arbeidstid, og på den måten kunne gjøre gjeldende en slik avtale.

EF-domstolen legger til grunn det samme synspunkt i sak C-350/99.⁷⁸ Her var spørsmålet hvorvidt arbeidsgiver kunne pålegge en arbeidstaker å jobbe overtid når dette ikke var regulert i den skriftlige avtalen. Arbeidstakeren ble oppsagt når han nektet å jobbe overtid med den begrunnelse at det ikke var regulert i arbeidsavtalen. Domstolen kom i denne saken til at bestemmelsene i rådsdirektiv 91/533/EØF om hva arbeidsavtalen minst skal inneholde, ikke regulerer overtidarbeid. Dette fordi arbeidsgivers informasjonsplikt etter bestemmelsene er begrenset til kjernetiden. Domstolen mente imidlertid at en plikt til å også informere om arbeidstid i arbeidsavtalen fulgte av den generelle bestemmelsen i rådsdirektivet om at arbeidsgiver plikter å informere om hovedinnholdet i arbeidsavtalen. Det ville i følge domstolen vært tilstrekkelig med en henvisning til de regler som gjelder for overtidarbeid.

⁷⁸ Wolfgang Lange v Georg Schünemann GmbH, avsagt 8 februar 2001, søkenummer 61999J0350.

Denne dommen fra EU-domstolen viser også at arbeidsgiver har en særlig oppfordring til å gjøre rede for vilkårene om arbeidstidens lengde, og at klarhet må foreligge allerede ved utforming av avtalen.

Arbeidslivslovutvalget har henvist til denne dommen som begrunnelse for et krav om at den daglige og ukentlige arbeidstid skal presiseres i avtalen.⁷⁹ Utvalgets uttalelser er imidlertid uklare om forholdet til aml. § 10-6 som gir arbeidsgivere en rett til å pålegge arbeidstakere å jobbe overtid dersom det foreligger et særlig og tidsavgrenset behov for det.⁸⁰ Utvalget mener at overtid ikke kan reguleres i den skriftlige arbeidsavtalen, men at arbeidsavtalen må gi grunnlag for at slikt arbeid kan iverksettes.⁸¹ Dette tilsier at adgangen til å pålegge overtidsarbeid, må fremkomme av arbeidsavtalen. Departementet har fremhevet at en henvisning til tariffavtale vil være tilstrekkelig til at informasjonsplikten er oppfylt.⁸²

Dege legger også til grunn at arbeidsgiver må ha bevisbyrden for eventuelle endringer i vilkårene om arbeidstid i disfavør av arbeidstaker.⁸³ Videre legger Dege til grunn at utgangspunktet er at begge parter er bundet av arbeidsavtalen og dens forutsetninger. Dersom endringen av arbeidstiden medfører en lønnsreduksjon, kan ikke dette gjøres uten endringsoppsigelse.⁸⁴

Carlstedt sitt synspunkt er at rekkevidden av arbeidsgivers adgang til å foreta endringer i arbeidstidens lengde er forbeholdt mindre endringer eller justeringer.⁸⁵ Synspunktet kan synes å være i samsvar med uttalelsen i Seinvakt-dommen om at endringer i avtalevilkår som fremstår som vesentlige for ansettelsesforholdet ikke kan gjennomføres ensidig av arbeidsgiver. Synspunktet vil også være i samsvar med avgjørelsen som er nevnt over om arkitektene, der det ble tillatt en økning i arbeidstiden. Dette fordi endringen i lengden på arbeidstiden til arkitektene ikke kunne oppfattes som en stor endring. Endringen medførte heller ingen reduksjon i lønnen.

⁷⁹ NOU 2004: 5, side 271.

⁸⁰ Aml. § 10-6 tilsier at det som utgangspunkt i arbeidsavtalen må innfortolkes en forutsetning om at arbeidsgiver kan pålegge arbeidstaker å jobbe overtid.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 187.

⁸³ Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind 1, Oslo 1995, side 302.

⁸⁴ Dege (2009) side 274, samt Carlstedt (2008) side 142.

⁸⁵ Carlstedt (2008) side 150.

Hensynet til arbeidstaker tilsier at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre vilkår om arbeidstidens lengde. Terskelen for når tilstrekkelig klarhet i slike vilkår foreligger, må derfor være høy. Arbeidsgiver kan sørge for tilstrekkelig klarhet ved å gjøre arbeidstaker, ved inngåelsen av ansettelsesforholdet, oppmerksom på at det kan foretas endringer. Dette vil både hindre at arbeidsgivere utnytter arbeidstakere ved å pålegge de å jobbe for mye, og at arbeidsgivere pålegger arbeidstakere å jobbe for lite. Dersom arbeidsgiver ensidig kan endre arbeidstidens lengde slik at arbeidstakeren må jobbe fire timer hver dag i stedet for åtte, innebærer det en betraktelig lavere lønnsutbetaling enn det han ved inngåelsen av ansettelsesforholdet hadde regnet med. Omvendt vil en økning i arbeidstidens lengde kunne gå utover arbeidstakerens sosiale liv og helse.⁸⁶

Arbeidsmiljølovens primære formål er å sikre full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger. Stort arbeidspress og ugunstige- og lange arbeidstider kan gjøre det vanskelig for arbeidstakere å koordinere med familie og et sosialt liv, og på den måten påføre dem og deres familie unødige sosiale belastninger.⁸⁷ Det kan på lengre sikt medføre helseproblemer, og med dette få samfunnsøkonomiske konsekvenser.

De rettskilder som er drøftet under dette punktet trekker i retning av at arbeidsgiver må sørge for klare vilkår om arbeidstid i den skriftlige arbeidsavtalen. Dersom arbeidsgiver skal kunne endre slike vilkår, må arbeidsavtalen gi grunnlag for en endringsadgang, med mindre endringen utgjør en mindre justering.

3.2.4. Endringer i vilkår om arbeidssted og arbeidsoppgaver

Opplysninger om arbeidssted og arbeidsoppgaver er også noe den skriftlige arbeidsavtalen skal inneholde, jf. aml. § 14-6 første ledd, bokstav b og c.

I forarbeidene uttales det at:

⁸⁶ Det kan tenkes at en disposisjon fra arbeidsgivers side, som innebærer en endring i vilkår om arbeidstid, kan settes til side, jf. avtaleloven § 36. Dette behandles imidlertid ikke i denne oppgaven.

⁸⁷ Ot.prp. nr.41 (1975-1976) side 36.

