



**Kravet til skriftlig arbeidsavtale,
jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-5 flg.**

av Elaine Pettersen Skagtun

17.867 ord

Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Tema og rettslig plassering.....	4
1.2 Bakgrunn og formål med kravet til skriftlighet.....	6
1.3 Videre fremstilling.....	8
2. Relevante rettskildefaktorer	9
2.1 Lover.....	9
2.2 Forarbeider.....	9
2.3 Rettspraksis.....	9
2.4 Teori.....	10
2.5 Hensyn i arbeidsretten.....	11
2.6 EU/EØS-retten.....	11
3. Avtalens inngåelse	14
3.1 Arbeidsmiljøloven § 14-5.....	14
3.2 Hva skal til for at arbeidsavtalen er inngått.....	16
4. Minimumskrav til arbeidsavtalens innhold, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6	20
4.1 Generelt	20
4.2 Partenes identitet.....	21
4.2.1 Partene i arbeidsavtalen.....	21
4.2.2 Arbeidstaker.....	21
4.2.3 Arbeidsgiver.....	23
4.3 Arbeidsplassen.....	24
4.4 Beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori.....	26
4.5 Tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse.....	29
4.6 Forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig.....	30
4.7 Eventuelle prøvetidsbestemmelser.....	31
4.8 Arbeidstakers rett til ferie og feriepenger, og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet.....	31
4.9 Arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister.....	32
4.10 Den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling.....	34
4.11 Lengde og plassering av den avtalte og ukentlige arbeidstid.....	36

4.12 Lengde av pauser.....	39
4.13 Avtale om særlig arbeidstidsordning, jf. § 10-2 andre, tredje og fjerde ledd.....	41
4.14 Opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet.....	42
4.15 Informasjon i bokstavene g til k kan gis ved henvisning til lover, forskrifter eller tariffavtaler som regulerer disse forholdene.....	42
4.16 Andre forhold som det kan være hensiktsmessig å regulere i arbeidsavtalen.....	43
5. Skriftlighet som gyldighetsbetingelse.....	44
5.1 Prøvetid.....	44
5.2 Konkurransesklausuler.....	46
6. Endringer i arbeidsforholdet, jf. arbeidsmiljøloven § 14-8.....	48
6.1 Generelt.....	48
6.2 Arbeidsgivers adgang til å ensidig endre arbeidsavtalen.....	49
6.2.1 Hovedregel.....	49
6.2.2. Stillingens innhold.....	51
6.2.3 Arbeidsplassen.....	52
6.2.4 Endringer i lønn.....	54
7. Sanksjoner som følge av at arbeidsmiljøloven §§ 14-5 følgende ikke er overholdt...55	55
8. Oppsummering.....	56
9. Litteraturliste.....	58
9.1 Litteratur.....	58
9.2 Forarbeider.....	59
9.3 Lover.....	60
9.4 Rettspraksis.....	60
9.5 Webadresser/nettartikler.....	61
9.6 Samtale med Arbeidstilsynet Nord-Norge, 22.01.2008.....	61

1. Innledning

1.1 Tema og rettslig plassering

Arbeidsavtalen danner utgangspunktet for arbeidstakerens og arbeidsgiverens gjensidige rettigheter og plikter overfor hverandre. I følge arbeidsmiljøloven § 14-5 skal det inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Bestemmelsen suppleres av arbeidsmiljøloven § 14-6. Denne oppstiller minstekrav som må være oppfylt for at arbeidsavtalen skal være tilfredsstillende. Av § 14-8 følger det videre at også endringer i arbeidsforholdet må nedfelles skriftlig i arbeidsavtalen.

Arbeidstakers behov for forutberegnelighet og klarhet har vært avgjørende ved utformingen av disse bestemmelsene. Hensynet til arbeidsgiver ivaretas imidlertid også. Ved at betingelsene i arbeidsforholdet nedfelles skriftlig, vil arbeidsgiver kunne påberope plikter overfor arbeidstaker som det ellers ville være vanskelig å påberope da arbeidsgiveren har plikt til å utforme utkast til arbeidsavtale. Dette innebærer at dersom det ikke er inngått arbeidsavtale er det arbeidsgiver som må bevise hvilke betingelser som gjelder i arbeidsforholdet.

Arbeidsmiljølovens regler om arbeidsavtaler suppleres av alminnelig avtalerett. Avtaleretten vil oppstille regler både for hva som skal til for at en avtale er inngått, og være avgjørende ved tolkning og utfylling av avtalen, og ved en eventuell vurdering av om arbeidsavtalen er gyldig eller ikke.

Ved arbeidsforholdets begynnelse oppstår det en plikt for arbeidstaker til å utføre arbeid. Arbeidsplikten er ikke betinget av at arbeidsavtalen mellom partene inngås skriftlig. Det er imidlertid arbeidsgiveren som har risikoen for at arbeidsinnsatsen gir et tilfredsstillende arbeidsresultat¹, og det vil være lettere for ham å ta opp forhold som han er misfornøyd med dersom det følger av skriftlig arbeidsavtale hvilket arbeid som det forventes at arbeidstaker skal utføre. Hvis arbeidstakeren ikke gjør det arbeidet som forventes, kan det likevel gi grunnlag for oppsigelse.

¹ Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 136.

Gjennom arbeidsavtalen sikres arbeidsgiver styringsrett over arbeidstakeren. Styringsretten innebærer at arbeidsgiver står fritt til å lede, fordele, organisere og kontrollere arbeidet innenfor rammene av lov, forskrift, tariffavtale og individuell arbeidsavtale. I tillegg har arbeidsgiver som følge av styringsretten rett til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør. Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett og arbeidstakers vern mot endringer vil jeg komme nærmere tilbake til ved behandlingen av endring av arbeidsforholdet jf. arbeidsmiljøloven § 14-8 under punkt 6.

Som et resultat av at det inngås en arbeidsavtale oppstår det også lojalitetsplikt for arbeidstaker. Lojalitetsplikten er ikke kommet til uttrykk i noen lovbestemmelse, men Høyesterett uttalte i Rt 1990 side 607 på side 614 at ”det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold”.

Lojalitetsplikten innebærer blant annet at partene i arbeidsforholdet plikter å forholde seg lojalt overfor den annen parts interesser, og arbeidstaker plikter å utføre arbeidet på best mulig måte. Lojalitetsplikten begrenser arbeidstakers adgang til å omtale virksomheten i negativ retning, samt til å ha bierverv, motta gaver og gir samtidig arbeidstaker plikt til å ta opp forhold som kan skape vanskeligheter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Lojalitetsplikten kan ses i sammenheng med ansattes yringsfrihet i Grunnloven § 100. Dersom arbeidsgiver unnlater å inngå skriftlige arbeidsavtaler med eksempelvis midlertidig ansatte eller vikarer, men også fast ansatte, må det være en rett og plikt til å si fra om dette. Lojalitetskravet må ses i sammenheng med avtaleretten som helhet. I ethvert avtaleforhold foreligger en plikt til å ta hensyn til medkontrahentens interesser, til å opptre skikkelig ved avtaleslutningen og til ikke å inngå urimelige vilkår.

Rettslig problemstilling i oppgaven er å redegjøre for hvilken betydning kravet til skriftlighet av arbeidsavtalen har, herunder hvilke problemer som kan oppstå der skriftlig arbeidsavtale ikke er kommet i stand. Videre skal jeg redegjøre for når skriftlighet er et vilkår for gyldighet. Jeg vil underveis gi en fremstilling av hvilke regler som gjelder i forbindelse med inngåelse av arbeidsavtaler, og se på enkelte problemstillinger knyttet til arbeidsgivers adgang til å endre arbeidsforholdets innhold innenfor rammene av arbeidsavtalen.

Det følger av rettspraksis² og teori³ at skriftlighetskravet, med unntak for avtaler om prøvetid og konkurranseklausuler i utgangspunktet bare er å anse som en ordensregel. Det innebærer at så lenge det kan påvises et ansettelsesforhold, eksempelvis ved at arbeidstaker har arbeidet ved virksomheten og mottatt lønn, så vil avtalen mellom partene gjelde. Problemene i slike tilfeller vil være av bevismessig betydning ved tolkningen av avtalen mellom partene.

1.2 Bakgrunn og formål med kravet til skriftlighet

Opprinnelig var det ikke noe krav i arbeidsmiljøloven til at en arbeidsavtale måtte inngås skriftlig. Skriftlighetskravet ble tilføyd ved lov av 24. juni 1994 nr. 41 som følge av EØS-avtalen, jf. Rådskretiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991. EØS-avtalen innebar en forpliktelse for Norge til å gjennomføre store deler av EUs betydelige regelverk, herunder EUs direktiver. EU-retten er i konstant utvikling, noe som også for fremtiden kan ha betydning for hvilke krav som stilles til norsk arbeidsrett.

Et viktig formål med kravet i arbeidsmiljøloven § 14-5 er at arbeidsavtalen skal virke konfliktforebyggende. Den individuelle arbeidsavtale er det viktigste utgangspunkt ved løsning av rettstvister som knytter seg til arbeidsforhold. En tolkning av avtalen kan enkelt og raskt løse tvisten. Ved at det skriftlig nedfelles hva som er avtalt, for eksempel angående lønn, arbeidstid, og oppsigelsesfrister har begge parter bevis for hva som er avtalt og vet hva de skal forholde seg til dersom uenighet oppstår. Forutberegnelighet og klarhet er således svært viktig.

Et annet formål er ifølge forarbeidene å skape mer oversiktlige forhold i arbeidsmarkedet⁴. Formålet kom inn på bakgrunn av EUs direktiv om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet.

Ved at det oppstilles krav til skriftlighet blir partene videre tvunget til å tenke seg om før de inngår avtalen. Arbeidsavtalen vil ha rettslig betydning partene imellom selv om den ikke inngås skriftlig, men mange vil gjerne ha en oppfatning av at rettigheter og plikter må tas mer

²Rt 2007 side 129, og Rt 2004 side 53. I sistnevnte dom ble det uttalt i tilknytning til arbeidsmiljøloven (1977) § 55 B at ” Her vil manglende skriftlighet ikke gjøre avtalen ugyldig”.

³ Blant annet Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 68, Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, side 235, Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 630.

⁴ Ot.prp.nr.78 (1993-94) side 7.

alvorlig når avtalen skriftliggjøres. Det kan her dras en parallell til reglene om ektepakt i ekteskapsloven § 55, og testamenter i arveloven § 49.

Videre vil skriftlighet beskytte den svake part. I arbeidsforhold vil det presumptivt være arbeidstaker som er den svake part, men også arbeidsgivers interesser beskyttes gjennom at arbeidsvilkårene oppstilles skriftlig. Den som forsøker å sikre seg urimelige fordeler, vil nødvendigvis at urimelighetene fremkommer av en avtale som den annen part kan bevise, og vil derfor i større utstrekning unngå slike urimeligheter. Også her kan det trekkes en parallell til reglene om ektepakter.

En ulempe med at det oppstilles krav til skriftlighet er at det ofte vil være den kyndige part som får overtaket. Som motargument kan det anføres at arbeidsmiljøloven oppstiller ufravikelige regler, jf. § 1-9, som medvirker til å ivareta arbeidstakers interesser i arbeidsforholdet. I tillegg har arbeidstakeren rett til å la seg bistå av tillitsvalgt eller annen representant ved utarbeidelse og endring av arbeidsavtalen, jf § 14-5 første ledd annet punktum. Mange forhold er også tariffavtalt, slik at det på denne måte oppstilles begrensninger i partenes avtalefrihet.

