Alexander Næss Skjønberg
Eirik Hognestad
Marianne Jenum Hotvedt

INDIVIDUELL ARBEIDSRETT

2. utgave

GYLDENDAL
JURIDISK

ALEXANDER NÆSS SKJØNBERG,
EIRIK HOGNESTAD, MARIANNE JENUM HOTVEDT

INDIVIDUELL ARBEIDSRETT

GYLDENDAL
JURIDISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2017
2. utgave, 1. opplag 2017

ISBN 978-82-05-48834-2

Omslagsdesign: Gyldendal Juridisk
Sats: Laboremus Oslo AS
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo
www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Den første utgaven av denne boken ble skrevet av Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad. Boken var et resultat av den interessen for arbeidsrett som ble skapt i deres tid som vitenskapelige assistenter i Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for privatrett, Det juridiske fakultetet i Oslo, i 2010. Til bokens andre utgave har Marianne Jenum Hotvedt blitt med som forfatter. Hun har tilknytning til den samme Arbeidsrettsgruppen, før som stipendiat og nå som postdoktor.

Boken er ment å være en lærebok for studenter som studerer arbeidsrett. Det er et mål for oss at boken gjenspeiler særlig tre forhold som vi mener er grunnleggende for å få en god forståelse for faget. Det ene er at vi har forsøkt å fremheve hvilke interesser og hensyn de ulike rettsreglene hviler på. Det andre, som også har sammenheng med det første, er at vi har ønsket å gi en relativt grundig fremstilling av utviklingen av arbeidsrett som rettsområde. Det tredje er at vi har lagt vekt på å trekke noen sentrale forbindelseslinjer til den kollektive arbeidsretten.

Selv om boken primært er rettet mot studenter, er den også egnet for advokater, jurister, tillitsvalgte og andre som ønsker en innføring i faget. Vi har lagt vekt på å gjøre grundige henvisninger i noter og petit for dem som ønsker fordypning i de ulike rettsspørsmålene.

Boken gir en bred og oppdatert behandling av sentrale emner i den individuelle arbeidsretten. Siden forrige utgave er boken utvidet med nye kapitler om vern mot diskriminering og arbeidsmiljø. I tillegg er innholdet utviklet. Blant annet er internasjonaliseringen av arbeidsretten trukket inn i kapittel 1, og linjene til kollektiv arbeidsrett og arbeidsgiverbegrepet er gitt en bredere behandling i kapittel 2. Blant de viktigste oppdateringene er omtalen av endrede regler om midlertidig ansettelse

og arbeidstid og fremstillingen av arbeidsmiljølovens nye regler om konkurranseklausuler. Boken skal være brakt à jour med hensyn til lovendringer og høyesterettspraksis frem til 20. mars 2017. I tillegg har vi fått med en omtale av den nye likestillings- og diskrimineringsloven, som ble behandlet i Stortinget våren 2017.

Når det gjelder litteratur, har vi i utgangspunktet satt dødlinjen ved årsskiftet.

Rekkefølgen på kapitlene er imidlertid noe forandret. Vi har lagt vekt på å løfte frem noen tverrgående og sentrale temaer tidlig, og ellers søkt å følge kronologien i et arbeidsforhold.

Arbeidet har vært fordelt mellom oss. Alexander Næss Skjønberg har hatt ansvar for arbeidet med kapittel 1–4, 8, 11–12, 14 og 16–17, som alle opprinnelig er skrevet av ham. Eirik Hognestad har skrevet et nytt kapittel 10, og har hatt ansvar for arbeidet med kapittel 5, 7, 9, 13 og 15. Av disse var kapittel 9 opprinnelig skrevet av Alexander Næss Skjønberg. Marianne Jenum Hotvedt har skrevet et nytt kapittel 6, revidert punkt 2.3.4 og 17.2, og har hatt ansvar for å gi innspill til øvrige kapitler, særlig kapittel 1–4. I tillegg har vi bistått hverandre i prosessene med tekstene.

Det er flere som har gitt bidrag og støtte i arbeidet med denne utgaven av boken. Først må vi få takke våre kjære på hjemmebane for tålmodighet med at dette har tatt mye tid og oppmerksomhet. En særlig takk til professor Stein Evju, som gav viktige innspill til de opprinnelige tekstene i kapittel 1–3. Andre har også bidratt, både ved gjennomlesing av mindre deler av manus og gjennom diskusjon av ulike problemstillinger. Alle skylder vi en takk. Sist, men ikke minst, vil vi takke forlagsredaktør Ida Kyhring for utmerket oppfølgning. Innspill og forslag til forbedringer kan sendes til juridisk@gyldendal.no.

Oslo, 10. mai 2017

Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt

Arbeidet holder tre onder borte fra oss:
kjedsomheten, lasten og nøden.