”Med mindre arbeidsavtalen er klar, vil den såkalte ”grunnpregsstandarden” gjelde, det vil si at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg. I utgangspunktet vil spørsmålet være om en eventuell endring av arbeidet ligger innenfor arbeidsavtalen.”⁸⁸

Uttalelsen tolkes dithen at arbeidsgiveren i utgangspunktet har en ganske vid adgang til å foreta ensidige beslutninger i vilkår som omhandler arbeidsoppgaver og -sted. Terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger settes svært lavt med denne uttalelsen, i og med at vilkåret for en endringsadgang er at stillingens grunnpreg ikke endres. Det kan tenkes at en arbeidsgiver ensidig beslutter en rekke endringer som kan medføre ulemper for arbeidstakeren, uten at endringen samtidig kan påvises å ha endret stillingens grunnpreg.

Utgangspunktet for grunnpregsstandarden er kontraktsfrihet. Partene kan dermed i arbeidsavtalen regulere grensene for arbeidsgivers styringsrett. Til tross for at endringskompetansen ikke er regulert i avtalen, må arbeidstakeren finne seg i ensidige beslutninger av arbeidsgiver, såfremt beslutningene ikke medfører at stillingens grunnpreg endres.⁸⁹

Rettspraksis gir inntrykk av at arbeidstaker langt på vei må finne seg i betydelige endringer i arbeidssted og arbeidsoppgaver. I Rt. 2000 side 1602 (Nøkk-dommen) var spørsmålet om arbeidsgiveren kunne endre arbeidsstedet og arbeidsoppgavene til to maskinister. Arbeidsgiveren hadde bestemt at maskinistene i stedet for å jobbe på brannbåten i Stavanger, skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Endringene var begrunnet i behovet for å opprettholde en akseptabel beredskap for utrykninger på land og i havnedistriktet. Høyesterett erkjente at endringene i arbeidsoppgavene ikke var ubetydelige, men under tvil ble det konkludert med at endringene ikke var større enn det maskinistene måtte akseptere.⁹⁰

Arbeidsgivers endringer innebar i den saken at maskinistene måtte bytte arbeidssted, fikk et økt arbeidsomfang, og at de fikk nye arbeidsoppgaver som de i utgangspunktet ikke mestret. Høyesterett viser med denne avgjørelsen at det må kunne legges vekt på arbeidsgiverens

⁸⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 250.

⁸⁹ Fougner (2009) side 205.

⁹⁰ Fremkommer på side 1610.

behov, og interessene til tredjemenn i tråd med det som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen. Fougner sitt synspunkt vedrørende Høyesteretts uttalelser er at:

”Angivelsen av at de må finne seg i ”ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver”, er en klar markering av at endrede behov på arbeidsgiversiden vil kunne begrunne endringsadgangen.”⁹¹

Det kan synes som at avgjørelsen harmonerer dårlig med de uttalelser som fremgår av Seinvakt-dommen om betydningen av vesentlige avtalevilkår. Høyesterett erkjenner i Nøkk-dommen at endringene i avtalevilkårene ikke var ubetydelige, men tillegger ikke dette momentet avgjørende betydning ved vurderingen av om det forelå en endringsadgang. Avgjørelsen tilsier at arbeidsgivers behov for forsvarlig organisering av virksomheten kan ha større gjennomslagskraft på dette området, og at arbeidstaker må finne seg at slike avtalevilkår blir endret, til tross for at de anses som vesentlige. Det må imidlertid her trekkes en grense mot de tilfeller der stillingens grunnpreg endres. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor i dette punktet.

Rt. 2011 side 841 gjaldt et tilfelle der en inspektør ble pålagt å endre arbeidsstedet til en tilsvarende stilling i Oslo-skolen som følge av samarbeidsvansker. Det fremgikk av inspektørens arbeidsavtale at arbeidsgiver kunne endre stillingens arbeids- og ansvarsområde. Videre fremgikk det av avtalen at arbeidstaker kunne overføres til en annen del av etatens virksomhet. Det var således avtalt et geografisk område for hvor arbeidstaker kunne overføres. Førstvoterende fremhevet at det etter avtalen i utgangspunktet ikke var tvil om at arbeidsgiver kunne pålegge henne å endre arbeidssted. Avkall på styringsretten var således ikke gitt.

Arbeidstakeren anførte imidlertid at endring av arbeidssted ville utgjøre en så stor endring av ansettelsesforholdet at pålegget i realiteten var en endringsoppsigelse. Endringen ville, i følge henne, blant annet medføre en nedgradering i stilling. Hun ville få en undervisningsplikt som hun ikke hadde tidligere, økt reisevei med vel 50 minutter hver dag, og hun var svært knyttet til den gamle arbeidsplassen etter 20 års tjeneste der. Høyesterett mente likevel at hun måtte finne seg i endringene. Til støtte for dette synet viste førstvoterende til at endringene som ble

⁹¹ Fougner (2009) side 207.

foretatt av arbeidsområde og status for arbeidstakerne i Nøkk-dommen var langt større, og at Høyesterett likevel kom til at kommunen hadde hjemmel i styringsretten til å foreta disse endringene til tross for at det ikke fremgikk av arbeidsavtalen.

Denne avgjørelsen tilsier også at arbeidsgiver har en vid endringsadgang i avtalevilkår som omhandler arbeidssted og arbeidsoppgaver. Et sentralt moment i saken var imidlertid at det forelå en avtalt endringsadgang i arbeidsavtalen. Ettersom arbeidsgiveren hadde klargjort overfor arbeidstakeren at det forelå en endringsadgang, kunne en endring tillattes til tross for at det var en endring av arbeidsvilkår av vesentlig betydning for arbeidstakeren.

Motsatt i Rt. 1964 side 1345 (Jordmor-dommen) som gjaldt en tvist om en jordmor hadde krav på tre måneders lønn som jordmor når hun i oppsigelsestiden ble pålagt å tjenestegjøre som assistentsykepleier. Arbeidsgiver (Troms og Tromsø sykehus) hevdet forgyeves at det fremgikk av tariffavtalen at de hadde adgang til å pålegge henne å utføre oppgaver som assistentsykepleier. Høyesterett påpekte at det kan tenkes akutte situasjoner hvor arbeidstaker må utføre annet arbeid enn det arbeidstaker etter arbeidsavtalen plikter å påta seg. I denne saken forelå det imidlertid ikke en akutt situasjon. Høyesterett fremhevet også som et viktig moment at arbeidet som jordmor ved sykehuset atskilte seg markert fra sykepleierarbeidet, slik at det ikke gjaldt overføring til et likeartet arbeid. Arbeidstakeren fikk derfor medhold i sitt krav.

Det som kan trekkes ut av avgjørelsen er at arbeidstaker i visse situasjoner må finne seg i å utføre andre oppgaver enn de oppgaver som ligger til arbeidstakers stilling. Forutsetningen er at endringen medfører at det nye arbeidet kan anses som likeartet arbeid. Denne vurderingen må bero på en tolkning av arbeidstakers arbeidsavtale. Dersom det er en forutsetning hos arbeidsgiver at en bestemt overføring til annet arbeid kan skje, og overføringen innebærer overføring til ulikeartet arbeid, vil det således ikke foreligge klarhet i vilkårene om arbeidssted. Det har den virkning at arbeidsgiver må bære konsekvensen av at forutsetningen ikke har kommet til uttrykk i en avtale.