Det er imidlertid slik at det i alt for stor grad i mange arbeidsforhold ikke foreligger noen skriftlig arbeidsavtale, eller det foreligger en arbeidsavtale som ikke tilfredsstiller minstekravene i arbeidsmiljøloven § 14-6. Problemet ble påpekt i en artikkel i dagbladet⁵ hvor det fremgikk at Arbeidstilsynet i 2006 fikk over 4000 henvendelser om manglende skriftlige arbeidsavtaler. I tillegg antas det å være enda flere som arbeidstilsynet ikke har oversikt over. Ifølge undersøkelser er manglende skriftlig arbeidsavtale et større problem for ufaglærte arbeidstakere i butikkbransjen, utelivsbransjen og industrien, enn blant høyt utdannede arbeidstakere. Servicebransjen kommer dårligst ut. Dette kan ha sammenheng med at det ofte er utskifting av arbeidstakere og tilknytningsforholdet er løsere i slike yrker, for eksempel ved at bruk av tilkallingsansatte anvendes i stor utstrekning, og mange anser det unødvendig å binde seg til en skriftlig kontrakt.

Selv om partene ikke har skriftlig avtale oppstår det ikke nødvendigvis problemer. Partene blir enige om lønn, arbeidstid, oppsigelsestid og andre punkter som skal eller bør være

⁵ <http://www.dagbladet.no/nyheter/2008/02/27/528202.html>.

regulert i avtalen. I motsatt fall vil det være tungt for en arbeidstaker å ta opp kampen med en arbeidsgiver, da sistnevnte i de fleste tilfeller står sterkest både ved autoritet, makt, erfaring og økonomi. Det kan derfor foreløpig konkluderes med at det er både behov og plikt til å utforme skriftlig arbeidsavtale i et ansettelsesforhold.

1.3 Videre fremstilling

Nedenfor i punkt to vil jeg se på ulike rettskildefaktorer som er relevante ved løsning av spørsmål som knytter seg til arbeidsmiljøloven §§14-5 til 14-8. Deretter vil jeg i punkt tre behandle hjemmelen for at arbeidsavtalen må inngås skriftlig, og hva som skal til for at avtale er inngått, samt hvilken betydning manglende skriftlighet er tillagt i rettspraksis. I punkt fire vil jeg se på hvilke minimumskrav som stilles til avtalens innhold, og hvilke problemer som kan oppstå dersom arbeidsavtalen ikke er skriftlig. I punkt fem skal jeg se på enkelte avtaler hvor skriftlighet er en betingelse for at avtalen skal være gyldig. Punkt seks omhandler endring av arbeidsavtalen, herunder forholdet til arbeidsgivers styringsrett innenfor arbeidsavtalens rammer. I punkt syv skal jeg se på sanksjoner ved manglende skriftlighet. Til sist vil jeg i punkt åtte foreta en oppsummering.

Jeg avgrensner mot arbeidsavtaler med utenlandsstasjonerte arbeidstakere, og de tilleggskrav som oppstilles til slike arbeidsavtaler, jf. § 14-7. Begrunnelsen er ressursmessige hensyn, samt at bestemmelsen ikke illustrerer noe videre utover de øvrige bestemmelser jeg omhandler i forhold til oppgavens tema. Jeg vil videre i hovedsak avgrense mot særlovgivning av betydning, forholdet til tariffavtaler, de særegne regler for ledende stillinger og mot tjenestemannsloven, men i enkelte tilfeller vil jeg likevel dra paralleller for å illustrere eksempler.

2. Relevante rettskildefaktorer

2.1 Lover

Arbeidsmiljøloven §§ 14-5 til 14-8 oppstiller ufravikelige krav⁶ til at arbeidsavtalen skal inngås skriftlig. Det kan ved forskrift gis bestemmelser om hvor langt reglene skal komme til anvendelse på statens tjenestemenn eller embetsmenn. Bestemmelsene er ikke imidlertid ikke unntatt ved forskrift, og gjelder dermed alle arbeidstakere.

I tillegg kan det i arbeidsavtalen være henvist til tariffavtale. Dette medfører at også arbeidstvistloven og tjenestetvistloven vil ha betydning ved løsning av rettsspørsmål knyttet til arbeidsavtaler. Også tariffavtalen selv har ofte supplerende regler angående arbeidskonflikter som en må ta hensyn til dersom det er henvist til tariffavtalen. Videre er ferieloven av betydning ved tvister om arbeidsavtalen. For å få utbetalt feriepenger må en ha vært ansatt. Det vil neppe være noe problem å bevise ansettelsesforholdet, men det vil raskere og enklere la seg gjøre når arbeidsavtalen foreligger skriftlig.

2.2 Forarbeider

Av forarbeider kan særlig nevnes Ot.prp.nr.78 (1993-1994) som omhandler endringer i arbeidsmiljøloven som følge av EUs rådsdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991 om krav til skriftlighet angående vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet. De øvrige relevante forarbeider henvises det til underveis og avslutningsvis.

2.3 Rettspraksis

Kravene til skriftlighet ved arbeidsavtaler er ikke omhandlet i rettspraksis før etter at lovkravet ble innført i 1994. Tidligere avgjørelser kan likevel illustrere betydningen av at arbeidsavtalen er inngått skriftlig. Det samme gjelder annen rettspraksis som knytter seg til generell avtalerett og formkrav.

⁶ Jf. Arbeidsmiljøloven § 1-9

Problemene som er omhandlet i rettspraksis knytter seg til betydningen av at skriftlig arbeidsavtale ikke er inngått. En prinsipiell dom ble avsagt i Rt 2007 side 129. Spørsmålet var om skriftlig arbeidsavtale er en betingelse for at et vilkår om midlertidighet i en arbeidsavtale skal være gyldig. Høyesterett kom til at skriftlighet ikke var noen betingelse, men at arbeidstaker hadde et særlig behov for forutberegnelighet.

Særlig for arbeidstaker vil det være av stor betydning å bringe klarhet i problemstillinger som knytter seg til arbeidsforholdet. Arbeidstakeren er avhengig av å ha et arbeid, både til å forsørge seg og sin familie med, men også for den sosiale situasjon er det av betydning for arbeidstaker å få avklart spørsmål knyttet til arbeidsavtalen. Også arbeidsgiver vil ha behov for å få løst spørsmål som knytter seg til arbeidsavtalen. Dersom arbeidstaker for eksempel ikke har ønsket å skrive under på arbeidsavtalen, til tross for at arbeidsgiver har nedfelt skriftlig det partene har blitt enige om, vil det være viktig for arbeidsgiver å få løst spørsmålet slik at arbeidet ved virksomheten blir utført. Arbeidsgiver vil dessuten lettere få negativ oppmerksomhet som går ut over virksomhetens omdømme når det oppstår tvister. Dette har trolig størst sammenheng med at arbeidsgiver blir ansett som den sterke og kunnskapsrike part, og derfor forventes det mer av han.

Ved tvist om den individuelle arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver skal saken bringes inn for alminnelige domstoler. Dette gjelder også når det er henvist til tariffavtalen i den individuelle arbeidsavtale, og søksmålet gjelder den enkelte arbeidstakers krav eller rettsstilling. I praksis vil det foreligge et betydelig omfang tvister som aldri kommer til rettsapparatet.

2.4 Teori

Kravet til skriftlig arbeidsavtale er behandlet i større eller mindre grad i samtlige av de sentrale arbeidsrettslige fremstillingene. Henning Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, Jan Tormod Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforholdet og Jan Fougner og Lars Holo; kommentarer til arbeidsmiljøloven redegjør alle for reglene i sine fremstillinger. Jan Fougner har også omhandlet arbeidsavtalen i en egen fremstilling; Arbeidsavtalen – utvalgte emner.

Dersom det finnes holdepunkter for et annet resultat i eksempelvis forarbeider eller rettspraksis, vil disse normalt veie tyngre enn juridisk teori. Rettsanvendere føler seg ikke bundet av teorien på samme måte som til lovgivers og domstolers standpunkter. Juridisk teori kan imidlertid påvirke andre rettskildefaktorer. Teorien kan i konkrete tilfeller tillegges større vekt, særlig der et emne ikke er behandlet i øvrige rettskildefaktorer. Det vil også ha betydning hvem forfatteren av den juridiske teorien er. En forfatter som anses å ha stor innsikt og omdømme vil tillegges større vekt enn en ukjent forfatter.

2.5 Hensyn i arbeidsretten

Arbeidsretten er et praktisk fagområde med store forskjeller mellom de ulike virksomheter, og dermed også i de problemer som oppstår. Området preges derfor i stor grad av hensyn, verdivalg og politikk. Det må gjøres konkrete vurderinger av hva som er rimelig i de enkelte saker. Avveiningen må skje mellom arbeidstakers behov for rimelighet, rettferdighet og forutberegnelighet veid opp mot arbeidsgivers effektivitetsbehov. På grunn av at området er preget av ulike interesser mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er det således desto viktigere at arbeidsavtaler inngås skriftlig. På denne måten kan tvister unngås, eller lettere oppklares. Den som skriftlig har inngått en avtale, har hatt oppfordring til å tenke over avtalens innhold og protestere dersom han er uenig

2.6 EU/EØS-retten

Kravet til at arbeidsavtaler skal inngås skriftlig ble lovfestet i arbeidsmiljøloven §§ 14-5 følgende som følge av at Norge inngikk EØS-avtalen⁷. Gjennom EØS-avtalen skulle EFTA-landene, herunder Norge, få mulighet til å bli med i EUs indre marked, uten å bli medlemmer.

EUs regelverk består av forordninger og direktiver. EØS-avtalen medfører en plikt jf. artikkel 3, til å gjennomføre forpliktelsene etter avtalen i norsk rett. Det følger av EØS-avtalens artikkel 7 at nasjonale myndigheter står fritt til å bestemme på hvilken måte direktiver blir gjennomført i nasjonal rett. Det oppstilles imidlertid begrensninger gjennom det ulovfestede krav til at gjennomføringen må medvirke til en klar og utvetydig rettstilstand, samt gi borgerne forutberegnelighet. Det er derfor normalt å gjennomføre direktiver ved lov eller

⁷ EØS-avtalen ble undertegnet 2.mai 1992, og trådte i kraft 1. januar 1994.

forskrift. På denne måten blir reglene lett tilgjengelige, og får samme stilling som øvrig norsk lovgivning⁸.

Ettersom reglene i arbeidsmiljøloven §§ 14-5 følgende er innført på bakgrunn av EØS-avtalen må det ved tolkning av bestemmelsene og eventuell motstrid ses hen til EØS-reglene. Den rettslige metode innen EØS-retten er noe annerledes enn etter norsk rett. Det må ved tolkningen i større grad legges vekt på direktivets ordlyd⁹. Direktivene publiseres i flere språkversjoner, og ved uklarheter må den tolkning som flest språk taler for legges til grunn. I tillegg er EF-domstolens praksis en sentral rettskilde. Også EFTA-domstolens avgjørelser er relevante. Disse retter seg imidlertid etter EF-domstolen og omfatter bare EFTA-landene, slik at det først og fremst vil være EF-domstolen som legger føringer. Også formålet tillegges større betydning innenfor EØS-rettens område enn i norsk rett.