Candide (1759), Voltaire

Innhold

KAPITTEL 1 ARBEIDSRETT SOM RETTSOMRÅDE 21
1.1 Innledning 21
1.2 Arbeidsrettens historiske utvikling 22
1.2.1 Innledning 22
1.2.2 Bakgrunnstrekk 23
1.2.3 Statsintervensjonisme 25
1.2.4 Organisasjons- og tariffavtaleutvikling 28
1.2.5 Internasjonalisering 32
1.3 Arbeidsrettslige grunntanker 36
1.3.1 Innledning 36
1.3.2 Den individuelle dimensjonen 36
1.3.3 Den kollektive dimensjonen 39
1.3.4 Organisasjonsfrihet 40
1.4 Avgrensninger 43

KAPITTEL 2 GRUNNLEGGENDE UTGANGSPUNKTER 45
2.1 Innledning 45
2.2 Hensyn bak arbeidervernlovgivningen og dens karakter 45
2.3 Grunnbegreper 48
2.3.1 Arbeidsforhold og arbeidsavtale 48
2.3.2 Arbeidstakerbegrepet 49
2.3.3 Virksomhetsbegrepet 55
2.3.4 Arbeidsgiverbegrepet 58
2.3.4.1 Utgangspunkt, utviklingstrekk og utfordringer 58
2.3.4.2 Et funksjonelt og relativt arbeidsgiverbegrep? 61

2.3.4.3 Arbeidsgiverplikter i andre relasjoner enn arbeidsavtalen 63
2.3.4.4 Elementene i arbeidsgiverbegrepets kjerne 65
2.3.4.5 Nærmere om ansvarsplasseringen..... 66
2.4 Løsning av arbeidskonflikter..... 69
2.5 Tariffavtalens grunnleggende funksjoner og rettsvirkninger..... 73
2.5.1 Innledning, tariffavtalens formål 73
2.5.2 Tariffavtalebegrepet..... 75
2.5.3 Tariffavtalens normerende funksjon..... 80
2.5.4 Tariffplikter i relasjon til utenforstående..... 83
2.5.5 Tariffavtalens virkning for utenforstående arbeidstakere 87
2.5.6 Tariffavtalens fredsplikt..... 88
2.6 Allmenngjøring av tariffavtaler 93

KAPITTEL 3 ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT 96
3.1 Innledning – rettsgrunnlag, begrunnelse og begrepsbruk 96
3.2 Styringsrettens rekkevidde 99
3.2.1 Allment..... 99
3.2.2 Begrensninger i lovgivning og tariffavtaler 100
3.2.3 Begrensninger i det individuelle arbeidsforholdet..... 102
3.2.4 Enkelte «styringsrettssituasjoner» 107

KAPITTEL 4 ETABLERING AV ARBEIDSFORHOLDET 111
4.1 Innledning..... 111
4.2 Stillingsutlysning og innhenting av opplysninger om arbeidstaker 112
4.3 Ansettelse..... 115
4.4 Krav til skriftlig arbeidsavtale mv. 119
4.5 Avtale om prøvetid 121
4.6 Midlertidig ansettelse 123
4.6.1 Innledning 123
4.6.2 Adgang til midlertidig ansettelse etter aml. § 14-9 (1)..... 124
4.6.2.1 Arbeid av midlertidig karakter 124
4.6.2.2 Vikariat..... 126
4.6.2.3 Praksisarbeid..... 126
4.6.2.4 Deltakere i arbeidsmarkedstiltak..... 127
4.6.2.5 Idrettsutøvere mv..... 128
4.6.2.6 Generell adgang til midlertidig ansettelse i en periode på inntil tolv måneder 128
4.6.2.7 Krav om drøftelser med de tillitsvalgte 131
4.6.3 Adgang til midlertidig ansettelse etter tariffavtale..... 132
4.6.4 Åremål..... 132
4.6.5 Læren om fast ansettelse ved varig behov («Statfjord-læren»)... 133
4.6.6 Maksimal lengde på midlertidig ansettelse..... 135

4.6.7 Rettsvirkninger 138
4.6.8 Opphør av midlertidig ansettelsesforhold 140
4.7 Fortrinnsrett til ansettelse 141
4.7.1 Innledning 141
4.7.2 Fortrinnsrett ved overtallighet 142
4.7.3 Deltidsansattes fortrinnsrett 146
4.7.4 Fortrinnsrett for arbeidstakere med redusert arbeidstid 148
4.7.5 Fortrinnsrett ved virksomhetsoverdragelse 149
4.7.6 Prioritet mellom de ulike grunnlagene for fortrinnsrett 149
4.7.7 Virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett 150
4.8 Deltidsansattes rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid 151

KAPITTEL 5 ARBEIDSINNLEIE 155
5.1 Innledning 155
5.2 Skillet mellom arbeidsinnleie og entreprise 157
5.3 Regulering av utleie 158
5.4 Innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie 158
5.5 Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie 162
5.5.1 Begrensninger i adgangen til innleie 162
5.5.2 Likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår 164
5.5.3 Opplysningsplikt og innsynsrett 169
5.5.4 Solidaransvaret 171
5.6 Virkningene av ulovlig innleie av arbeidstakere 173