Fra Arbeidsretten, kan det vises til avgjørelsen ARD-1986-165 som gjaldt spørsmål om en omplassering av en ufaglært arbeidstaker kunne anses som en oppsigelse etter hovedavtalen mellom LO og N.A.F. Arbeidsretten kom til at omplassering ikke kunne anses som en

oppsigelse, med mindre den innebar en endring til en ny stilling eller nytt ansettelsesforhold. Om dette uttalte Arbeidsretten at arbeidsgiver

”... normalt har en vid adgang til å omplassere arbeidstagere til ulike og nye arbeidsoppgaver innenfor den rammen tariffavtalen gir, uten at dette innebærer at arbeidstageren kan anses å få en ny stilling, eller et nytt ansettelsesforhold, gjennom en omplassering.”

Arbeidsretten erkjente at arbeidsplikten kunne være begrenset gjennom arbeidstakerens individuelle arbeidsavtale. Arbeidsavtalen til arbeidstakeren ga imidlertid ikke noen begrensninger. Arbeidstakeren fikk dermed ikke medhold. Denne avgjørelsen taler også for at arbeidsgiver har en vid endringsadgang hva angår arbeidsoppgaver. I motsetning til høyesterettsavgjørelsen om inspektøren i Oslo kommune, var det i denne saken ikke inntatt en endringsklausul i avtalen. I følge Arbeidsretten var dette likevel ikke nødvendig. Det blir imidlertid presisert at endringsadgangen må avgrenses til de endringer som innebærer at arbeidstaker må anses å ha fått en ny stilling eller nytt ansettelsesforhold.

Den omstendighet at arbeidsgiver må sørge for klarhet i de tilfeller der en eventuell endring medfører at stillingens grunnpreg endres, taler for at det også for dette typetilfellet gjelder en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet i vilkår som omhandler arbeidssted og arbeidsoppgaver. Arbeidstakeren er som regel klar over både stedet han skal jobbe på, og arbeidsoppgavene han skal utføre, allerede ved det tidspunkt han søker på en stilling. Dette er ofte sentrale årsaker til at arbeidstakeren er motivert til å søke på den bestemte stillingen. Dette tilsier at arbeidsgiver ikke kan gjennomføre vesentlige endringer i slike vilkår uten samtykke fra arbeidstakeren. En ensidig endringsadgang for arbeidsgiver bør i så måte avklares med arbeidstakeren på forhånd, eller fremkomme av arbeidsavtalen.

Avgjørelsen fra Arbeidsretten påpekte at ufaglærte arbeidstakere kan settes til et hvilket som helst arbeid som de er kvalifisert for. Av dette kan det slutes at det for en arbeidstaker som har en stilling som forutsetter fagkompetanse, er det begrenset hvor store endringer som kan foretas. Slike arbeidstakere må forvente at de for eksempel kan bli satt til å utføre noen administrasjonsoppgaver. Dette er likevel under forutsetning av at arbeidstakerens hovedoppgaver består i utføre oppgaver som den ansatte har kompetanse til å utføre. Dersom arbeidsgiver pålegger en juridisk rådgiver å utføre renholdsarbeid i stedet for juridiske

tjenester, vil disposisjonen måtte anses som en vesentlig endring som ikke kan gjennomføres i kraft av styringsretten. På samme måte vil overføring av en arbeidstaker fra en virksomhet i Tromsø til en annen virksomhet i Kristiansand, anses som en vesentlig endring som arbeidsgiver ikke kan foreta.

De avgjørelser som er behandlet under dette typetilfellet viser imidlertid at arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet ikke er så omfattende hva angår vilkårene om arbeidssted og -oppgaver, da arbeidsgiver har en vid adgang til å foreta endringer i slike vilkår. Arbeidsgiver kan derimot sørge for klarhet om endringsadgangen ved å innta en endringsklausul i arbeidsavtalen. Dersom det er inntatt en slik klausul, har det formodningen mot seg at arbeidsgiver likevel ikke skal ha en endringsadgang. Dersom en endringsadgang ikke følger av avtalen, vil arbeidsgiver likevel kunne endre på noen av avtalevilkårene, forutsatt at stillingens grunnpreg ikke endres.

I motsetning til typetilfellet om for eksempel arbeidstidens lengde, vil endringer i arbeidssted og -oppgaver ikke tilsi at arbeidstaker har et like stort behov for vern mot at arbeidsgiver foretar endringer. Det vil virke mer inngripende overfor arbeidstaker dersom arbeidsgiver endrer arbeidstidens lengde til ugunst for arbeidstaker. Avtalebestemmelser om lengde på arbeidstiden fremstår derfor generelt som mer vesentlig for arbeidstakere enn avtalebestemmelser om arbeidssted og oppgaver. For slike endringstilfeller betyr dette at terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger vil være høyere enn hva tilfellet er for endringer i vilkår om arbeidssted og -oppgaver.

3.3. Lønnsvilkår

Arbeidslønn er i liten grad lovregulert. Aml. § 14-15 inneholder regler om utbetaling av lønn og feriepenger. Denne bestemmelsen gjelder hvis ikke annet er avtalt. Det klare utgangspunkt er at arbeidstakeren ikke kan trekkes- eller settes ned i lønn, jf. § 14-15 andre ledd. Den omstendighet at hovedregelen er så streng, tilsier at lønnsvilkår fremstår som vesentlige for ansettelsesforhold, og at arbeidsgiver derfor må sørge for klare lønnsvilkår i arbeidsavtalen.

Når det gjelder forhold som har direkte betydning for arbeidsgivers egen økonomi, er styringsretten ganske vid, jf. Rt. 1997 side 1506. Arbeidsgiver hadde i denne saken overlatt

kompetansen til å bestemme varebeholdningen til en apotekbestyrer. Høyesterett uttalte på side 1513 at:

”Jeg peker videre på at så langt varebeholdningen har direkte betydning for apotekerens økonomi, må apotekeren ha en vid bestemmelsesrett på dette punkt.”

Antitetisk forstås uttalelsen slik at når det gjelder endringer som får direkte økonomiske konsekvenser for arbeidstakere, er styringsretten ikke så vid. Lønnsytelse er en av arbeidsgiverens hovedforpliktelse.⁹² Dette illustreres blant annet av at manglende utbetaling av lønn kan være en opphørsgrunn.⁹³ Denne omstendighet taler dermed for at arbeidsgiverens styringsrett ikke er så vid hva angår lønnsvilkår.