For tilfeller der det oppstår spørsmål om motstrid mellom to bestemmelser og den ene bygger på EØS-rett vil EØS-loven § 2 gi veiledning. Bestemmelser i lov som ”tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen” skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer andre forhold. Bestemmelser som blir vedtatt senere og som strider med EØS-loven § 2 må norske domstoler anse som en utilsiktet feil fra Stortinget. Domstolene må da tolke denne innskrenkende eller sette den til side med hjemmel i EØS-loven § 2¹⁰. Bestemmelsen må ses som et forsterket presumsjonsprinsipp. Presumsjonsprinsippet er lagt til grunn blant annet i Rt 2000 side 1811, Finanger I, og innebærer at norske regler så langt det er mulig skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige prinsipper, og gjelder også i forhold til EØS-retten.

Innholdet i den EØS-rettslige forpliktelsen vil være med å bestemme hvilke tolkninger som gjøres i de norske rettskildefaktorer. Dersom en uttalelse i forarbeidene kan forstås på flere måter, vil den norske rettsanvenderen velge den måten som er i overensstemmelse med kravene etter EØS-avtalen. På denne måten vil uttalelsen ha betydning for om en tillegger den stor eller liten vekt. En uttalelse i strid med EØS-retten vil som oftest tillegges liten vekt¹¹.

Ettersom presumsjonsprinsippet er et tolkningsprinsipp må det avveies mot andre hensyn. Betydningen vil derfor avhenge av det enkelte saksforholdets karakter. Der hvor lovgiver klart

⁸ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 35.

⁹ Sejersted mfl.; EØS-rett, side 236.

¹⁰ Sejersted mfl.; EØS-rett, side 244-245.

¹¹ Sejersted mfl.; EØS-rett, side 242.

har gitt uttrykk for at hensikten med gjennomføringen har vært å oppfylle EØS-forpliktelsene vil det tale for at konflikten borttolkes. Motsatt der lovgiver har gitt uttrykk for at kravet ikke fullt ut vil bli etterfulgt. Da vil den norske bestemmelsen forstås etter ordlyden. I Rt 2000-1811 uttalte Høyesterett at det var opp til lovgiver å endre loven slik at den kom i overensstemmelse med EØS-retten.

Ettersom Rådsdirektiv 91/533/EØF kun oppstiller minstekrav til arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet, er det opp til de enkelte medlemsland om de ønsker å gå lengre for å oppnå direktivets formål, eller har behov for ytterligere eller mer presise regler. Et eksempel på at Norge har valgt å stille strengere regler er arbeidsmiljøloven § 14-5 tredje ledd. I følge direktivets artikkel 1 kan medlemsstatene fastsette at direktivet ikke får anvendelse på arbeidstakere som har et arbeidsforhold eller en arbeidsavtale ”med en samlet varighet som ikke overstiger én måned” og/eller ”der varigheten av den ukentlige arbeidstid ikke overstiger åtte timer” eller ”av tilfeldig og/eller særskilt art, forutsatt at det i slike tilfeller er objektive grunner for ikke å gi direktivet anvendelse”. Arbeidsmiljøloven fastslår imidlertid at i arbeidsforhold med kortere varighet enn en måned eller ved utleie av arbeidskraft, skal det umiddelbart inngås skriftlig arbeidsavtale. Begrunnelsen var at det i forarbeidene¹² til arbeidsmiljøloven ble antatt å være i korte arbeidsforhold at behovet var størst når det gjaldt innholdet av arbeidsavtalen, og derfor tilsa arbeidstakers interesse at det burde stilles strengere regler enn direktivet oppstilte.

¹² Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 8.

3. Avtalens inngåelse

3.1 Arbeidsmiljøloven § 14-5

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-5 første ledd første punktum at ”det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold”. Bestemmelsen i § 14-5 viderefører den tidligere lovs § 55B.

Skriftlighetskravet begrunnes i forarbeidene med at 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”¹³. Bestemmelsen kan imidlertid fravikes til arbeidstakers gunst, jf. arbeidsmiljøloven § 1-9, samt rådsdirektiv 91/533/EØF artikkel 7. Eksempelvis kan det muntlig være avtalt partene imellom at arbeidstaker skal ha rett til å bruke telefon eller pc til personlig bruk. Det gunstigste vil likevel være å skriftlig nedfelle alle avtaler som gjelder mellom partene.

Ordlyden ”skriftlig” taler for at bare skriftlighet på papir vil være tilstrekkelig til at arbeidsavtalen er inngått på korrekt måte. Avtalen oppstiller hvilke rettigheter og plikter som gjelder mellom partene, og vil som nevnt være utgangspunktet ved en eventuell tvist. Hensynet til klarhet og notoritet må ivaretas. Elektroniske dokumenter vil på samme måte som papirutgave ivareta hensynene, og vil derfor være tilstrekkelig til at formkravet er oppfylt.

Tidligere fremgikk det ikke av lovteksten hvem plikten til å utarbeide arbeidsavtalen skulle påligge. En tolkning av ordlyden ”skal inngås” i § 14-5 første ledd tilsier at både arbeidsgiver og arbeidstaker har plikt til å påse at plikten blir overholdt. Det følger imidlertid eksplisitt av nåværende ordlyd at ”arbeidsgiver skal utforme utkast til arbeidsavtale”, jf. § 14-5 første ledd annet punktum¹⁴. Begrunnelsen er at det er arbeidsgiver som har hovedansvaret for at lovens krav etterkommes, og vil derfor generelt også være adressat for eventuelle pålegg om skriftlig avtale fra Arbeidstilsynet, jf. § 18-6. Arbeidsgiveren er i tillegg ofte den økonomiske, kunnskapsmessige og erfaringsmessige sterke part.

¹³ Innst.O.nr.5 (1999-2000) punkt 1.2.2.

¹⁴ Ot.prp.nr.77 (1998-1999) side 4, og Innst.O.nr.5 (1999-2000)

Naturlig språklig forståelse av ordlyden ”alle” arbeidsforhold tilsier at en ikke skal skille mellom faste arbeidsforhold eller vikariater, langvarige eller midlertidige arbeidsforhold. I forarbeidene styrkes denne oppfatning, da det uttales at ”skriftlighetskravet vil være spesielt viktig i forhold til de såkalte atypiske arbeidsforholdene; deltidsansatte og midlertidig ansatte”¹⁵. Den norske bestemmelsen stiller strengere krav enn det som følger av rådsdirektiv 91/533/EØF. Direktivet gir adgang til å fravike skriftlighetskravet i arbeidsforhold som samlet ikke overstiger en måneds varighet, der den ukentlige arbeidstid ikke overstiger åtte timer eller der arbeidet er av tilfeldig og/eller særskilt art, forutsatt at det i slike tilfeller er objektive grunner for ikke å gi direktivet anvendelse. Det uttales i forarbeidene at det i praksis ofte vil være i korte og tilfeldige arbeidsforhold at uenighet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om arbeidsavtalens innhold oppstår. Begrunnelsen er at arbeidstakere som inngår helt korte arbeidsavtaler ”ofte vil være yngre mennesker uten større erfaring fra arbeidslivet, for eksempel sommervikarer. Mangelen på jevnbyrdighet i kontraktsforhold kan derfor være mer påtakelig i slike arbeidsforhold enn i arbeidsforhold av lengre varighet”¹⁶.

Skriftlighet har særlig betydning i forbindelse med vikariater. Dersom en arbeidstaker er ansatt som vikar for en person, og sistnevnte sier opp stillingen, vil vikaren som følge av skriftlig avtalt lengde på vikariatet være vernet denne perioden. Arbeidstaker kan derfor ikke si opp vikaren med den begrunnelse at den som opprinnelig hadde stillingen har sagt opp. Hvis arbeidstakeren ikke hadde hatt en skriftlig avtale ville han vanskeligere kunne bevise vikariatets varighet, og dermed skal det mer til for å motsette seg en arbeidsgiver som ikke lenger ønsker å beholde ham i stillingen.

Nytt i loven er arbeidstakers rett til å la seg bistå av ”tillitsvalgt eller annen representant” både ved utarbeidelse og ved endringer av arbeidsavtalen, jf. § 14-5 første ledd tredje punktum. Regelen tar sikte på å ivareta arbeidstakers interesser best mulig.

Dersom det oppstår tvist mellom partene angående innholdet i arbeidsvilkårene, vil det som følge av at det er arbeidsgivers plikt til å utforme arbeidsavtalen, kunne holdes imot ham at han ikke har overholdt denne plikten.

¹⁵ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 8.

¹⁶ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 8.

Videre følger det av arbeidsmiljøloven § 14-5 annet ledd at arbeidsavtale i arbeidsforhold med samlet varighet mer enn en måned skal ”foreligge snarest mulig og senest en måned etter at arbeidsforholdet begynte”. Med ”snarest mulig” forstås så fort partene har anledning til det. I forarbeidene er regelen begrunnet med at ”en måned skulle gi tilstrekkelig områdingstid for arbeidsgiveren i det departementet antar at de aller fleste av disse vilkårene er fastsatt alt når arbeidsforholdet starter”¹⁷. Arbeidsforholdets begynnelse skal være fastsatt i arbeidsavtalen jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav d. I motsatt fall vil en måtte ta utgangspunkt i tiltredelsestidspunktet ved avgjørelsen av når avtalen skal foreligge. Norsk rett oppstiller også her en strengere regel enn det bakenforliggende rådsdirektiv som oppstiller en frist på to måneder. Begrunnelsen er partenes behov for klarhet og forutberegnelighet.

Av arbeidsmiljøloven § 14-5 tredje ledd fremgår det at det i arbeidsforhold med kortere varighet enn en måned eller ved utleie av arbeidskraft ”umiddelbart” skal inngås skriftlig arbeidsavtale. En tolkning av ordlyden ”umiddelbart” tilsier at det straks må inngås arbeidsavtale. Det kan derfor ikke aksepteres at det går flere dager før avtalen inngås.

3.2 Hva skal til for at arbeidsavtalen er inngått

Ved avtaleinngåelsen gjelder de alminnelige avtalerettslige regler. Avtaleloven §§ 2 følgende er dermed avgjørende for om og når det er inngått en bindende avtale som følge av tilbud og aksept.

Det er et alminnelig prinsipp at alle avtaler skal holdes, både skriftlige og muntlige. Skriftlige arbeidsavtaler forhindrer imidlertid ikke nødvendigvis at det kan føres bevis for at noe annet faktisk er avtalt partene imellom. Det vil imidlertid være den som hevder at noe annet er avtalt som har bevisbyrden for dette. Dette støttes av rettspraksis fra EF-domstolen¹⁸.

Arbeidsmiljøloven § 14-5 er kun en ordensregel, og ikke et vilkår for gyldigheten av avtalen. Det er i praksis vanlig at arbeidstaker og arbeidsgiver blir enige på forhånd om at arbeidstaker skal begynne i arbeid en bestemt dato, og avtalen vil binde begge parter. For avtaler om prøvetid er det et materielt vilkår at avtalen inngås skriftlig for at den skal være gyldig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-6.