KAPITTEL 6 VERN MOT DISKRIMINERING 175
6.1 Innledning 175
6.2 Internasjonal og menneskerettslig forankring 176
6.2.1 Diskrimineringsvernet i menneskerettskonvensjonene, menneskerettsloven og Grunnloven 176
6.2.2 EU/EØS-rettslig diskrimineringsvern 180
6.3 Allment 183
6.3.1 Presentasjon av diskrimineringslovgivningen 183
6.3.2 Diskrimineringsvern i arbeidslivet: Formål og rekkevidde 186
6.3.3 Diskrimineringsvernets funksjoner i arbeidsretten 188
6.3.4 Håndhevelse og sanksjoner 189
6.4 Forbud mot diskriminering 193
6.4.1 Innledning 193
6.4.2 Direkte og indirekte forskjellsbehandling 194
6.4.3 Diskrimineringsgrunnlagene 199
6.4.3.1 Generelt 199
6.4.3.2 Kjønn 200
6.4.3.3 Etnisitet, religion og livssyn 201
6.4.3.4 Nedsatt funksjonsevne 202

6.4.3.5 Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.. 204
6.4.3.6 Politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, alder, deltidsansettelse og midlertidig ansettelse.. 204
6.4.4 Adgang til saklig forskjellsbehandling 206
6.4.5 Positiv særbehandling..... 212
6.4.6 Særlig om forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og lønns- og arbeidsvilkår i tariffavtaler..... 215
6.5 Øvrig vern mot diskriminering..... 216
6.5.1 Innledning 216
6.5.2 Andre forbud..... 216
6.5.3 Opplysningsplikter 219
6.5.4 Rett til tilrettelegging 220
6.5.5 Rett til likelønn..... 222
6.5.6 Rettigheter ved foreldrepermisjon..... 223
6.5.7 Aktivitetsplikter..... 224
6.5.8 Delt bevisbyrde 225

KAPITTEL 7 ARBEIDSVEDERLAG 227
7.1 Innledning..... 227
7.2 Ulike lønnssystemer 228
7.3 Fastsettelse av lønnen 228
7.4 Utbetaling av lønnen 229
7.5 Trekk i lønn og feriepenger..... 230
7.6 Foreldelse av lønnskrav..... 233
7.7 Statlig lønnsgaranti ved konkurs..... 234

KAPITTEL 8 ARBEIDSRESULTATET..... 235
8.1 Innledning..... 235
8.2 Arbeidstakeroppfinnelser..... 236
8.2.1 Innledning 236
8.2.2 Arbeidstakeroppfinnelseslovens anvendelsesområde..... 236
8.2.3 Retten til oppfinnelser gjort av arbeidstaker 237
8.2.4 Adgangen til å avtale alternative ordninger..... 239
8.2.5 Arbeidstakers krav på kompensasjon..... 239
8.2.6 Rett til oppfinnelser gjort av arbeidstaker etter arbeidsforholdets opphør 241
8.2.7 Meglingsnemnd for arbeidstakeroppfinnelser 242
8.3 Åndsverk 242

KAPITTEL 9 ARBEIDSTAKERS LOJALITETSPLIKT..... 244
9.1 Innledning..... 244
9.2 Allment om lojalitetspliktens innhold..... 244

9.3 Gaver, godtgjørelser og andre ytelser 246
9.4 Bierverv og annet arbeid i fritiden 247
9.5 Arbeidstakers involvering i konkurrerende virksomheter 248
9.5.1 Innledning 248
9.5.2 Vurderingsnormen 249
9.5.3 Det konkurrerende selskapets stilling 250
9.5.4 Konsekvenser av rettsstridige konkurransehandlinger 250
9.6 Arbeidstakers konkurransehandlinger etter arbeidsforholdets opphør ... 251
9.6.1 Innledning 251
9.6.2 Anvendelsesområdet 253
9.6.3 Grunnlaget for arbeidsforholdets opphør som begrensning 255
9.6.4 Nærmere om konkurranseklausuler 256
9.6.4.1 Definisjonen av konkurranseklausul 256
9.6.4.2 Krav til skriftlighet 257
9.6.4.3 Tidsbegrensning 258
9.6.4.4 Grunnvilkåret – særlig behov for vern mot konkurranse 258
9.6.4.5 Arbeidsgivers redegjørelse 261
9.6.4.6 Kompensasjon 262
9.6.5 Nærmere om kundeklausuler 265
9.6.5.1 Definisjonen av kundeklausul 265
9.6.5.2 Krav til skriftlighet 266
9.6.5.3 Tidsbegrensning 266
9.6.5.4 Tilknytningskravet 266
9.6.5.5 Arbeidsgivers redegjørelse 267
9.6.6 Nærmere om rekrutteringsklausuler 267
9.6.6.1 Definisjonen av rekrutteringsklausul 267
9.6.6.2 Hovedregel 269
9.6.6.3 Unntak 269
9.7 Særlig om arbeidstakers ytringsfrihet – reglene om varsling 271
9.7.1 Innledning 271
9.7.2 Vilkår for varsleren 272
9.7.3 Forbudet mot gjengjeldelse 273

KAPITTEL 10 ARBEIDSMILJØ 275
10.1 Innledning 275
10.2 Krav til arbeidsmiljøet 276
10.2.1 Generelle krav til arbeidsmiljøet 276
10.2.2 Krav til det fysiske arbeidsmiljøet, herunder det kjemiske og biologiske arbeidsmiljøet 278
10.2.3 Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet 279
10.2.4 Krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling 281
10.3 Ansvaret for vernearbeidet og det organiserte vernearbeidet 282
10.3.1 Innledning 282