Det finnes likevel eksempler i rettspraksis der en bestemt måte å utbetale lønnen på tillates, til tross for at betalingsmåten får økonomiske konsekvenser for arbeidstakeren. I Rt. 2004 side 53 var spørsmålet om kravet til skriftlighet i arbeidsmiljøloven § 47 nr. 1, nå § 10-5, ved avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstid, medførte at manglende skriftlighet førte til ugyldighet. Etter at arbeidsforholdet var opphørt, krevde arbeidstakeren blant annet etterbetalt lønn som følge av påståtte urettmessige trekk i lønn, samt vederlag for utført kvelds- og helgearbeid og overtidarbeid.

Førstvoterende påpekte i premiss 30 at manglende skriftlighet vil kunne føre til at avtalen, ved tvil om innholdet, blir tolket i arbeidsgiverens disfavør. Førstvoterende drøftet deretter om arbeidstaker likevel kunne få etterbetalt lønn.⁹⁴ Det ble fremhevet at partene i et kortere eller lengre tidsrom hadde etterlevd en muntlig avtale som var uomtvistet og lå innenfor lovens rammer. Avtalen kom i stand på grunn av arbeidstakerens behov – ikke arbeidsgiverens. Ordningen ble praktisert over lengre tid uten at det av arbeidstakeren ble fremsatt noe krav om overtidsbetaling. Til slutt konkluderer førstvoterende med at virkningene av manglende skriftlighet ville blitt strukket urimelig langt dersom det skulle føre til at partene måtte se bort fra en muntlig avtale om gjennomsnittsberegning. Arbeidstakeren fikk dermed ikke medhold i sitt krav om etterbetaling.

⁹² Rt. 1992 side 1482.

⁹³ Dege (2009) side 336.

⁹⁴ I premissene 37-39.

Denne saken er spesiell ettersom avtalen som var kommet i stand mellom partene var begrunnet i arbeidstakerens sosiale forhold, og partene hadde fulgt den muntlige avtalen over lengre tid. Dersom den utelukkende var begrunnet i arbeidsgivers behov for den type lønnsoppgjør, ville resultatet kanskje vært annerledes med tanke på hovedregelen om at tvil om arbeidsavtalen kan gå utover arbeidsgiver. Arbeidstakeren ville da ha tapt lønn som følge av arbeidsgivers behov, noe som tilsier et beskyttelsesvern. I denne saken ville ikke en forventning hos arbeidstaker om krav på etterbetaling være berettiget. Selv om manglende skriftlighet vil kunne tolkes i arbeidsgiverens disfavør, talte samtlige momenter i mot at arbeidsgiveren på annen måte hadde plikt til å sørge for ytterligere klarhet i lønnsvilkårene ved skriftlig avtale.

Et annet tilfelle der Høyesterett tillater en endring til tross for at den får økonomiske konsekvenser for arbeidstakeren, er Rt. 2008 side 856. Spørsmålet i saken var om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne pålegge servitørene på Theatercaféen i Oslo å dele tips med sine kollegaer. Høyesterett godtok endringen under henvisning til at det ikke var regulert i arbeidsavtalen hvordan tips skulle fordeles. Til tross for at praksisen hadde eksistert i 70 år, godtok ikke Høyesterett at tidsforløpet og forventningene hos servitørene ga grunnlag for rettskrav. Avgjørelsen legger terskelen veldig høyt for hvor klare holdepunkter som kreves for å påstå at arbeidsgiver har gitt avkall på styringsretten på grunnlag av langvarig praksis. Denne avgjørelsen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at arbeidsgiver har adgang til å foreta disposisjoner som får direkte betydning for utbetalingen av lønnen. Endringen innebar riktignok reduserte inntektsmuligheter, men den påvirket ikke lønnen som arbeidsgiver pliktet å utbetale. Tips måtte anses som gave da det ble gitt av gjestene og ikke arbeidsgiveren.

RG 2009 side 780 (Borgarting) gjaldt blant annet krav fra en arbeidstaker om etterbetaling av opptjent lønn og feriepenger under ansettelsesforholdet og i oppsigelsestiden. Arbeidstakeren hadde i omtrent ett år vært finansrådgiver i Oslo Finansrådgivning AS. Han var provisjonsavlønnet. Uenigheten knyttet seg til hvilke salg som var berettiget til provisjon, og med hvilken sats. I tillegg var det uenighet om provisjon også inkluderte feriepenger. Lagmannsretten tolket avtalen og kom frem til at den ikke løste spørsmålene da den var uklar. Når ikke avtalen ga veiledning, var det av betydning hvordan partene selv hadde oppfattet avtalen, og hvordan den ble praktisert. Altså ble det lagt vekt på partenes forutsetninger. Forklaringene fra partene var imidlertid motstridende. Retten uttalte generelt at:

”Ansettelsesavtalen er ført i pennen av arbeidsgiveren, som nå påberoper seg en forståelse som går i arbeidstakerens disfavør på et helt sentralt punkt. Det må da være arbeidsgiveren som må sørge for klarhet i avtaleforholdet, og som må sikre beviset for en avvikende forståelse til skade for arbeidstakeren.”

Det sentrale punktet lagmannsretten siktet til, var hva slags provisjon arbeidstaker hadde krav på. Dette forstås dithen at vilkåret om provisjon fremsto som vesentlig for ansettelsesforholdet. Videre måtte lagmannsretten beregne det beløp arbeidstakeren hadde krav på, og påpekte i den forbindelse at når arbeidsgiveren ikke leverte fortløpende skriftlige oppgaver over beregningsmåten til arbeidstakeren i samsvar med arbeidsmiljølovens bestemmelser, måtte tvil som oppsto med hensyn til hvordan lønnen skulle beregnes, løses i favør av arbeidstakeren. Av den grunn la lagmannsretten til grunn arbeidstakerens liste over beregningsmåte.

Avgjørelsen fastslår for det første at lønnsvilkår er viktige for arbeidstakere, og at arbeidsgiver derfor må sørge for klarhet i slike vilkår. Dernest fastslår avgjørelsen at tilstrekkelig klarhet i slike vilkår vil foreligge dersom det ut fra arbeidsavtalen er mulig å fastslå hva slags rettigheter arbeidstaker har knyttet til lønn. Av hensyn til at lønnsvilkår er så viktige for arbeidstaker, må terskelen for når tilstrekkelig klarhet foreligger, settes høyt. Denne dommen setter en terskel som er til ugunst for arbeidsgiver, og viser generelt hva slags konsekvenser det kan få at arbeidsgiver ikke sørger for at lovens krav om en skriftlig avtale som er klar etterleves.

Ellers viser også saken inntatt i RG 1993 side 1223 (Gulating) at tvil om lønnsytelsen må gå ut over arbeidsgiver. Her var spørsmålet om feriepenge til noen dykkere var inkludert i lønnen. Retten tok utgangspunkt i at det var rettslig adgang til å avtale en slik ordning. Men i denne saken kunne ikke en slik ordning utledes av arbeidsavtalene. Dykkerne hadde verken direkte eller ved konkludent atferd godtatt en slik ordning, og fikk dermed tilkjent feriepenge.