¹⁷ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 10.

¹⁸ C-253/96, Kampelmann-saken

Dersom det blir fremsatt et tilbud med akseptfrist, vil bindende avtale være inngått jf. avtaleloven § 2 når tilbudet er akseptert innen fristen. Annonse angående ledig stilling må anses som en oppfordring til tilbud. Det samme gjelder søknad som sendes til arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver svarer positivt, må det ses som et tilbud om ansettelse. Tilbudet kan etter avtaleloven § 7 trekkes tilbake inntil det er kommet til motpartens kunnskap¹⁹. Dersom arbeidsgiver godtar tilbudet må bindende avtale være kommet i stand.

Arbeidsgiver kan i noen tilfelle gi et tilbud med et rettsstridig vilkår hvor arbeidstaker aksepterer tilbudet med den betingelse at det rettsstridige vilkåret ikke gjelder. Det kan da anføres at vilkåret må ses bort fra, og at avtale derfor er inngått²⁰. På den annen side kan en også se det slik at aksepten ikke stemmer overens med tilbudet, og at det derfor ikke er inngått noen avtale mellom partene. I juridisk teori anføres det at dette må avgjøres ut fra de forhold som har foranlediget det urettmessige vilkåret²¹.

Som eksempel på at spørsmålet har vært tatt opp i rettspraksis er Rt 2001 side 248. I denne saken ble tre ansatte ved et ambulansefirma sagt opp etter at avtalen med fylkeskommunen ble sagt opp. Høyesterett kom til at de ikke var fast ansatt i det nye firma som følge av virksomhetsoverdragelse. De ansatte ble imidlertid tilbudt ansettelse ved det nye firma med den forutsetning at de ikke organiserte seg. Tilbudet ble akseptert, men de ansatte uttrykte samtidig at de ville organisere seg. Spørsmålet var om det var inngått en bindende avtale mellom partene. Høyesterett kom til at bindende avtale ikke var inngått, men tilkjente erstatning for arbeidsgivers rettstridige handlemåte. Dommen illustrerer at tilbud og aksept ikke ble ansett å være sammenfallende til tross for at rettstridig vilkår var satt, og det var derfor ikke inngått noen bindende avtale mellom partene.

Om partene har inngått avtale eller fortsatt er under forhandlinger må avgjøres ut fra avtalerettslige prinsipper²². Det vil i vurderingen være av betydning hvorvidt skriftlig arbeidsavtale er opprettet. I ledende stillinger vil det for eksempel vanskelig tenkes at endelig arbeidsavtale er inngått muntlig uten at noen skriftlig bekreftelse er utformet.

¹⁹ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 661.

²⁰ Sml. Avtaleloven § 6: svar som ikke stemmer overens med tilbud må anses som avslag, i forening med nytt tilbud.

²¹ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 660.

²² Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 661.

Spørsmålet ble tatt opp i Rt 1965 side 360 hvor det skulle ansettes en fabrikkarbeider. Under en konferanse på arbeidsgivers kontor var det uenighet om arbeidstaker hadde spurt om arbeidstakeren godtok lønnstilbudet, eller om han fant lønnstilbudet tilfredsstillende, og fått bekreftende svar. Det var også andre uenigheter angående ansettelsesprosessen. Høyesterett konkluderte med at partene var kommet til forhandlinger på et avansert stadium, men ikke lenger, og la i denne sammenheng vekt på at det var grunn til å regne med skriftlig bekreftelse fra arbeidsgiver i en så viktig stilling.

I mange tilfeller begynner arbeidstaker i arbeidet uten at skriftlig arbeidsavtale er utformet på forhånd, eller den er ikke tilfredsstillende utformet. I rettspraksis har spørsmålet om betydningen av at arbeidsavtalen ikke er skriftlig vært tatt opp flere ganger de siste årene.

I Rt 2004 side 53 var det inngått avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstid. Spørsmålet i saken var om avtalen var ugyldig da den ikke oppfylte kravet til skriftlighet i den tidligere arbeidsmiljøloven § 47 nr.1. I et obiter dictum ble det uttalt i premiss 30 til arbeidsmiljøloven § 55B (nåværende § 14-5) at ”manglende skriftlighet ikke gjør avtalen ugyldig, men dette vil blant annet kunne føre til at avtalen ved tvil om innholdet blir tolket i arbeidsgiverens disfavør”. Høyesterett konkluderte med at avtalen om gjennomsnittsberegning ikke var ugyldig. I vurderingen la Høyesterett vekt på at ordningen var kommet i stand etter arbeidstakers ønske på grunn av samvær med barn, og at kravet ikke ble fremsatt før arbeidsforholdet var avsluttet.

Videre ble spørsmålet tatt opp i Rt 2005 side 1395. Saken gjaldt spørsmål om det forelå en midlertidig ansettelse i strid med den tidligere arbeidsmiljøloven § 58A nr.4 fjerde ledd. Arbeidstakeren hadde vært midlertidig ansatt i nesten ett år da hun fikk beskjed om at hun ikke fikk en fast stilling som hun hadde søkt på. Arbeidstakeren hevdet at hun hadde arbeidet uten skriftlig arbeidsavtale også etter at avslaget på fast stilling kom, og at hun derfor måtte anses som fast ansatt. Høyesteretts kjæremålsutvalg henviste til forarbeidene og uttalte i premiss 22 at ”kravet til skriftlig arbeidsavtale (...) ikke er et krav av betydning for arbeidsavtalens gyldighet”. Kjæremålsutvalget kom etter dette til at det ikke forelå en midlertidig ansettelse i strid med arbeidsmiljøloven § 58A.

Også i Rt 2006 side 420 ble forholdet til skriftlighetskravet omtalt. I denne saken gjaldt spørsmålet om arbeidstaker kunne kreve erstatning fra en ansatt megler som sa opp arbeidsforholdet til tross for at det var avtalt bindingstid på cirka fire år. Arbeidstaker påberopte seg at det ikke forelå noen skriftlig arbeidsavtale, og at det måtte være et minstekrav for at bindingstid kunne påberopes. Høyesterett fastslo i premiss 31 at ”det forhold at ansettelsesavtalen ikke er skriftlig, bare har betydning for tolkningen av den”.

Til slutt må nevnes Rt 2007 side 129. Arbeidstaker ble opprinnelig midlertidig ansatt som sesongarbeider ved kirkegårdene i Kristiansand. Arbeidstakeren fortsatte i stillingen etter at sesongperioden var over høsten 2003. Fra januar 2004 gikk hun over på fast månedslønn. Noen ny skriftlig avtale etter at den midlertidige ansettelse utløp høsten 2003 ble ikke inngått. Arbeidstakeren ble forelagt skriftlig avtale i oktober 2004, hvor det sto at hun skulle være vikar ut året. Spørsmålet i saken var om unnlåtelsen av å inngå ny skriftlig arbeidsavtale ga arbeidstakeren krav på fast ansettelse. Høyesterett bemerket først i premiss 42 at ”for de fast ansatte er det klart at kravet om skriftlighet utelukkende er en ordensforskrift”. Videre drøftet Høyesterett ordlyden, forarbeidene og reelle hensyn og konkluderte med at unnlåtelse av å oppfylle skriftlighetskravet i § 55B ikke i seg selv får som konsekvens at arbeidstakeren har krav på fast ansettelse. Høyesterett kom derimot til at arbeidstakeren likevel måtte være å anse som fast ansatt på bakgrunn av behovet for klarhet og forutberegnelighet om ansettelsens innhold. Arbeidsgiveren hadde i dette tilfellet hatt særlig oppfordring ved utløpet av den opprinnelige midlertidige ansettelsen til å inngå ny avtale.

Av dommene kan det for det første slutes at skriftlighet ikke er en betingelse for at gyldig avtale er inngått, men kun har betydning for tolkningen av avtalen. Videre må arbeidsgiver sørge for å skape klarhet dersom det inngås avtale om midlertidig ansettelse med en arbeidstaker. Selv om manglende skriftlighet ikke i seg selv gir rett til fast ansettelse vil det kunne medføre vanskeligheter for arbeidsgiver å bevise med klar sannsynlighetsovervekt at avtale om midlertidig ansettelse er inngått, og dermed kan fast ansettelse likevel anses å foreligge.

4. Minimumskrav til arbeidsavtalens innhold, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6

4.1 Generelt

Arbeidsmiljøloven § 14-6 bestemmer at arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om forhold av ”vesentlig betydning” i arbeidsforholdet.

Ordlyden ”vesentlig betydning” må forstås slik at det er forhold som det er svært viktig for arbeidstaker og arbeidsgiver at det foreligger klarhet og forutberegnelighet omkring.

Arbeidsmiljøloven § 14-6 viderefører tidligere § 55C. Bestemmelsen er imidlertid noe endret da det var behov for presisering av at arbeidsavtalen skal inneholde absolutt alle forhold av vesentlig betydning, uavhengig av § 14-6.

På enkelte punkter går arbeidsmiljøloven § 14-6 lenger enn det bakenforliggende rådsdirektiv 91/533/EØF. Dette gjelder for eksempel kravet i § 14-6 første ledd bokstav f angående prøvetid, bokstav k som omhandler pauser og bokstav l angående arbeidstidsordning²³. Ved at disse punktene skriftliggjøres får begge parter klarhet med hensyn til hvilke regler som gjelder, og kan forutse sin rettsstilling.

Det følger av ordlyden ”herunder” i arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd at bestemmelsen ikke uttømmende regulerer hvilke forhold som skal tas med i arbeidsavtalen²⁴. Dette innebærer at partene står fritt til å avtale flere og mer presise bestemmelser. Arbeidsgiver plikter å informere om andre forhold enn de som uttrykkelig er nevnt i bestemmelsen, når disse er av vesentlig betydning for partene²⁵. Eksempelvis dersom det skal pålegges arbeidstaker en omfattende taushetsplikt utover det som er normalt, ved bruk av utstyr til private formål eller medbestemmelsesrett i bedriften.

I mange arbeidsforhold er viktige betingelser nedfelt i tariffavtaler som partene er bundet av. I slike tilfeller kan ikke den individuelle arbeidsavtale stride mot bestemmelsene i tariffavtalen. Dersom det er motstrid mellom en arbeidsavtale og en tariffavtale vil bestemmelsen i

²³ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 634.

²⁴ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 636, Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 669.

²⁵ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 636.

arbeidsavtalen være ugyldig, og bli erstattet av bestemmelsen i tariffavtalen²⁶. Som følge av ufravikelighetsprinsippet kan imidlertid tariffavtalen også få betydning for uorganiserte arbeidstakeres arbeidsavtaler.

Minstekravene som må følge av arbeidsavtalen følger av arbeidsmiljøloven § 14-6 bokstav a til m.

4.2 Partenes identitet

4.2.1 Partene i arbeidsavtalen

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav a at ”partenes identitet” skal fremgå av arbeidsavtalen. Det må her ses hen til arbeidsmiljøloven § 1-8 som definerer hvem som skal anses som arbeidstaker og arbeidsgiver.

Arbeidsmiljøloven gjelder kun for ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker”, med mindre annet er avtalt, jf. § 1-2 første ledd. Det samlede resultat av arbeidstakers og arbeidsgivers aktivitet må således utgjøre en virksomhet.