10.3.2 Arbeidsgivers og arbeidstakers plikter ... 282
10.3.3 Verneombud ... 284
10.3.4 Arbeidsmiljølovutvalg ... 285
10.3.5 Arbeidstilsynet ... 286
10.4.6 Straff ... 286
10.4 Virkemidler i arbeidsmiljøarbeidet ... 287
10.4.1 Innledning ... 287
10.4.2 Særskilte forholdsregler for å ivareta sikkerhet og opplæring i HMS-arbeidet ... 288
10.4.3 Bedriftshelsetjenesten ... 289
10.4.4 Plikt til å legge forholdene til rette for varsling ... 290

KAPITTEL 11 KONTROLLTILTAK ... 292
11.1 Innledning ... 292
11.2 Vilkår for iverksettelse av kontrolltiltak ... 294
11.3 Saksbehandlingsregler ... 295
11.4 Arbeidsgivers innsyn i arbeidstakers e-post og andre elektroniske data ... 296
11.4.1 Innledning ... 296
11.4.2 Vilkår for å foreta innsyn ... 297
11.4.3 Prosedyrer ved innsyn ... 298
11.4.4 Prosedyrer ved opphør av arbeidsforholdet ... 299
11.5 Særlig om arbeidsgivers kontrolltiltak ved mistanke om arbeidstakers misligheter ... 300

KAPITTEL 12 ARBEIDSTID ... 301
12.1 Innledning ... 301
12.2 Krav om forsvarlig arbeidstidsordning ... 302
12.3 Arbeidstidsbegrepet ... 303
12.4 Den alminnelige arbeidstiden ... 304
12.4.1 Hovedregel ... 304
12.4.2 Arbeid av passiv karakter ... 304
12.4.3 Beredskapsvakt ... 305
12.4.4 Belastende arbeidstidsordning ... 306
12.4.5 Særlig belastende arbeidstidsordning ... 308
12.4.6 Tredelt skift- og turnusarbeid ... 308
12.5 Rett til fleksibel arbeidstid ... 309
12.6 Rett til redusert arbeidstid ... 310
12.7 Gjennomsnittsberegning av arbeidstiden ... 311
12.7.1 Innledning ... 311
12.7.2 Skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ... 311
12.7.3 Skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes tillitsvalgte ... 313
12.7.4 Tillatelse fra Arbeidstilsynet ... 313

12.8 Overtid 314
12.8.1 Adgang til overtid og merarbeid 314
12.8.2 Fritakelse for merarbeid og overtidsarbeid 315
12.8.3 Lengden av overtidsarbeidet 316
12.8.4 Overtidsbetaling og avspasering 317
12.9 Krav til pauser og arbeidsfrie perioder 319
12.9.1 Pauser 319
12.9.2 Daglig og ukentlig arbeidsfri 319
12.10 Søndags- og nattarbeid 320
12.10.1 Utgangspunkt 320
12.10.2 Vilkår for søn- og helgedagsarbeid 321
12.10.3 Nattarbeid 323
12.11 Arbeidsplan og arbeidstidsoversikt 325
12.12 Unntak fra arbeidstidsreglene 326
12.12.1 Innledning 326
12.12.2 Arbeidstakere i ledende eller særlig uavhengig stilling 327
12.12.3 Redningsarbeid 329
12.12.4 Tariffavtale 329
12.12.5 Samtykke fra Arbeidstilsynet 330
12.12.6 Avtalte arbeidstidsordninger og ikke-bundne arbeidstakere 331

KAPITTEL 13 FERIE 334
13.1 Innledning 334
13.2 Ferielovens arbeidstakerbegrep 335
13.3 Feriefritid 335
13.4 Fastsettelse og avvikling av ferie 337
13.4.1 Drøftelsesplikt og varsel om feriefastsettelse 337
13.4.2 Arbeidstakers rett til å motsette seg ferieavviklingen 338
13.4.3 Tidsrammene for ferieavvikling 338
13.4.4 Endring av fastsatt feriefritid 339
13.4.5 Pliktig overføring av fastsatt feriefritid 340
13.4.6 Ferieavvikling i oppsigelsestiden 341
13.4.6.1 Innledning 341
13.4.6.2 Oppsigelse fra arbeidsgiver 341
13.4.6.3 Oppsigelse fra arbeidstaker 342
13.4.6.4 Rett til å kreve ferie lagt til oppsigelsestid 342
13.4.7 Ferieavvikling under sykdom 343
13.4.8 Ferieavvikling under permisjon 344
13.4.9 Ferieavvikling og under arbeidskamp 344
13.5 Feriepenger 345
13.5.1 Innledning 345
13.5.2 Beregning av feriepenger 345
13.5.3 Utbetaling av feriepenger 349