Reelle hensyn taler også for at arbeidsgiver må bære risikoen for at avtalen er uklar hva gjelder avtalebestemmelser om lønn. Lønn vil ha stor betydning for arbeidstaker, da inntekten skal sørge for at man får dekket utgifter til livsopphold. Det vil derfor være stor grunn til å beskytte arbeidstakere mot arbeidsgivere som ikke oppfyller sin plikt til å utbetale lønn, og

mot at arbeidsgiver endrer lønnen til ugunst for arbeidstaker. Hensynet til arbeidstakers behov for klarhet knyttet til størrelse på lønnen, tilsier også at tvil om dette må tolkes i arbeidsgiverens disfavør. Dette må bety at det som hovedregel ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett å ensidig endre de ansattes lønn.

Når lønnen er direkte berørt i avtalen, kan ikke arbeidsgiver ensidig endre denne. Som følge av at det er arbeidsgiver som skal utforme arbeidsavtalen, må det være han som må sørge for klarhet i slike avtalevilkår dersom arbeidsavtalen byr på tvil. Dersom arbeidsgiver ikke har oppfylt sin informasjonsplikt etter Rådsdirektivet og aml. §§ 14-5 og 14-6 gjennom en skriftlig arbeidsavtale, har det formodningen mot seg at han ensidig kan endre lønnen til arbeidstaker. Avgjørelsene viser imidlertid at arbeidstakers forventninger til lønnen tillegges betydning som tolkningsmoment.

Samlet taler alle de rettskilder som er behandlet under dette typetilfellet, for at arbeidsgiver har en generell plikt til å sørge for klarhet i det som er avtalt om lønnsytelsen.

3.4. Egenoppsigelse

Dette typetilfellet havner på grensen av oppgavens problemstilling. Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er imidlertid nær knyttet til de øvrige problemstillinger i denne oppgaven, da oppsigelse også skal være regulert i arbeidsavtalen. Denne oppgaven tar videre sikte på å belyse om et generelt klarhetskrav kan oppstilles i arbeidsretten. Det er derfor interessant for problemstillingen å drøfte om en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet også gjør seg gjeldende ved opphør av et ansettelsesforhold, slik atplikten får et større omfang. Hensynet til at arbeidstaker skal få beholde sitt ansettelsesforhold til arbeidsgiver, tilsier et behov for at arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet også skal omfatte slike tilfeller.

Oppsigelse skal skje skriftlig, jf. aml. § 15-4 første ledd. I annet ledd fremkommer det at oppsigelse fra arbeidsgivers side skal leveres til arbeidstaker personlig eller i rekommandert brev. Den omstendighet at det er presisert hvordan arbeidsgivers oppsigelse skal skje, betyr at hovedregelen i første ledd om at oppsigelse skal skje skriftlig gjelder begge parter.⁹⁵ Regelen i

⁹⁵ Se Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, 3 utgave, Oslo 2013, side 221.

§ 15-4 første ledd er som § 14-5 bare en ordensregel. En muntlig oppsigelse er dermed like bindende mellom partene som en skriftlig oppsigelse.⁹⁶

Når det ikke foreligger skriftlig oppsigelse, kan det oppstå situasjoner som sår tvil om hvorvidt arbeidsgiver har sagt opp arbeidstaker, eller om arbeidstaker har sagt opp etter eget ønske. Bakgrunnen kan være at det har oppstått uenighet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og arbeidsgiver i sinne har uttalt at arbeidstaker er oppsagt. Det kan også være at arbeidstakeren blir så sint at denne sier opp, men kommer angrende tilbake med et krav om å få begynne igjen. Videre kan det hende at det oppstår tvil om arbeidstaker har blitt sagt opp som følge av langvarige permitteringer. Spørsmålet som oppstår er hvem som er ansvarlig for å klargjøre hvem som har sagt opp arbeidstaker når det ikke foreligger en skriftlig oppsigelse fra noen av partene.

Det ble i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 bestemt at dersom arbeidstakeren har sagt opp etter eget ønske, vil det ved en tvist være arbeidstakeren som har plikt til å klargjøre hvorvidt oppsigelse faktisk har skjedd.⁹⁷ Det er ikke tilsiktet noen realitetsendring ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 2005.⁹⁸ Uttalelsen i forarbeidene er imidlertid knyttet til situasjoner der arbeidstaker selv ønsker å fratrukke og påberoper seg en muntlig oppsigelse.

Rt. 1989 side 1270 gjaldt en sak hvor arbeidstaker hevdet at han var blitt meddelt avskjed, mens arbeidsgiver på sin side hevdet at arbeidstakeren hadde sagt opp selv. Det forelå ikke skriftlig oppsigelse. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte seg om den avveining som skal foretas i slike situasjoner. Kjæremålsutvalget fremhevet at situasjonen ikke er dekket av det som er sagt i forarbeidene. De viste imidlertid til Friberg som har uttalt at:

”Spørsmålet må vurderes konkret og det vil ha betydning hvem som er nærmest til å avklare det. Det bør i tvilstilfelle tas hensyn til at arbeidstakeren ikke bør tape sitt lovvern slik at han kan få prøvet om det er saklig grunn for oppsigelse eller eventuelt om det foreligger avskjedsgrunn.”⁹⁹

⁹⁶ Fanebust (2013) side 221.

⁹⁷ Ot.prp. nr.41 (1975-1976) side 69.

⁹⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) side 335.

⁹⁹ Sitatet er inntatt i avgjørelsen på side 1271.

Utvalget la dette utgangspunktet til grunn når de skulle vurdere hvem som var ansvarlig for å klargjøre hva som hadde skjedd. Uttalelsen gir imidlertid ikke konkrete retningslinjer for hvordan en slik vurdering skal foretas. Dermed er det ikke mulig å fastslå generelt hvem som har en plikt til å sørge for klarhet ved egenoppsigelse. Både byretten og lagmannsretten hadde funnet det bevist at arbeidsgiver ikke hadde avskjediget arbeidstakeren, og dette var noe utvalget ikke kunne overprøve. Arbeidsgiver fikk derfor medhold.

Mer forklarende er LB-2008-144059 (Borgarting lagmannsrett) hvor lagmannsretten tok utgangspunkt i at det ikke er et absolutt krav at oppsigelsen skal være skriftlig. Når oppsigelsen er muntlig, må det foreligge klare holdepunkter for at arbeidstaker har sagt opp frivillig. Bevisføringsplikten ligger på arbeidsgiver når det er omtvistet hvorvidt arbeidstaker har sagt opp selv, men det må likevel foretas en helhetsvurdering av bevisene. Etter denne avgjørelsen tilligger plikten til å sørge for klarhet knyttet til hvem som har sagt opp dermed på arbeidsgiver. Terskelen settes høyt ved at det fremheves at det kreves klare holdepunkter.