4.2.2 Arbeidstaker

I arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd defineres arbeidstaker som ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”. Naturlig språklig forståelse tilsier at den som gjør et hvilket som helst arbeid for en annen er arbeidstaker. I forarbeidene²⁷ synes det sentrale å være at den som skal utføre arbeid må være under arbeidsgivers ledelse og kontroll, slik at arbeidsgiver har styringsrett. Arbeidstaker må i tillegg stille sin personlige arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon.

Bestemmelsene i loven får ikke anvendelse overfor offentlige ombudsmenn som er valgt eller oppnevnt til sitt verv, som for eksempel ordførere, kommunestyremedlemmer eller overformyndere, og heller ikke arbeid som utføres på grunnlag av lovbestemt plikt, for eksempel innsatte i fengselsvesenets anstalter, jf. straffegjennomføringsloven § 3 jf. §§18 og

²⁶ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 45.

²⁷ Ot.prp.nr.3 (1975-76) side 102.

49. Heller ikke foreningsforhold vil omfattes, da det ikke vil foreligge noen arbeidsavtale. Arbeidet utføres som følge av medlemskapet. Til sist omfattes heller ikke virksomheters eiere og styremedlemmer som ikke er ansatt i bedriften²⁸.

Det er i forarbeidene til den eldre ferielov²⁹, som bygger på forarbeidene til arbeidervernloven av 1936, samt i rettspraksis lagt til grunn at det må foretas en helhetsvurdering av ulike momenter i vurderingen av om en person er å anse som arbeidstaker eller ikke. Høyesterett har blant annet i Rt 1990 side 903 lagt til grunn at disse momenter ikke er ment å være uttømmende, og at de må ses i lys av hverandre.

Dersom arbeidsavtalen inngås skriftlig vil det fremgå av avtalen hvem som er å anse som arbeidstaker, og både rettigheter og plikter i arbeidsforholdet knytter seg til denne. Det kan imidlertid ikke antas at det knytter seg store problemer til hvem som er arbeidstaker. Dette kan lett bevises ved at denne har utført arbeid og mottatt lønn.

Etter vergemålsloven § 2 er det et vilkår at arbeidstaker må ha rettslig handleevne for å kunne inngå arbeidsavtaler, og dermed være part i avtalen. Med rettslig handleevne menes at personen normalt må ha fylt atten år, og ikke være umyndiggjort, jf. vergemålsloven § 1. Arbeidstaker som er under atten år må ha samtykke fra verge for å inngå arbeidsavtale.

Ifølge vergemålsloven § 32 første ledd kan en femtenåring som har hatt tjeneste eller annet arbeid som han kan forsørge seg med ”si opp avtalen og ta liknende tjeneste eller annet arbeid”. Etter § 32 annet ledd kan imidlertid vergen med rimelig varsel til arbeidsgiver heve enhver arbeidsavtale inngått av eller for mindreårig over femten år, ”såfremt han finner at hensynet til den mindreåriges oppfostring eller velferd krever det”.

Umyndiggjorte kan selv inngå og si opp arbeidsavtaler, jf. vergemålsloven § 34 første ledd. Overformynderiet kan likevel bestemme at bare vergen skal ha denne kompetanse, jf § 34 annet ledd, samt kunne heve avtale som den umyndiggjorte har gjort, dersom hensynet til den umyndiges velferd krever det.

²⁸ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 47.

²⁹ Ot.prp.nr.104 (1947) side 4.

Ved at arbeidsavtalen inngås skriftlig vil arbeidsgiver få en ekstra oppfordring til å passe på at den han inngår avtalen med har kompetanse til det, og dermed også rett til å kreve resultater av arbeidet.

4.2.3 Arbeidsgiver

Arbeidsgiver er gjennom arbeidsmiljøloven pålagt ansvar for ulike områder, et av disse er plikt til å utforme et utkast til arbeidsavtale i samsvar med arbeidsmiljøloven § 14-6 jf. § 14-5 første ledd.

Arbeidsgiver defineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 annet ledd som ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Det samme gjelder for ”den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”, jf § 1-8 annet ledd annet punktum. Ordlyden ”ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste” taler for at arbeidsgiver må ha styringsrett over den person som skal utføre arbeid for ham. Arbeidsgiver skal altså kunne organisere, fordele, kontrollere og lede arbeidet som arbeidstaker utfører.

For arbeidstaker er det viktig å vite hvem han skal forholde seg til dersom det oppstår uenighet mellom partene. Det er derfor viktig at det fremgår av en skriftlig arbeidsavtale hvem som er arbeidsgiver. Det er imidlertid det reelle arbeidsforhold som er avgjørende når innholdet i arbeidsgiverbegrepet skal avgjøres. Arbeidsgiver er den som i realiteten har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjonene³⁰.

En juridisk person kan også være arbeidsgiver. Arbeidsgiverfunksjonene vil da utøves av den juridiske persons organer eller andre som kan opptre på dens vegne. I aksjeselskaper vil det være generalforsamlingen, bedriftsforsamlingen, styret eller administrerende direktør som utøver arbeidsgiverfunksjonene³¹.

I Rt 1993 side 954 hadde to ektefeller overtatt en restaurant i et hotell. Senere hadde ektefellene opprettet et aksjeselskap. Arbeidsavtaler med servitørene ble imidlertid inngått før aksjeselskapet ble opprettet. Servitørene ble senere sagt opp fra stillingen. Det oppsto da spørsmål for Høyesterett angående hvem som var å anse som arbeidsgiver. Ektefellene hadde

³⁰ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 113.

³¹ NOU 1996:6 under punkt 3.2.2.

gått til sak mot ektefellene personlig og ikke aksjeselskapet. Høyesterett kom til at dette var korrekt da det er sentralt for arbeidstaker å vite hvem som er arbeidsgiver, og arbeidsgiver har plikt til å sørge for nødvendig avklaring. Det var i denne saken ikke gjort tilstrekkelig klart for de ansatte at det var aksjeselskapet som skulle være arbeidsgiver, og de to ektefellene ble ansett å ha drevet virksomheten personlig. Høyesterett la således vekt på arbeidsavtalens innhold sammenholdt med hvem som i realiteten hadde drevet virksomheten.

I enkelte arbeidsforhold kan det være et konsernforhold på arbeidsgiversiden. Det kan da stilles spørsmål ved hvem som i slike tilfeller er arbeidsgiver, -morselskapet eller datterselskapet? Hovedregelen³² er at den enkelte virksomhet er arbeidsgiver for sine arbeidstakere, og dermed ansvarlig for de ulike krav i loven. Unntak kan likevel gjøres ved at det skal legges vekt på hvem som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver. Arbeidsgiveransvaret kan dermed plasseres hos flere.

At partenes identitet oppgis i arbeidsavtalen har i følge rettspraksis³³ betydning for klarhet og notoritet. Dersom det skulle oppstå konflikt mellom partene, vil det også være klart hvem eventuelle krav skal reises mot, i motsetning til hvis ingen skriftlig avtale foreligger. Utgangspunktet må imidlertid modifieres noe som følge av at det er den som reelt sett har opptrådt som arbeidsgiver, som er arbeidsgiver. Dette innebærer at det i den skriftlige arbeidsavtalen kan være avtalt noe annet enn det som gjelder i realiteten.

4.3 Arbeidsplassen

Videre er det et krav etter arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav b at "arbeidsplassen" skal oppgis i arbeidsavtalen. Ordlyden "arbeidsplassen" taler for at en konkret må angi det sted hvor arbeidstakeren skal stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver i den avtalte arbeidstid. Bestemmelsen er imidlertid ikke ment å innskrenke arbeidsgivers adgang til å forflytte eller overføre arbeidstakeren til annet arbeidssted. I denne forbindelse uttales det i forarbeidene³⁴ at regelen ikke gir arbeidstakere rett til å ha en bestemt arbeidsplass/arbeidstilknytning. Det er arbeidsgivers styringsrett som vil være avgjørende for

³² Ot.prp.nr.49 (2004-05) side 74.

³³ Rt 1993 side 954. Spørsmålet var hvem som var rette saksøkt etter at arbeidstakere hadde gått til søksmål mot arbeidsgiverne personlig, og ikke aksjeselskapet. Høyesterett la vekt på at det er av sentral betydning for arbeidstaker å vite hvem som er arbeidsgiver. I denne saken var aksjeselskapet opprettet etter at arbeidsavtalen var inngått, og det måtte være arbeidsgivers plikt å sørge for avklaring.

³⁴ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 11

hvorvidt arbeidstakers arbeidssted kan endres, og i så tilfelle hvor langt arbeidsgiver kan gå. For eksempel vil en arbeidsgiver kunne beslutte at virksomheten skal flytte lokaler til en annen side av byen, og dermed endre arbeidsstedet. Dette vil være klart innenfor arbeidsgivers styringsrett. Noe annet må gjelde dersom arbeidsgiver ønsker å flytte arbeidssted til en annen del av landet. Dette vil jeg komme tilbake til i forbindelse med endring av arbeidsavtalen.

Dersom det ikke eksisterer noen fast arbeidsplass eller hovedarbeidsplass skal arbeidsavtalen gi opplysning om at arbeidstakeren arbeider på ulike steder, og oppgi forretningsadressen eller eventuell hjemstedet til arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav b annet punktum. Gjennom krav til opplysning om forretningsadresse eller hjemsted til arbeidsgiver oppnår man at arbeidstaker på betryggende måte kan nå frem til arbeidsgiver. Som eksempel kan nevnes dersom arbeidstaker ønsker å levere oppsigelse, og befinner seg langt unna arbeidsgiver. På denne måten vil arbeidstaker oppnå tilstrekkelig klarhet, notoritet og forutsigbarhet.

I særlovgivningen oppstilles det i noen tilfeller krav om at arbeidstaker må ha bosted i nærheten av arbeidsplassen. Eksempelvis kan nevnes politiloven § 22 ”i tjenestemessig forsvarlig avstand til tjenestestedet”.

Også i den individuelle arbeidsavtale kan det tas med vilkår om bosted. Siden dette kan være nokså inngripende overfor arbeidstaker, kreves det imidlertid tilstrekkelig begrunnelse for at vilkåret skal være gyldig. Eksempel på at vilkår ble tillatt oppstilt er Rt 2000 side 1800. I denne saken skulle det ansettes en engasjementssjef i Romsdal Fellesbank ASA. Ved ansettelsen ble det oppstilt vilkår om at engasjementssjefen måtte bo i Y kommune. Begrunnelsen var behov for lokalkunnskap angående næringslivet i Y kommune, og kontakter i nærmiljøet. Engasjementssjefen ble senere sagt opp fra sin stilling som følge av at han ikke hadde overholdt vilkåret. Høyesterett kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet og uttalte på side 1806 at det skal ”atskillig til for at retten kan sette til side som urimelig en vurdering av denne art som en privat arbeidsgiver har foretatt, når vilkåret er klart presisert før arbeidsavtalen blir inngått”.

På grunn av at arbeidsgiver hadde presisert vilkåret på forhånd, og det var inntatt i arbeidsavtalen kunne arbeidstakeren sies opp. Dersom vilkåret ikke hadde vært inntatt i den skriftlige arbeidsavtalen ville arbeidsgiver hatt bevisbyrden for at bosted var avtalt.