13.5.4 Erstatning 352
13.5.5 Solidaransvar ved virksomhetsoverdragelse 354

KAPITTEL 14 PERMISJON 355
14.1 Innledning 355
14.2 Svangerskap, fødsel og omsorg for barn 356
14.2.1 Svangerskap 356
14.2.2 Fødsels- og omsorgspermisjon 357
14.2.3 Foreldrepermisjon 358
14.2.4 Delvis permisjon – tidskontoordning 360
14.2.5 Varslingsplikt 361
14.3 Ammefri 362
14.4 Barns og barnepassers sykdom 363
14.4.1 Hovedregel 363
14.4.2 Barn med alvorlig sykdom mv. 363
14.4.3 Barn som er innlagt på helseinstitusjon eller har svært alvorlig sykdom 364
14.4.4 Arbeidstaker med aleneomsorg 365
14.5 Omsorg for og pleie av nærstående 365
14.6 Utdannelsespermisjon 366
14.6.1 Hovedregel 366
14.6.2 Unntak 368
14.6.3 Rett til ny utdannelsespermisjon 369
14.6.4 Saksbehandlingsregler 369
14.7 Militærtjeneste og allmenn vernetjeneste 370
14.8 Utøvelse av offentlige verv 371
14.9 Religiøse høytider 371

KAPITTEL 15 PERMITTERING 372
15.1 Innledning 372
15.2 Hjemmel 372
15.3 Vilkår for permittering 374
15.4 Permitteringens lengde 375
15.5 Saksbehandling og fremgangsmåte 376
15.5.1 Innledning 376
15.5.2 Drøftelse med arbeidstakerne 376
15.5.3 Utvelgelse 377
15.5.4 Permitteringsvarsel 378
15.6 Arbeidsgivers lønnsplikt 379
15.7 Oppsigelse og permittering 380
15.7.1 Arbeidsgivers oppsigelse 380
15.7.2 Arbeidstakers egen oppsigelse 381

KAPITTEL 16 VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE 382
16.1 Innledning 382
16.2 Reglenes anvendelsesområde 383
16.2.1 Oversikt over vilkårene 383
16.2.2 Overdragelseskravet 384
16.2.3 Enhetskravet 385
16.2.4 Identitetskravet 389
16.2.5 Overdragelse fra konkursbo 391
16.3 Arbeidstakers rettigheter ved virksomhetsoverdragelse 392
16.3.1 Arbeids- og lønnsvilkår 392
16.3.2 Solidaransvar 396
16.3.3 Rett til videre opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon 397
16.3.3.1 Utgangspunkter 397
16.3.3.2 Nærmere om pensjonsunntaket 398
16.3.3.3 Særlig om fusjon 399
16.3.3.4 Ordninger som etter sin art ikke kan videreføres 400
16.3.4 Oppsigelsesvern 400
16.3.5 Arbeidstakers reservasjonsrett 401
16.3.6 Arbeidstakers valgrett 403
16.3.7 Representasjon 405
16.4 Tariffavtalers stilling ved virksomhetsoverdragelse 406
16.4.1 Arbeidsmiljølovens regler 406
16.4.2 Tariffrettslige regler og selskapsrettslige regler 407
16.5 Saksbehandlingsregler 411
16.5.1 Innledning 411
16.5.2 Informasjon og drøftelse med de tillitsvalgte 411
16.5.3 Informasjon til arbeidstakerne 412
16.5.4 Konsekvenser ved brudd på informasjons- og drøftelsesreglene. 413

KAPITTEL 17 OPPHØR AV ARBEIDSFORHOLD 414
17.1 Oppsigelse av arbeidstaker 414
17.1.1 Innledning 414
17.1.2 Allment om saklighetskravet 416
17.1.3 Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold 418
17.1.3.1 Innledning 418
17.1.3.2 Manglende arbeidsprestasjoner 420
17.1.3.3 Brudd på arbeidsplikten, ordrenekt 421
17.1.3.4 Brudd på lojalitetsplikten 423
17.1.3.5 Fravær 424
17.1.3.6 Utilbørlig atferd og bruk av rusmidler i tjeneste 426
17.1.4 Betydningen av advarsel 429
17.1.5 Betydningen av eldre forhold 429
17.1.6 Oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold 430

17.1.6.1 Saklighetsvurderingen 430
17.1.6.2 Utvelgelsesvurderingen 432
17.1.7 Særskilt oppsigelsesvern 435
17.1.8 Saksbehandlingsregler 438
17.1.8.1 Innledning 438
17.1.8.2 Drøftelsesplikten 438
17.1.8.3 Oppsigelsens formkrav 440
17.1.8.4 Særregler ved masseoppsigelse mv. 442
17.1.9 Oppsigelsesfrister 445
17.2 Opphør av arbeidsforholdet grunnet alder 449
17.2.1 Innledning 449
17.2.2 72-årsregelen 450
17.2.3 Adgangen til å sette lavere aldersgrense 451
17.2.4 Saksbehandlingsregler 458
17.3 Arbeidstakers oppsigelse 459
17.4 Oppsigelsestiden 461
17.5 Suspensjon 461
17.5.1 Innledning 461
17.5.2 Vilkår for suspensjon 462
17.5.3 Suspensjonstiden 463
17.5.4 Saksbehandlingsregler 463
17.6 Avskjed 465
17.6.1 Innledning 465
17.6.2 Allment om vurderingen 465
17.6.3 Saksbehandlingsregler 469
17.7 Arbeidstakers heving av arbeidsavtalen 469
17.8 Bevisvurdering 470
17.9 Tvist om urettmessig opphør av arbeidsforholdet 472
17.9.1 Innledning 472
17.9.2 Arbeidstakers forhandlingsrett 472
17.9.3 Arbeidsgivers forhandlingsrett 473
17.9.4 Arbeidstakers rett til å stå i stillingen 473
17.9.4.1 Innledning 473
17.9.4.2 Hovedregler 474
17.9.4.3 Unntak 475
17.9.4.4 Krav om fratreden 476
17.9.4.5 Krav om gjeninntreden ved urettmessig utestenging 478
17.9.5 Søksmålsfrister 478
17.10 Virkninger av urettmessige opphør av arbeidsforholdet 481
17.10.1 Ugyldighet 481
17.10.2 Erstatning 485