Fanebust er enig i lagmannsrettens uttalelse. Han sier at det i slike situasjoner må være bedriften, som profesjonell part, som må gjøre sitt for å skape klarhet. Han uttaler at

”...det [må] som hovedregel være riktig å pålegge bedriften bevisbyrden for at arbeidstaker har sagt opp i tilfeller der det er uklart om arbeidstaker har sagt opp eller ikke.”¹⁰⁰

Ettersom arbeidsgiveren er den som skal sikre et trygt ansettelsesforhold for arbeidstaker, er det naturlig at arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i det som faktisk har skjedd, i tilfeller der det ikke foreligger skriftlig arbeidsavtale. Det er problematisk for arbeidstakeren dersom han plutselig mister det vern som tilkommer ham på grunn av affektbetont ordveksling mellom han og arbeidsgiver. Det må kunne forventes at arbeidsgiver, som identifiseres med virksomheten, opptre profesjonelt i situasjoner der det er uenighet mellom han og arbeidstaker. Ettersom terskelen for å si opp noen etter § 15-7 er veldig høy, tilsier det at en påstand fra arbeidsgiver om at arbeidstakeren selv har sagt opp, ikke uten videre bør legges til grunn. Spesielt ikke i de tilfeller der arbeidstaker bestrider dette. Dette taler samlet sett for at arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i de tilfeller det oppstår tvil om

¹⁰⁰ Fanebust (2013) side 221.

arbeidstaker har sagt opp selv, og det ikke foreligger en skriftlig oppsigelse fra noen av partene.

Som drøftelsen viser, vil arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet om hvem som har sagt opp arbeidstaker imidlertid utgjøre en bevisbyrderegel. De øvrige typetilfellene som er behandlet i denne oppgaven, viser at plikten for arbeidsgiver til å sørge for klarhet gjør seg gjeldende under hele ansettelsesperioden. Plikten utgjør således mer enn bare en bevisbyrderegel. Det er riktignok slik at manglende etterlevelse av plikten, etter de øvrige typetilfelle, vil ha den konsekvens at tvil om innholdet i vilkårene for et ansettelsesforhold, vil gå ut over arbeidsgiver. Typetilfellene viser imidlertid at plikten aktualiseres allerede på det tidspunkt når ansettelsesforholdet inngås, og arbeidsavtalen skal utformes. Dette er ikke tilfellet for arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet om hvem som har sagt opp, da plikten bare aktualiseres ved en eventuell tvist for domstolene.

Det som her er bemerket er likevel ikke til hinder for at et eventuelt generelt klarhetskrav også omfatter egenoppsigelsestilfellene.

4. AVSLUTNING

4.1. Oppsummering

Oppgavens tema ble introdusert med et eksempel som er forholdsvis vanlig i det virkelige liv. Med utgangspunkt i typetilfeller, har jeg redegjort for Minas spørsmål om det er arbeidsgiver som må sørge for klarhet i de vilkår som det er sluttet avtale om i et ansettelsesforhold. Under alle typetilfellene konkluderes det med at arbeidsgiver har en slik plikt.

De rettskilder som er behandlet i oppgaven viser at utfordringen med å definere arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet, er at det ikke er mulig å fastslå innholdet i og omfanget av plikten generelt ut i fra det rettskildematerialet som eksisterer. Gjennomgående gir rettspraksis likevel inntrykk av at plikten gjelder for arten av og rammene for ansettelsesforholdet, herunder de vilkår det er sluttet avtale om.

Plikten skjerpes avhengig av avtalevilkåret. Dreier det seg som om et vilkår som er viktig for arbeidstaker, er plikten streng. Begrunnelsen for dette er at slike vilkår anses for mer

beskyttelsesverdige. Arbeidsgiver kan av den grunn ikke gjennomføre disposisjoner som griper inn i vilkår som fremstår som vesentlig for et ansettelsesforhold uten at det er grunnlag for det i arbeidsavtalen, og uten at arbeidsgiver har klargjort for arbeidstaker at han har en slik endringsadgang.

Etter de ulike typetilfellene, vil også tidspunktet for når tilstrekkelig klarhet må foreligge, variere. For midlertidige ansettelser gir rettskildene inntrykk av at plikten inntreter etter at den midlertidige ansettelsen utløper, og før arbeidstaker får en berettiget forventning om at hun har fått en fast ansettelse. Ved endringer i arbeidstidens lengde, inntreter plikten allerede ved utforming og inngåelse av arbeidskontrakten. Uansett tidspunkt for når plikten inntreter, bør arbeidsgiver sørge for at tilstrekkelig klarhet foreligger ved inngåelsen av ansettelsesforholdet.

Dersom arbeidsgiver skal sikre klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold, kan dette først og fremst gjøres ved å inngå en klar arbeidsavtale i alle ansettelsesforhold. En klar arbeidsavtale vil foreligge når avtalen inneholder vesentlige opplysninger om ansettelsesforholdet, jf. aml. § 14-6. Dernest kan arbeidsgiver formidle innholdet i avtalen til arbeidstakere på en slik måte at de forstår vilkårene. Dersom arbeidstaker innretter seg etter arbeidsavtalen på en måte som ikke er i samsvar med arbeidsavtalen, må arbeidsgiver opplyse arbeidstakeren om hvordan arbeidsavtalen skal forstås. Dette må gjøres før arbeidstakers forventninger blir berettigede, ettersom berettigede forventninger kan danne grunnlag for et rettskrav.

De rettsavgjørelser som er behandlet i oppgaven, viser gjennomgående at det er behov for en avklaring om hva innholdet i plikten er, og når den inntreter.

4.2. Behovet for et generelt klarhetskrav på arbeidsrettens område

Rettspraksis viser at det oppstår tvister om arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter i ansettelsesforhold. Problemstillingen som skal drøftes i det følgende er derfor om det er behov for et generelt klarhetskrav på arbeidsrettens område.

Av hensyn som taler mot et generelt klarhetskrav kan det påpekes at det kan virke urimelig å gjøre gjeldende et generelt klarhetskrav med tanke på at lovgivningen allerede fastsetter arbeidsgiver som adressat for alle de plikter som er gitt i og i medhold av arbeidsmiljøloven. I

en undersøkelse som Dagsavisen har foretatt om etterlevelsen av arbeidsmiljøloven i helseforetak, fremkommer det at helseforetakene som hovedregel bryter loven. Undersøkelsen kan tyde på at arbeidsmiljøloven inneholder for mange krav til arbeidsgiver, slik at det blir vanskelig å etterleve alle kravene i praksis.¹⁰¹

Et annet hensyn som taler mot et generelt klarhetskrav, er at arbeidstakeren selv bør opplyse arbeidsgiver dersom han ikke forstår innholdet i vilkårene for ansettelsesforholdet. Arbeidstaker bør i tillegg bære risikoen dersom hans forventninger ikke er i samsvar med arbeidsavtalen.