Arbeidsgiver ville da hatt et dårligere utgangspunkt med hensyn til å bevise at det forelå saklig grunn til oppsigelse. Høyesteretts uttalelse viser at det skal mye til for at retten kan sette til side en vurdering om bosted når det er klart presisert før arbeidsavtalen ble inngått. I motsatt fall ville Høyesterett kunne satt til side arbeidsgiverens vurdering begrunnet i hensynet til arbeidstaker.

Ved at arbeidsstedet presiseres skriftlig i arbeidsavtalen vil en i større grad unngå at arbeidstaker blir flyttet eller bedt om å arbeide et annet sted enn det arbeidstakeren var forespeilet ved arbeidsforholdets inngåelse. Dette fordi arbeidsgiver må holde seg innenfor rammene som arbeidsavtalen oppstiller. Dersom arbeidsgiver ønsker å endre arbeidsstedet betydelig, uten at det er tatt forbehold i avtalen, må arbeidstakeren være enig eller arbeidsgiver må gjennomføre en endringsoppsigelse. I sistnevnte tilfelle må det foreligge saklig grunn.

4.4 Beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori

Etter arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav c er det videre et krav om at arbeidsavtalen skal inneholde ”en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori”. Det skal opplyses om den faktiske status ved tiltredelsen, og bestemmelsen gir ikke arbeidstaker rett til bestemt arbeid etter tittel.

I tillegg kan arbeidsavtalen suppleres med en stillingsinstruks, som nærmere redegjør for hvilke oppgaver som tilligger den enkelte stilling. Denne vil gjøre det lettere for arbeidsgiver å stille krav til det arbeid som blir gjort. Stillingsinstruksen vil dessuten være med på å gi et bedre vurderingsgrunnlag, særlig dersom det ikke viser seg resultater av arbeidet, og oppsigelse eller omplassering er nødvendig. Det bør fremgå av arbeidsavtalen at stillingsinstruksen er en del av avtalen, og at arbeidstaker har lest og forstått denne.

Det vil være av betydning at arbeidsoppgavene skriftliggjøres slik at konflikter kan unngås og slik at det ved en eventuell tvist mellom partene kan etterprøves hvilke oppgaver som tilligger den enkelte arbeidstaker. Som eksempel kan være om en sekretær plikter å vaske kopper, koke kaffe og servere de øvrige medarbeidere og lignende. Dersom dette kun er avtalt muntlig eller ikke avtalt i det hele tatt vil det bli ord mot ord, og arbeidstakeren vil lett føye seg ettersom det ofte vil være bagateller det dreier seg om, og det ikke kan bevises hva som er

avtalt. Det vil særlig være i tilfeller der arbeidstakerens tittel eller stilling reiser spørsmål om hva som omfattes, at det er behov for at arbeidsoppgavene presiseres skriftlig. Eksempelvis dersom det fremgår av arbeidsavtalen at arbeidstaker er vaktmester. Det er da viktig for arbeidstaker at det fremgår nærmere hvilke oppgaver vaktmesteren skal ha. Dette er begrunnet i at det må oppstilles en grense for hvilke oppgaver arbeidstaker kan settes til. En vaktmester kan eksempelvis normalt ikke pålegges å tømme utedoen på hytten til sjefen, men må derimot sørge for at toalettene i virksomheten fungerer.

Det vil videre være av betydning for arbeidsgiver at arbeidsoppgavene fremgår av skriftlig avtale dersom en arbeidstaker er ansatt i en bedrift med ulike arbeidsområder. Partene kan ha inngått avtale muntlig om at arbeidstakeren på eksempelvis et treningssenter skal arbeide både i resepsjon og som barnepasser. Dersom arbeidstakeren i realiteten kun har arbeidet som barnepasser, og det oppstår tvist om arbeidsgiver kan sette ham til resepsjonen i tillegg, vil det være arbeidsgiveren som hadde ansvar for å utarbeide utkast til arbeidsavtale som er tilfredsstillende. Det kan da være vanskelig for arbeidsgiver å bevise at avtalen var at arbeidstaker skulle være tilgjengelig i begge arbeidsområder. Dersom det imidlertid var avtalt skriftlig, ville konflikt kunne unngås, og arbeidsgiver kunne benytte arbeidstakeren der det var behov.

Spørsmålet om arbeidspliktens omfang er praktisk både i tilfeller der arbeidsgiver mener å kunne pålegge arbeidstakerne bestemte arbeidsoppgaver, eller ved endring og omorganisering uten at partene er enige. Arbeidsgiver kan på den ene siden pålegge arbeidstakeren arbeidsoppgaver som han mener faller inn under arbeidsavtalen og forlange at disse blir utført. Hvis det derimot ikke lar seg gjøre å definere arbeidsoppgavene som en del av arbeidsavtalen må arbeidsgiver si opp avtalen med tilbud om ny avtale. Forutsetningen er da at arbeidsgiver har saklig grunn til oppsigelsen, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. Det er to hensyn som avveies mot hverandre ved utformingen av arbeidsavtalen: behovet for klarhet mot behovet for fleksibilitet³⁵. Dersom arbeidsgiver ønsker fleksibilitet må han ikke oppstille for strenge grenser, fordi arbeidstaker da kan motsette seg endringer. Motsatt dersom arbeidsgiver ønsker å presisere arbeidsplikten slik at arbeidstaker klart har strenge grenser å forholde seg til.

³⁵ Advokatene Storeng, mfl.; Praktisk arbeidsrett, side 25.

Arbeidsavtalen er utgangspunktet ved avgjørelsen av hvilke endringer i arbeidsforholdet arbeidsgiver kan gjennomføre. Styringsretten begrenses av denne. Utviklingen går i retning av at det tas inn i arbeidsavtalen en "fleksibilitetsklausul" som innebærer at arbeidstakeren må innrette sine arbeidsoppgaver etter selskapets behov til enhver tid. En slik klausul vil utvide styringsretten noe i forhold til hvilke endringer som kan gjøres. Det må likevel oppstilles en grense for hvilke endringer arbeidstaker må finne seg i uten endringsoppsigelse. Ved at avtalens innhold er skriftlig vil det lettere kunne vurderes, ut fra ordlyden i avtalen, hvor store endringer arbeidsgiver kan gjøre. Dersom avtalen imidlertid kun er inngått muntlig vil det kunne oppstå usikkerhet og uenighet angående avtalens innhold, og det vil kunne holdes mot arbeidsgiver at innholdet ikke er skriftliggjort.

Skriftlighet kan både begrense og utvide arbeidsgivers styringsrett. Ved at det skriftlig er avtalt en fleksibilitetsklausul kan arbeidsgiver gjøre flere endringer enn dersom det kun var avtalt muntlig. I sistnevnte tilfelle kan arbeidstakeren motsette seg at en slik klausul er avtalt, og det vil være arbeidsgiver som må bevise innholdet da han plikter å utforme utkast til skriftlig avtale, jf. arbeidsmiljøloven § 14-5. Det kan skriftlig være avtalt klare regler for avtalens innhold. Hvis det likevel muntlig er avtalt en fleksibilitetsklausul mellom partene, vil det være arbeidsgiver som har hovedansvaret for å utforme denne skriftlig. For det tilfelle at dette ikke er gjort, og arbeidstaker motsetter seg endringer, vil det kunne holdes mot arbeidsgiver at avtaleinnholdet ikke er i samsvar med det som er avtalt, og dermed vil det være arbeidsgiver som må bevise at annet er avtalt. På denne måten kan styringsretten begrenses av skriftligheten.

I noen tilfeller tas det også inn en klausul i arbeidsavtalen om forbud mot bierverv. Hvorvidt klausulen er gyldig eller ikke vil blant annet avhenge av hvor godt saklig begrunnet klausulen er, partenes stilling og tradisjonen innen vedkommende fag. Arbeidstaker vil heller ikke kunne drive bierverv som er uforenlig med tillitskrav i stillingen. Som eksempel kan nevnes at en advokat som jobber i et advokatfirma neppe kan påta seg en deltidsstilling i et annet advokatfirma i samme by.

Det vil til sist ha betydning at det i arbeidsavtalen er opplyst om en arbeidstaker har en "ledende stilling" eller "særlig uavhengig stilling" jf. arbeidsmiljøloven § 10-12 første og annet ledd. Det følger av bestemmelsen at personer i slike stillinger ikke har rett til overtidsbetaling. Mange oppdager likevel ikke dette før de har fått utbetalt første lønning

fordi det ikke sto i avtalen at de var ansatt i en slik stilling, og da har de allerede arbeidet under den forutsetning av at de fikk mer betaling.

4.5 Tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse

Det oppstilles også et krav i arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav d om at ”tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse” skal oppgis. Kravet har betydning i forbindelse med at tidspunktet legges til grunn for fristen til å inngå skriftlig arbeidsavtale jf. § 14-5 annet ledd, ved beregning av oppsigelsestidens lengde, jf. § 15-3 og for hvor lenge en eventuell prøvetid kan opprettholdes, jf. § 14-6 tredje ledd.

Det kan også stilles spørsmål ved hvorvidt skriftlighetskravet har noen betydning i forbindelse med arbeidstakers ansiennitet. I norsk rett er det ikke lovfestet noe krav til at arbeidsgiver må følge et ansiennitetsprinsipp³⁶ for eksempel ved oppsigelse i forbindelse med driftsinnskrenkning. I Hovedavtalen mellom LO og NHO er det bestemt i § 9-12 at ”ansienniteten kan fravikes” når det foreligger saklig grunn. For organiserte bedrifter forutsettes dermed et ansiennitetsprinsipp å foreligge, ofte i kombinasjon med for eksempel et kvalifikasjonsprinsipp. Også for uorganiserte virksomheter følger det av rettspraksis³⁷ at det skal tas hensyn til arbeidstakerens ansiennitet³⁸. Ansienniteten regnes uavhengig av om det foreligger en skriftlig eller muntlig arbeidsavtale. Dersom avtalen er inngått skriftlig vil imidlertid arbeidstaker enkelt kunne bevise når arbeidsforholdet begynte hvis partene er uenige. Dette vil han på den annen side kunne godtgjøre ved å vise når han fikk første utbetaling av lønn, ved at kolleger vitner, eller på annen måte. Skriftlig arbeidsavtale er dermed ikke noe absolutt krav for å bevise arbeidstakers ansiennitet.

Det vil ha betydning at arbeidsforholdets begynnelse nedfelles skriftlig i forbindelse med søknad om fødselspenger, dersom arbeidstaker blir gravid snart etter tiltredelsen. Etter folketrygdloven § 14-6 første ledd kan moren og faren opptjene rett til foreldrepenger ved å arbeide i ”minst seks av de siste ti månedene” før uttak av foreldrepenger tar til. Dersom partene er uenige om oppstart for arbeidsforholdet er det viktig at tidspunktet foreligger skriftlig. Det kan imidlertid tenkes at arbeidsavtalen gir uttrykk for et tidspunkt i strid med

³⁶ Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 618.

³⁷ Rt 1996 side 393 og Rt 1972 side 1330.

³⁸ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 289.

den faktiske tiltredelse. I så tilfelle må det avgjørende være når tiltredelsen faktisk skjedde. Dette kan blant annet bevises ved lønnsutbetaling, medarbeidere som vitner eller redegjørelse for hvilket arbeid som er utført i denne perioden.