LITTERATUR 489

LOVREGISTER 501

LOVFORARBEIDER, UTTALELSER MV. 515

DOMMER OG KJENNELSER MV 523

STIKKORD 535

1

Arbeidsrett som rettsområde

1.1 Innledning

Rettsområdet *arbeidsrett* omfatter de rettsnormene som regulerer rettsforhold mellom ulike parter i arbeidslivet.[1] Forholdet mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker er sentralt. Denne relasjonen består av to individuelle kontraktsparter, og rettsforholdet mellom dem betegnes som et arbeidsforhold. Det individuelle arbeidsforholdet etableres ved *arbeidsavtalen*. Rettsområdet omfatter imidlertid også rettsnormer som gjelder personer som utfører arbeid på annet rettsgrunnlag enn arbeidsavtale, for eksempel selvstendige oppdragstakere.[2] Videre omhandler arbeidsrett kollektive relasjoner mellom arbeidsgivere og arbeidstakere, representert ved deres organisasjoner: henholdsvis arbeidsgiverorganisasjoner og arbeidstakerorganisasjoner (fagforeninger). Rettsforholdet mellom arbeidsgiveren/arbeidsgiverorganisasjonen og fagforeningen etableres ved *tariffavtalen*.

Med utgangspunkt i disse hovedrelasjonene er det vanlig å systematisere arbeidsrett i henholdsvis to hovedområder: *den individuelle arbeidsretten* og *den kollektive arbeidsretten*. I begge delene av rettsområdet er avtale sentralt for etablering av rettsforholdene. Formålet med arbeidsavtalen og tariffavtalen er i hovedsak det samme: å regulere vilkår for individuelle arbeidsforhold.

---

1 *Paal Berg* var den første som definerte *arbeidsrett* som en egen juridisk disiplin i Norge i sin bok *Arbeidsrett* fra 1930, se særlig Berg 1930 s. 4–8. Fremstillingen er basert på hans forelesninger ved Det juridiske fakultet i Oslo 1926–27. Berg var tydelig inspirert av *tysk* teori, hvor termen «Arbeitsrecht» kan spores tilbake til 1873, se nærmere Evju 2012a s. 8–15. Om begrepet arbeidsrett mer generelt, se for eksempel Vranken 1989 s. 100–101, Sigeman 2005 s. 515–532 og Hansson 2010 s. 47.

2 Se nærmere kapittel 2 punkt 2.3.4.

Selv om rettsforholdene etableres ved avtaler, er det – særlig i den individuelle arbeidsretten – omfattende lovgivning som supplerer og setter rammene for avtalene. For de individuelle arbeidsforholdene er denne lovgivningen ment å skulle *verne* den ene kontraktsparten, arbeidstakeren, og lovgiver har grepet inn og begrenset partenes avtalefrihet. Lovgivningen er derfor som regel *preseptorisk* i én retning, det vil si at det ikke kan avtales noe som er *ugunstigere* for arbeidstakeren.[3] Dette er noe annerledes for lovgivning som har betydning for forholdet mellom kollektive parter. Medmindre den aktuelle regelen skal ivareta samfunnshensyn, er lovgivningen normalt *deklaratorisk*. Lovgivningen er ikke ment direkte å skulle verne arbeidstaker. Men tariffavtalen er et instrument som gjennom konkurranseregulering sikrer arbeidstakerne vern.[4]

Det er ikke et skarpt skille mellom individuell og kollektiv arbeidsrett, og inndelingen er ikke mer enn et systematisk utgangspunkt. Det er tvert om en grunnleggende sammenheng mellom tariffavtalen og det individuelle arbeidsforholdet. Det er derfor avgjørende for forståelsen av den individuelle arbeidsretten å ha kjennskap til den kollektive delen og *vice versa*. Arbeidsrett er *ett* rettsområde. De to første kapitlene til denne boken er derfor en introduksjon til *arbeidsrett* – ikke alene til dens individuelle del.