På den annen side er det arbeidsgiver som beslutter hvilke betingelser som skal gjelde for det konkrete ansettelsesforhold når han ansetter noen. Arbeidstakeren har som regel liten mulighet til å bestemme eller påvirke disse beslutningene. Av den grunn er arbeidsgiveren den nærmeste til å vite både omfanget av og innholdet i de enkelte betingelser. Dette tilsier at dersom arbeidsgiver gjør en bestemt betingelse gjeldende, bør han sørge for at arbeidstakeren er kjent med innholdet i betingelsene.

Et generelt klarhetskrav vil videre ha en preventiv side. Kravet vil gjøre arbeidsgivere mer oppmerksomme når vilkårene for ansettelsesforholdet skal formidles til arbeidstakere. Dersom kravet ikke følges, er konsekvensen at tvil om innholdet i avtalevilkårene vil gå ut over arbeidsgiver. På den måten vil klarhetskravet også fungere som et sanksjonsmiddel. Kravet tvinger arbeidsgivere til å tenke nøye gjennom innholdet i betingelsene og formidlingen av disse til arbeidstaker. Til gjengjeld vil arbeidsgivere selv få en bedre oversikt over ansettelsesforholdet.

Da arbeidsgiver er den sterkeste part i et ansettelsesforhold, kan et generelt klarhetskrav bidra til å utjevne det asymmetriske forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dersom arbeidsgiver oppfylder plikten til å sørge for klarhet i vilkårene for et ansettelsesforhold, vil arbeidstakere være klar over hvilke rettigheter som kan gjøres gjeldende overfor arbeidsgiver. Dette vil igjen forhindre at arbeidsgiver foretar vilkårlige disposisjoner som er egnet til å svekke arbeidstakers stillingsvern.

¹⁰¹ www.dagsavisen.no/samfunn/brudd-pa-brudd-pa-brudd-pa-brudd/ (Sist sjekket 01.05.14)

De momenter som er trukket frem her, underbygger etter mitt syn at det er et reelt behov for et generelt klarhetskrav på arbeidsrettens område.

4.3. Kan det oppstilles et generelt klarhetskrav?

I forlengelsen av at det eksisterer et behov for et generelt klarhetskrav, er det nødvendig i det følgende å drøfte om det de lege lata eksisterer et generelt klarhetskrav, uavhengig av de enkelte arbeidsrettslige typetilfellene.

Det som først skal drøftes er om et generelt klarhetskrav kan hjemles i arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven § 14-5 bestemmer at arbeidsgiver skal utforme en skriftlig arbeidsavtale som skal gi arbeidstakeren et inntrykk av hvilke vilkår som gjelder for et bestemt ansettelsesforhold. Som det fremgår av punkt 2.1 er formålet med en slik avtale at den skal sørge for klarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker. I rettspraksis har konsekvensen av å ikke overholde bestemmelsen vært slik at tvil om vilkårene i ansettelsesforholdet går ut over arbeidsgiver. Dersom det foreligger en skriftlig arbeidsavtale, men med et uklart innhold, viser rettspraksis at uklarhetsregelen som er utviklet i kontraktsretten anvendes som tolkningsregel. Dette innebærer at arbeidsavtalen også i slike situasjoner tolkes i disfavør av arbeidsgiver. Et klarhetskrav kan imidlertid ikke hjemles utelukkende i aml. § 14-5. Bestemmelsen kan dermed ikke fungere som et primært rettsgrunnlag for et klarhetskrav. Den danner likevel et utgangspunkt for krav til klarhet, slik at arbeidsmiljøloven således trekker i retning av at det kan oppstilles et generelt klarhetskrav.

Det må dernest drøftes om et generelt klarhetskrav kan utledes av rettspraksis.

Rettspraksis kan fungere som et grunnlag for regeldannelse over tid. Flere rettsavgjørelser som bygger på samme rettsoppfatning, vil etter hvert kunne danne en fast rettsregel eller rettsgrunnsetning.¹⁰² Man kan se spor av et generelt klarhetskrav i de fleste rettsavgjørelser som er behandlet i denne oppgaven. Da mange av disse avgjørelsene forankrer et slikt syn i tidligere rettspraksis, kan det tyde på at et klarhetskrav anerkjennes som en rettsregel av domstolene. Dette synet kan videre underbygges med at rettsavgjørelsene angår vidt

¹⁰² Nygaard (2004) side 76.

forskjellige saksforhold. Hadde alle avgjørelsene eksempelvis omhandlet midlertidige ansettelse, ville det neppe vært grunnlag for å påstå at det kan oppstilles et generelt klarhetskrav. De fleste uttalelsene som presiserer at arbeidsgiver har en plikt til å sørge for klarhet i ansettelsesforhold, knyttes ikke opp mot det konkrete saksforholdet. Uttalelsene bærer således preg av å være av generell karakter.

På den annen side er det bare én høyesterettsavgjørelse som nevner en plikt for arbeidsgiver til å sørge for klarhet.¹⁰³ Ut fra domspremissene, virker det som om uttalelsen om at det er ”arbeidsgiverens plikt til å sørge for denne klarheten” ikke er nødvendig for å begrunne domsresultatet, da Høyesterett la hovedvekt på at arbeidsgiver ikke hadde utformet en skriftlig arbeidsavtale, og at ytre omstendigheter gjorde at arbeidstakeren fikk en berettiget forventning om at hun var fast ansatt. Denne avgjørelsen synes dessuten å være den eneste som faktisk knytter uttalelsen opp mot det konkrete saksforholdet, og uttalelsen kan dermed ikke anses for å ha en generell karakter. Til tross for at underrettspraksis har vist til denne dommen når de har uttalt seg om arbeidsgivers plikt til å sørge for klarhet, ville det være å trekke førstvoterendes uttalelse for langt dersom man konkluderer med at Høyesterett oppstiller et generelt klarhetskrav.

Det kan tenkes at Rt. 2007 side 129 gir grunnlag for å konstruere et generelt klarhetskrav som en rettssetning, et såkalt *konstruert ratio decidendi*. Konstruksjonen skjer ved at man lager en setning som ville ført til samme resultat som det som ble utledet i en avgjørelse, men på annet grunnlag.¹⁰⁴ Det er imidlertid ikke grunnlag for å slå fast at et klarhetskrav har vært motiverende for Høyesterett ved bedømmelsen av saken. I alle fall kan det etter min mening ikke konstrueres et generelt klarhetskrav ut i fra én høyesterettsavgjørelse alene. Det hadde vært mer nærliggende å konstruere et generelt klarhetskrav dersom flere høyesterettsavgjørelser, etter en parallellfortolkning, ga grunnlag for å påvise at et klarhetskrav var motiverende for dommerne når de bedømte sakene. Når det imidlertid ikke foreligger flere høyesterettsavgjørelser som gir et slikt grunnlag, kan det etter mitt syn ikke oppstilles et generelt klarhetskrav.