Også i forhold til senere arbeidssøknader vil det være av betydning at tidligere arbeidsforholds begynnelse foreligger skriftlig. Slik kan en eventuell ny arbeidsgiver få oversikt over hvor lenge arbeidsforholdet har vart.

4.6 Forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig

For at det lovlig skal kunne inngås midlertidig arbeidsforhold må vilkårene i arbeidsmiljøloven § 14-9 være oppfylt. Dette er begrunnet i hovedregelen om at arbeidstaker skal ansettes fast.

Dersom arbeidsforholdet er midlertidig må ”forventet varighet” av arbeidsforholdet oppgis i arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav e. Ordlyden tilsier at det må oppstilles et konkret tidspunkt for når arbeidsforholdet er forventet å slutte.

Av teorien³⁹ fremgår det imidlertid at partene ikke trenger å angi nøyaktig den forventede varighet i arbeidsavtalen. Det kan være tilstrekkelig at oppdragets avslutning, en begivenhets inntreden eller en nærmere tidsperiodes avslutning angis. På denne måten oppnår arbeidstaker forutberegnelighet og klarhet, og kan lett innrette seg. Hvis partene ikke har avtalt noe skriftlig, kan det være fordi det ikke er avtalt noe om arbeidsforholdets lengde, eller fordi partene har ulik oppfatning om dette.

Departementet uttalte ved spørsmål om årsaken til midlertidighet skulle oppgis i arbeidsavtalen at det er ”ingenting i veien for at partene i en slik avtale også tar med angivelse av midlertidighetsgrunnen når det anses hensiktsmessig”⁴⁰. Departementet ønsket imidlertid ikke å ta inn en for detaljert regulering av hva ansettelseskontrakten skal inneholde.

Ved innleie av arbeidstakere vil vanligvis innleier og utleier bli enige på forhånd om varigheten av leieforholdet.

³⁹ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 670.

⁴⁰ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 11.

Ettersom det er arbeidsgiver som plikter å utforme arbeidsavtalen jf. arbeidsmiljøloven § 14-5 første ledd annet punktum, vil det påligge ham å bevise at det ikke er avtalt fast ansettelse når avtalen ikke er inngått skriftlig. I midlertidige ansettelser påløper normalt ingen oppsigelsestid, da arbeidsforholdet avsluttes ved utløpet av perioden. I Rt 2007 side 129 som er behandlet tidligere under punkt 3.2 fremgår det at arbeidstaker har særlig behov for klarhet og forutberegnelighet om ansettelsens innhold. Dersom arbeidsgiver ikke klart har gitt uttrykk for midlertidigheten, og arbeidstaker derfor blir ansett å være fast ansatt, må arbeidsgiver betale lønn i oppsigelsestiden og ha saklig grunn for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Dermed har det betydning både for arbeidstaker og arbeidsgiver at midlertidigheten kommer klart til uttrykk skriftlig.

4.7 Eventuelle prøvetidsbestemmelser

I arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav f oppstilles det krav om at ”eventuelle prøvetidsbestemmelser, jf. § 15-3 sjuende ledd og § 15-6” skal inntas i arbeidsavtalen. Dette vil jeg behandle under punkt fem, da skriftlighet i slike tilfeller er et materielt vilkår for gyldighet.

4.8 Arbeidstakers rett til ferie og feriepenger og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet

Arbeidsavtalen skal videre inneholde bestemmelser om arbeidstakerens ”rett til ferie og feriepenger og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet”, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav g.

Partene kan fritt avtale mer utfyllende regler siden bestemmelsen kun inneholder minstekrav. Som eksempel kan nevnes meldeplikt for arbeidstaker angående ferieavvikling, og samtidig arbeidsgivers ønske om ferieavvikling. Det er imidlertid også tilstrekkelig at det i arbeidsavtalen henvises til bestemmelsene i ferieloven som regulerer disse forhold, jf. § 14-6 annet ledd.

Dersom det er avtalt en femte ferieuke, må det opplyses særskilt, hvis det ikke følger av tariffavtale. Begrunnelsen er at lovens hovedregel er fire uker og en virkedag, jf. ferieloven § 5. Dersom dette ikke avtales skriftlig, vil det være vanskelig å bevise at det er avtalt fem uker,

og i mange tilfeller kan en tenke seg at arbeidstaker gir seg fordi han ikke ønsker å ta opp kampen med arbeidsgiver. Det vil imidlertid også være viktig for arbeidsgiver å sikre bevis rundt avtalen. Det kan være verdifulle ressurser som går tapt denne ekstra ferietiden dersom arbeidsgiver må føye seg og ikke hadde innkalkulert den siste uken, og samtidig kan arbeidsgiver slippe en eventuell tvist med påfølgende negativ oppmerksomhet.

Også disse bestemmelsene er begrunnet med arbeidstakers behov for å kunne forutberegne sin ferie og rett til feriepenge, og å få nedfelt skriftlig hvilke krav som følger med arbeidsforholdet. Det vil også være lettere for arbeidstaker å gjøre krav på all ferietiden, tidspunktet for fastsettelse av ferien og feriepengene dersom det er avtalt skriftlig.

4.9 Arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister

Arbeidsavtalen skal videre inneholde ”arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister”, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav h.

Arbeidsmiljøloven § 1-9 gjør fristene ufravikelige til ugunst for arbeidstaker, og det kan derfor ikke avtales mindre enn én måneds oppsigelsestid, jf. arbeidsmiljøloven § 15-3 første ledd. Det innebærer at selv om partene ikke har noen skriftlig avtale, kan ikke en av dem påberope at det ikke foreligger noen oppsigelsesfrist. Etter at oppsigelse er gitt, kan imidlertid partene avtale kortere oppsigelsestid, jf. ordlyden i § 15-3 første ledd annet punktum som sier at ”før” oppsigelse har skjedd kan kortere frist bare avtales i tariffavtale⁴¹. Arbeidstakers og arbeidsgivers frister kan være ulike. Det er imidlertid ikke tillatt å avtale en lengre oppsigelsesfrist for arbeidstaker enn for arbeidsgiver, jf. § 15-3 åttende ledd. Motsatt er tillatt. Som eksempel på at fristene kan være ulike, og at arbeidstaker kan ha kortere frist enn arbeidsgiver, kan nevnes arbeidsmiljøloven § 15-3 tredje ledd. Kortere oppsigelsesfrist enn én måned kan bare avtales på forhånd mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte ved virksomhet som er bundet av tariffavtale.

Under prøvetiden gjelder det en gjensidig frist på fjorten dager, med mindre kortere eller lengre frist er skriftlig avtalt, jf. § 15-3 syvende ledd⁴².

⁴¹ Se også Advokatene Storeng mlf.; Praktisk arbeidsrett, side 25.

⁴² Se også Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 671.

Også her er det tilfredsstillende at det i arbeidsavtalen henvises til arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesfrister.

Arbeidsforhold som er midlertidige, opphører normalt ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er utført, jf. § 14-9 fjerde og femte ledd⁴³. Dermed er det viktig at avtalen om midlertidighet blir skriftliggjort, slik at partene vet hvilke oppsigelsesregler som gjelder. Partene kan imidlertid avtale, eller det kan være fastsatt i tariffavtale annet angående oppsigelsen. For arbeidstakere som har vært midlertidig ansatt etter arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd bokstav a og b og der midlertidigheten har vart i over fire år, kommer de alminnelige regler om oppsigelsesfrister til anvendelse.

Oppsigelsesfrister i inneleieforhold er regulert i avtalen mellom utleier og den utleide arbeidstakeren. I tillegg vil det ofte inngås avtale mellom innleier og utleier om oppsigelsesfrist. Innleier som ikke ønsker å fortsette inneleieforholdet før oppdragstiden er ute, må derfor forholde seg til den avtale som er gjort med utleier. Begrunnelsen er at arbeidstakeren som skal utføre arbeidet ikke er ansatt hos innleier, og vil dermed ikke ha noen stilling å sies opp fra. Alle tre i dette avtaleforholdet vil ha behov for skriftlig avtale, slik at tvister på tvers av avtaleforholdene kan unngås. En arbeidstaker som skal utføre arbeid hos innleier har da klare regler for hvem oppsigelse skal rettes mot dersom han ønsker å slutte.

Både for arbeidsgiver og arbeidstaker kan det ha betydning at oppsigelsesfristene skriftliggjøres. Dersom partene muntlig har avtalt eksempelvis 2 måneders frist, og blir uenige, vil en falle tilbake på arbeidsmiljølovens bestemmelser. For begge parter kan dette være en ulempe, da arbeidsmiljølovens frist er en måned. Arbeidsgiver vil ha behov for tid til å finne en ny arbeidstaker som kan overta arbeidet. På den annen side er det arbeidsgiver som burde sørget for at avtalen ble nedfelt i avtale. Også arbeidstaker kan tape på å falle tilbake på arbeidsmiljølovens frister. Arbeidstaker som enda ikke har skaffet seg nytt arbeid, vil være avhengig av arbeid mens søkeprosessen pågår. Det kan ta tid å skaffe ny jobb. Begge partene kan i slike tilfeller komme bedre ut ved at oppsigelsesfristene avtales skriftlig.

⁴³ Se også Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 671.

4.10 Den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling

Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav i bestemmer videre at arbeidsavtalen skal inneholde bestemmelser om ”den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, for eksempel pensjonsinnbetalinger og kost- eller nattgodtgjørelse, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling”.

Etter ordlyden skal kun den gjeldende eller avtalte lønn ved ”arbeidsforholdets begynnelse” oppgis i den skriftlige arbeidsavtalen. Dette er begrunnet i at senere endringer i lønnen vil fremgå av lønnslipp eller arbeidstakerens og arbeidsgiverens kontoutskrifter. Det vil dermed kunne la seg bevise at lønnen er endret, uten at arbeidsavtalen må endres.

Det er likevel viktig for partene at den gjeldende eller avtalte lønnen blir tatt med i en skriftlig arbeidsavtale. For arbeidstaker er det ofte et problem at han ikke mottar den lønnen som han trodde var avtalt⁴⁴. Dette kan enkelt unngås ved at partene i begynnelsen av arbeidsforholdet skriftliggjør hva som er avtalt.

Nytt ved lovendring i 2005 er at utbetalingsmåten skal oppgis i arbeidsavtalen. I den tidligere arbeidsmiljøloven § 55 var hovedregelen at utbetaling skulle skje kontant, hvis ikke betaling til lønnskonto, sjekk eller giro var avtalt. Utvalget uttalte at ”denne fremgangsmåten i dag benyttes i svært liten utstrekning og at mer moderne overføringsformer i all overveidende grad praktiseres”⁴⁵. Som følge av at bestemmelsen i den tidligere arbeidsmiljøloven § 55 var utdatert, ble det bestemt at det skulle være opp til partene å avtale på hvilken måte utbetaling av lønnen skulle skje. Av hensyn til at det er viktig for partene å vite hvordan lønnen skal utbetales, ble det foreslått tatt med som tillegg til kravene om lønn i den skriftlige arbeidsavtale. Det vanlige er at lønnsutbetaling skjer direkte til arbeidstakers konto, men det skal fremgå av arbeidsavtalen om utbetalingen skal skje via bank, kontant eller på annen måte⁴⁶.