1.2 Arbeidsrettens historiske utvikling

1.2.1 Innledning

Den moderne arbeidsrettens genese kan knyttes til den industrielle revolusjonen.[5] Med fremveksten av industrisamfunnet skjedde det et teknologisk og ideologisk skifte, og «arbeidsmarkedet» ble skapt. Den perioden hvor arbeidsrett ble utviklet som rettsområde, og de arbeidsrettslige institusjonene ble etablert, betegnes gjerne som arbeidsrettens *formative fase*. I norsk sammenheng kan perioden tidfestes fra ca. 1885 og frem til 1930, da *Paal Berg* gav ut *Arbeidsrett*, og arbeidsrett kan sies å være etablert som en rettsdisiplin.[6]

Vi skal nå skissere noen trekk ved bakgrunnen for utviklingen av arbeidsrett (punkt 1.2.2). Deretter skal vi diskutere det som kan sammenfattes som to sentrale

3 Se nærmere kapittel 2 punkt 2.2.

4 Tariffavtalen har også flere andre formål, se nærmere kapittel 2 punkt 2.5.1.

5 Hepple 1986 s. 12 og Hepple/Veneziani 2009 s. 5.

6 Se nærmere Evju 2012a s. 7. Se også note 1 foran.

og parallelle linjer i den arbeidsrettslige utviklingen. Den ene er utvikling av lovgivning som ramme for det individuelle arbeidsforholdet (punkt 1.2.3). Den andre er fremveksten av organisasjoner og etablering av tariffavtaler som reguleringsinstrument ved siden av lovgivningen (punkt 1.2.4). Til slutt vil vi inkludere det som kan sies å være et mer «moderne» utviklingstrekk ved arbeidsretten: internasjonaliseringen av rettsområdet (punkt 1.2.5).

Tanken er at denne utviklingsdiskusjonen kan danne inngang til det som kan sies å være arbeidsrettslige grunntanker, og som begrunner faget. Dette er tema i punkt 1.3.

1.2.2 Bakgrunnstrekk

Fra slutten av 1600-tallet og utover på 1700-tallet ble det utviklet politiske idéer som gjerne plasseres under betegnelsen *liberalisme*. Liberalismen er ingen enhetlig ideologi, men kan enkelt sies å være en fellesbetegnelse på teorier hvor individuelle rettigheter og begrensninger i statens makt er sentrale fellestrekk.[7] Slike idéer gav grunnlaget for en såkalt *laissez-faire*-politikk, som fikk gjennomslag i vestlige land i løpet av 1800-tallet. En grunntanke var at staten i minst mulig grad skulle gripe regulerende inn i næringene. Staten skulle ha en mer passiv rolle («nattvekterstaten») og i hovedsak legge til rette for aktørene i de fremvoksende markedene. Næringsfrihet ble et viktig prinsipp, og kontrakten, med prinsippet om kontraktsfrihet i bunnen, skulle regulere aktørenes rettigheter og plikter. Kontraktskonstruksjonen ble viktig for ideologien og den videre utviklingen.[8]

Dette tankegodset fikk vesentlig betydning for reguleringen av arbeid. I norsk sammenheng ble prinsippet om kontraktsfrihet (NL 5-1-2) gjeldende for arbeidsforhold etter opphevelsen av laugsordningene i 1839. Prinsippet ble lagt til grunn for de nye arbeidsformene som vokste frem med industrialiseringen, og dette industriarbeidet kom til å utgjøre en stadig større del av arbeidsmarkedet.[9] Målet ble

---

7 Se nærmere for eksempel Göransson 1988 s. 49.

8 Rettsutviklingen fra føydalsamfunnet til industrialiseringen er av og til sammenfattet med setningen «fra status til kontrakt», som skriver seg fra *Henry Summer Maines* rettshistoriske verk *Ancient Law* fra 1861. Det førindustrielle «statussamfunnet» var kjennetegnet ved en hierarkisk struktur. Det eksisterte også «kontrakter» i denne perioden, men man ervervet ved dem mer eller mindre varige rettslige posisjoner i et hierarkisk system. Med liberalismen var det nye, enkelt sagt, at partene stod fritt til å formulere egne rettigheter og plikter, og man inngikk kontrakter som ikke hadde innbyrdes sammenheng, se nærmere Dalberg-Larsen 1977 s. 55–57.

9 Det fantes imidlertid en mengde detaljerte særreguleringer i hele «den liberale perioden», blant annet innen landbruk, sjøfart og for tjenestefolk. Som blant andre *Vilhelm Aubert* har påpekt, var

en fri og ubunden konkurranse innenfor sektoren. Arbeidskraft ble ansett som en ordinær handelsvare, det vil si på samme måte som andre formuesgoder («Labour *is* a commodity»).[10] Arbeidstaker og arbeidsgiver skulle selv – uten rettslige hindringer – fastsette betingelsene for salget av arbeidskraften. Prisen for arbeidet – lønnen og de øvrige arbeidsbetingelsene – skulle følge markedets prinsipper om tilbud og etterspørsel. Tanken var at «kreftenes frie spill vilde da også innen arbeidslivet føre til samfundsharmoni og samfundslykke».[11]

Denne liberale ideologien forutsatte at arbeidsavtalens parter var jevnbyrdige – at det var symmetri i rettsforholdet mellom dem. Erfaringene tilsa langt på vei det motsatte.

Arbeidstakerne arbeidet under dårligere forhold enn tidligere. De hadde blant annet dårlig lønn, lange arbeidstider og elendige boforhold. Det fant også sted omfattende og hensynsløs bruk av barn som arbeidskraft. Slike forhold førte til store sosiale problemer i samfunnet.