¹⁰³ Rt. 2007 side 129, som er behandlet i punkt 3.1.1.

¹⁰⁴ Carl August Fleischer, ”Anvendelse og fortolkning av dommer”, *Jussens Venner*, 1965, s. 146-208 (s. 189).

Den omstendighet at innholdet i et eventuelt klarhetskrav ikke er fastlagt og tilgjengelig for arbeidsgiver, underbygger videre at det ikke kan oppstilles et generelt klarhetskrav. En uklar uttalelse som knytter seg til et bestemt saksforhold, kan ikke ha den virkning at arbeidsgivere nå må innrette seg etter et generelt klarhetskrav. Dersom det skal kunne oppstilles et generelt krav, må Høyesterett i en ny avgjørelse anerkjenne kravet, og dessuten utdype innholdet og omfanget av kravet. Det ville ført til økt forutberegnelighet for alle parter.

De momenter som her er drøftet tilsier samlet sett at det på det nåværende tidspunkt ikke er mulig å oppstille et generelt klarhetskrav.

Det er imidlertid interessant å bemerke at ettersom underinstansene har vist til Rt. 2007 side 129 når de har uttalt seg om arbeidsgiverens plikt til å sørge for klarhet i ansettelsesforhold, kan dette tyde på at et generelt klarhetskrav er i utvikling i rettspraksis. Om dette faktisk er tilfelle er mer usikkert. Det gjenstår å se om Høyesterett i nærmeste fremtid kommer med uttalelser som anerkjenner eller avviser et generelt klarhetskrav i arbeidsretten.

5. Kildeliste

Lover

Arbeidsmiljøloven av 2005	Lov 17 juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidsmiljøloven av 1977	Lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
Avtaleloven av 1918	Lov 31 mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.
EØS-loven av 1993	Lov 27 november 1993 nr. 209 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Foretakspensjonsloven av 2000	Lov 24 mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon.
Tjenestemannsloven av 1983	Lov 4 mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.

Direktiv

Rådsdirektiv 91/533/EØF	Rådsdirektiv 91/533/EØF av 14. Oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet.
-------------------------	---

Lovforarbeider

Innst. O. nr.5 (1999-2000)	Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og
----------------------------	---

arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven). Dato:
28.10.1999.

Prop. 104 L (2009-2010) Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse
mv.). Dato: 26.02.2010.

Ot.prp. nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven). Dato: 25.02.2005.

Ot.prp. nr.50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om
arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov
om arbeidervern og arbeidsmiljø. Dato: 02.02.1976.

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet,
inkludering og vekst. Dato: 20.02.2004.

Rettspraksis

Rt. 2013 s. 354 (Avlaster-dommen)

Rt. 2011 s. 841

Rt. 2010 s. 412 (Fokus Bank-dommen)

Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt-dommen)

Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe-dommen)

Rt. 2008 s. 1246 (Statoil-dommen)

Rt. 2007 s. 129

Rt. 2004 s. 53

Rt. 2002 s. 1576 (Hakon-dommen)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen)

Rt. 2000 s. 1602 (NØKK-dommen)

Rt. 2000 s. 1800

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 1993 s. 1223

Rt. 1992 s. 1482

Rt. 1989 s. 1270
Rt. 1988 s. 766
Rt. 1985 s. 78
Rt. 1980 s. 1037
Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor-dommen)
Rt. 1927 s. 296

LB-2013-4048 (Borgarting)
RG 2010 s. 1432 (Borgarting)
RG 2009 s. 780 (Borgarting)
LB-2008-144059 (Borgarting)
RG-1993-1223 (Gulating)

TAHER-2011-16274 (Asker og Bærum tingrett)

ARD-2004-250
ARD-1986-165

Sak C-350/99 Wolfgang Lange v Georg Schünemann GmbH, avsagt av EF-domstolen, nå EU-domstolen, 8 februar 2001, søkenummer 61999J0350.

Litteratur

Allstrin (2012) Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, 2 utgave 1 oppslag (Oslo 2012).

Carlstedt (2008) Carlstedt, Cecilie, "Fleksibilitet i arbeidsforhold", *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 3* (2008) s. 89-231.

Dege (1995) Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind 1, (Oslo 1995).

- Dege (2009) Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett*, Del 1, (Oslo 2009).
- Evju (2001) Evju, Stein, ”Endring av tjenestepensjon m.v.” i *Moderne forretningsjus*, Tore Bråthen og Ole Gjems-Onstad (red.), (Oslo 2001).
- Evju (2003) Evju, Stein, ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1*, (2003) s. 3-32.
- Eckhoff (2000) Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5 utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001).
- Fanebust (2013) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett*, 3 utgave, (Oslo 2013).
- Fleischer (1965) Fleischer, Carl August, ”Anvendelse og fortolkning av dommer”, *Jussens Venner* (1965), s. 146-208.
- Fougner mfl. (2013) Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven*, 2 utgave (Oslo 2013).
- Fougner mfl. (2011) Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 2 utgave (Oslo 2011).
- Fougner (2009) Fougner, Jan, ”Arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstidens plassering – kommentar til en høyesterettsdom”, *Tidsskrift for Arbeidsrett*, (2009) s. 195-217.
- Fougner (2007) Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold*, (Oslo 2007).
- Giertsen (2006) Giertsen, Johan, *Avtaler*, (Oslo 2006).

- Hotvedt og Ulseth (2013) Hotvedt, Marianne Jenum og Ulseth, Terese Smith, ”Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett”, *Tidsskrift for Arbeidsrett nr. 1*, (2013), s. 112-1138.
- Hov (2002) Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett 1*, 3 utgave (Oslo 2002).
- Jakhelln (1992) Jakhelln, Henning, ”Arbeidsretten: En kortfattet oversikt”, *Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 10*, (Oslo 1992).
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2 utgave 2 oppslag (Bergen 2004).
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A., ”Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse” i *Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard* (2002) s. 323-343.
- Ulseth (2012) Ulseth, Therese Smith, ”Hva er så spesielt med tariffavtaler? Om tolkning av tariffavtaler, særlig om klarhetskravet”, *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 6*, (2012) s. 325-340.

Nettsider:

- Dagesavisen.no www.dagesavisen.no/samfunn/brudd-pa-brudd-pa-brudd-pa-brudd/
Publisert 8 mars, 2014. Sist kontrollert 1 mai, 2014.