Industrialiseringen innebar videre en ny organisering av arbeidet. Det ble større arbeidsdeling, og forholdstallet mellom arbeidstakere og arbeidsgivere ble endret ved at det ble langt flere arbeidstakere for hver arbeidsgiver. Videre ble stadig flere virksomheter organisert som aksjeselskaper, hvor virksomhetens ledere ofte kun var representanter for et større eller mindre (skiftende) antall aksjonærer – de «egentlige» arbeidsgiverne. Dette innebar at relasjonen mellom den nye industriarbeideren og arbeidsgiveren ble fjernere og mer upersonlig enn det som hadde vært vanlig i tidligere arbeidsforhold, hvor forholdet mellom håndverker (mester) og lærling (svenn) og husbond og tjener/husmann ofte var preget av paternalisme.[12] I den førindustrielle perioden var det større mulighet for opprykk fra stillingen som

---

derfor deler av arbeidslivet snarere preget av *kontinuitet* med det førindustrielle reguleringssamfunnet enn en liberal ideologi, se Aubert 1976 s. 76–78. Når den *moderne* arbeidsrettens genese knyttes til industrialiseringens gjennombrudd fra slutten av 1800-tallet, betyr ikke det at det ikke tidligere fantes «arbeidstakere» eller «arbeidsrettslig lovregulering». For en fremstilling av den norske førindustrielle perioden, se for eksempel Fougner 2007 s. 33–37 og Evju 2011 s. 146–150.

10 Se for eksempel Knoph 1934 s. 262. Kjente tenkere som for eksempel *Adam Smith* og *Edmund Burke* hevdet dette, se nærmere Evju 2014 s. 223.

11 Berg 1930 s. 13. Se også for eksempel Solnørdal 1909 s. 1.

12 Se her for eksempel Østrem 1925 s. 11. *Østrem* viser til sosiologen *Ferdinand Tönnies* kjente distinksjon mellom «Gemeinschaft» («samfunn» eller «fellesskap») og «Gesellschaft» («selskap») fra 1887. «Gemeinschaft» preges av nære relasjoner mellom den enkelte og helheten (for eksempel familien), mens «Gesellschaft» preges av løsere og mer upersonlige forbindelser (markedet) slik at *avtalen* blir et viktigere instrument, se nærmere Tönnies 1932 s. 16–19.

«arbeidstaker» til stillingen som «arbeidsgiver».[13] Det normale var for eksempel at en svenn etter hvert ble mester og kunne drive sin egen virksomhet.

Med grunnlag i de uheldige erfaringene med industrialiseringen utviklet det seg diskusjoner og teorier som kritiserte den liberale ideologien. Kritikken kom fra ganske ulike hold. Et kjent eksempel er den som ble fremsatt i *sosialistisk ideologi* med blant andre *Karl Marx* og *Friedrich Engels* i spissen. Men det var en omfattende ideologisk og politisk debatt hvor også andre retninger fremsatte kritikk.[14]

Noe av kjernen i kritikken var at menneskelig arbeidskraft *ikke* var en alminnelig vare («Labour *is not* a commodity»), eller mer modifisert (og kanskje mer presist) at den ikke *bare* kan betraktes som en vare («Labour is not *merely* a commodity»).[15] Den sistnevnte formuleringen kan sies å være et slags uttrykk for arbeidsrettens fundament. Arbeidskraft er prinsipielt sett noe særegent, og arbeidsgiver og arbeidstaker har ulike sosiale posisjoner. De er ikke *likeverdige* kontraktsparter; arbeidstaker er gjennomgående den svakere parten. Den friheten som liberalismen hadde proklamert, var ikke *reell* – kun *formell*. Arbeidsforholdet må betraktes som *asymmetrisk*.

1.2.3 Statsintervensjonisme

De uheldige erfaringene som det kapitalistiske gjennombruddet hadde for arbeiderklassen, førte til en reaksjon fra samfunnets side: Lovgiver grep inn og fastsatte preseptoriske rammer for kontraktsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. På denne måten kunne samfunnet gjennom lovgivning til en viss grad rette på asymmetrien i arbeidsforholdet. Dette betegnes gjerne som *statsintervensjonismen*.

Det er imidlertid ikke hensynet til arbeidstakers velferd alene som har begrunnet statens inngripen. Samfunnet har også en interesse i at det ikke oppstår uheldige sosiale forhold hos større deler av befolkningen, sosiale problemer som kan resultere i økte offentlige kostnader, sosial uro, konflikter mv. Et uttrykk for de grunnleggende

---

13 Se for eksempel Solnørdal 1909 s. 1.

14 Se nærmere for eksempel Evju 2014 s. 222–229.

15 Vår kurisvering. Den sistnevnte formuleringen ble slått fast i ILOs konstitusjon fra 1919. ILO ble etablert med grunnlag i *Versailles-traktaten* og var tilknyttet *Folkeforbundet*. Den andre formuleringen er i den såkalte *Philadelphia-erklæringen* fra 1944, som er del av ILOs gjeldende konstitusjon. Den tidligere formuleringen om at arbeidskraft «is not merely» en vare, er således erstattet med at arbeidskraft «is not» en vare. Se nærmere for eksempel Hansson 2010 s. 55–57 og Evju 2014 s. 222–229.