⁴⁴ I følge telefonsamtale med Arbeidstilsynet Nord-Norge.

⁴⁵ NOU 2004:5 side 488-489.

⁴⁶ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 672.

For at kravet til tidspunkt for lønnsutbetaling er oppfylt er det tilstrekkelig at det oppgis om lønnen utbetales månedlig eller på annen måte. Dersom ikke noe er avtalt, gjelder arbeidsmiljøloven § 14-15 første ledd. Av denne bestemmelse fremgår det at lønnsutbetaling skal foretas minst to ganger i måneden. I praksis vil imidlertid partene oftest avtale lønnsutbetaling én gang i måneden⁴⁷.

Tidligere var ordlyden i bestemmelsen at ”lønnsutbetalingsterminene” skulle oppgis. Ved lovendring i 2005 ble det foreslått av utvalget at begrepet ”tidspunkt” skulle benyttes i stedet for ”termin”. I denne forbindelse uttalte utvalget at ”poenget er at avtalen må sikre at partene vet hvor ofte og når det skal foretas lønnsutbetaling, og utvalget antar at den foreslåtte ordlyden får fram dette”⁴⁸. Begrepsendringen synes således ikke å ta sikte på noen realitetsendring, men heller gjøre bestemmelsen lettere å forstå for partene.

Dersom partene ønsker det, er det tilstrekkelig at det i arbeidsavtalen henvises til lover, forskrifter eller tariffavtaler som inneholder bestemmelser om lønn. På denne måten vil partenes behov for forutsigbarhet være tilfredsstilt.

For arbeidsgiver vil det ha betydning at lønnsnivået avtales skriftlig ved arbeidsforholdets begynnelse fordi det vil kunne brukes mot ham at han ikke har sørget for at forholdet er skriftlig avtalt. Dersom arbeidstaker anfører at det er avtalt betaling per time på kroner 130,- mens arbeidsgiver anfører kroner 115,- vil arbeidsgiver således risikere å måtte betale mer enn det han mener å ha avtalt. Hvis det derimot skriftlig forelå avtale om 115 kroner ville arbeidstakeren ikke ha krav på mer.

I tillegg er det av betydning for arbeidstaker at eventuelle tillegg blir skriftlig avtalt. Dersom det ikke er regulert skriftlig vil det vanskelig kunne bevises hva som er avtalt. Krav på tillegg kan derfor kreves utbetalt når det fremkommer av en kontrakt mellom partene.

Arbeidsgivers adgang til å trekke arbeidstaker i lønn og feriepenger reguleres i arbeidsmiljøloven § 14-15 annet og tredje ledd. Formålet med bestemmelsen er å sikre at

⁴⁷ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 699-700.

⁴⁸ NOU 2004:5, side 489, punkt 21.5.2

arbeidstaker mottar mest mulig av lønnen sin, og at denne skal være forutsigbar for arbeidstaker⁴⁹.

Foruten de tilfeller som er regulert i § 14-15 må avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker inngås ”skriftlig” for å være gyldig. Det er dessuten et vilkår at avtalen må være inngått ”på forhånd”, det vil si før lønnstrekk er aktuelt. Resultatet av at det ikke skriftlig er avtalt adgang til lønnstrekk vil for eksempel være at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke kan trekke arbeidstaker i lønn eller feriepengene dersom det er utbetalt for mye lønn, ved fravær av utlånt arbeidsutstyr, verktøy, kantinetrekk eller reiseforskudd som ikke blir brukt opp under reise. For krav som knytter seg til for mye utbetalt lønn kan dog reglene om *condictio indebiti* anvendes, jf. Rt 1985 side 290, Birgo -dommen.

4.11 Lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid

I tillegg skal det i arbeidsavtalen opplyses om ”lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid”, jf. § 14-6 første ledd bokstav j.

Bestemmelsen ble endret ved lovendring i 2005. Tidligere skulle ”den normale daglige eller ukentlige arbeidstid” angis. Nåværende ordlyd taler for at det konkret må angis hvor lang arbeidstiden skal være, og når arbeidstiden begynner og slutter. Slik bestemmelsen er utformet stilles det altså større krav til mer presise angivelser av arbeidstiden enn tidligere. Dette er i forarbeidene⁵⁰ begrunnet med hensynet til forutberegnelighet og klarhet for partene. Med arbeidstid menes den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 10-1 første ledd.

Bestemmelsene om arbeidstid kommer ikke til anvendelse for arbeidstaker i ledende eller særlig uavhengig stilling, jf. § 10-12. Disse forventes å arbeide mer enn det som gjelder for en vanlig arbeidstaker.

For at kravet til arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav j skal være oppfylt må den gjennomsnittlige alminnelige arbeidsdag og arbeidsuke oppgis i arbeidsavtalen⁵¹. Dersom

⁴⁹ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 736.

⁵⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) side 186-187, NOU 2004:5 side 270.

⁵¹ NOU 2004:5 side 271.

arbeidstaker arbeider på ulike tidspunkt av døgnet og helligdager, må også dette fremgå av arbeidsavtalen⁵². Arbeidslivslovutvalget uttaler i tilknytning til bestemmelsen at ”sporadisk og tilfeldig nattarbeid eller søndagsarbeid som er begrunnet i et særlig og tidsavgrenset behov, vil på samme måte som overtid ikke kunne reguleres i avtalen. Avtalen må imidlertid også gi grunnlag for at slikt arbeid kan iverksettes⁵³”.

Arbeidstiden skal angis med hvor mange timer arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon. I praksis angis ofte ikke arbeidstid, eller den angis utydelig. Krav på lønn knytter seg til hvorvidt arbeidstakeren er disponibel eller ikke. Dersom det står i arbeidsavtalen at arbeidstakeren arbeider 37,5 timer per uke skal arbeidstakeren ha betalt lønn for dette timeantallet. Om arbeidsgiveren ikke har arbeid for mer enn 32 timer, er det likevel den tiden arbeidstakeren er til disposisjon for arbeidsgiveren som er avgjørende for lønnen⁵⁴, med mindre arbeidstaker for eksempel permitteres. Dette innebærer at dersom det ikke var skriftlig avtalt, kunne arbeidsgiver komme unna med å betale lønn kun for 32 timer, i motsetning til når det er avtalt skriftlig.

Det kan oppstilles et spørsmål om hvordan dette lar seg gjennomføre dersom en person skal fungere som ekstrahjelp eller tilkallingshjelp som skal stille opp ved behov, men ikke har noen fast daglig og ukentlig arbeidstid. Ordlyden omfatter ”daglig og ukentlig arbeidstid”. En som ikke arbeider etter en arbeidsplan faller dermed i utgangspunktet utenfor bestemmelsens ordlyd. Det må i slike tilfeller være tilstrekkelig at det i arbeidsavtalen bestemmes at personen arbeider deltid etter avtale mellom partene eller ved virksomhetens behov. Det er svært viktig for partene at arbeidsavtalen for eksempel sier noe om arbeidstaker alltid plikter å stille opp, på hvor kort varsel arbeidstaker plikter å stille opp og lignende. På denne måten har begge parter klare regler å forholde seg til. Arbeidsgiver vet hva han kan forvente og arbeidstaker må ikke til enhver tid føye seg under press fra arbeidsgiver.

I enkelte stillinger har arbeidstakeren frihet til selv å bestemme arbeidstiden, eksempelvis forskere, stipendiater og advokater. Arbeidstakere i slike stillinger kan ha behov for fleksibilitet rundt arbeidstiden. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved hvordan slike ordninger stiller seg i forhold til ordlyden som krever at ”lengde og plassering av den avtalte

⁵² NOU 2004:5 side 271.

⁵³ NOU 2004:5 side 271.

⁵⁴ Ifølge samtale med Arbeidstilsynet.

daglige og ukentlige arbeidstid” skal oppgis. I følge forarbeidene⁵⁵ er det tilstrekkelig at arbeidsavtalen oppgir den gjennomsnittlige ukentlige arbeidstid for at lovens krav skal være oppfylt. Det er derfor tilstrekkelig til at kravet til forutberegnelighet er oppfylt at gjennomsnittlig arbeidstid oppgis i arbeidsavtalen. Slik vet partene hvilke rettigheter og plikter som foreligger, samtidig som nødvendig fleksibilitet oppnås.

Arbeidstidens regulering har også betydning ved spørsmålet om hvor mye arbeidstakeren plikter å stille personlig arbeidskraft til disposisjon. Spørsmålet om arbeidstid ble tatt opp i en dom fra EF- domstolen⁵⁶. En arbeidstaker ble pålagt å arbeide overtid, men nektet under henvisning til at det ikke fremgikk av arbeidsavtalen at han hadde en slik plikt. Arbeidstakeren ble deretter sagt opp.

Domstolen måtte ta stilling til om plikt til overtidarbeid ble omfattet av direktivet 91/533/EØF art. 2 annet punkt bokstav i. Arbeidsavtalen regulerte kun den ukentlige arbeidstid som var på førti timer. Domstolen kom til at de spesielle krav til arbeidsavtalen ikke regulerer plikt til overtidarbeid på grunn av at arbeidsgivers informasjonsplikt etter denne bestemmelse var begrenset til den ”normale” arbeidsdag eller arbeidsuke. Domstolen mente imidlertid at arbeidsgiver likevel pliktet å opplyse arbeidstaker om overtidarbeid med hjemmel i artikkel 2 punkt 1 som fastslår at arbeidsgiver plikter å informere om ”hovedinnholdet” i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet. Domstolen mente dessuten at det var tilstrekkelig til at kravet var oppfylt at det i arbeidsavtalen ble henvist til lov, forskrift eller tariffavtale.

Av dommen kan det således sluttet at arbeidsgivers rett til å pålegge overtidarbeid er et slikt forhold som er av betydning for ”hovedinnholdet” i arbeidsforholdet, og arbeidsgiver må derfor skriftlig presisere plikten overfor arbeidstaker. Utover det som er avtalt kan arbeidstaker som utgangspunkt disponere tiden som han selv vil. Arbeidsgiver kan ikke kreve at arbeidstaker står tilgjengelig for ham til enhver tid.

For arbeidsgiver vil det ha betydning at arbeidstiden er avtalt skriftlig dersom arbeidstaker ikke møter på jobb uten grunn. Siden arbeidsgiver har ansvar for utforming av arbeidsavtalen

⁵⁵ NOU 2004:5 side 271.

⁵⁶ C-350-99, Lange-dommen.

vil han neppe reise krav mot arbeidstaker dersom han ikke har skriftlig dokumentasjon på hva som er avtalt. Dersom arbeidstid er avtalt skriftlig vil imidlertid arbeidsgiver kunne kreve erstatning for tap som følge av at arbeidstaker misligholder arbeidet, og eventuelt si opp eller avskjedige arbeidstaker hvis grunnene er tilstrekkelige.

4.12 Lengde av pauser

Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav k fastslår at arbeidsavtalen skal inneholde opplysninger om ”lengde av pauser”.

Bestemmelsen ble innført ved lovendring i 2005, og det oppstilles ikke noe tilsvarende krav i rådsdirektiv 91/533/EØF som ligger til grunn for bestemmelsen. Når kravet likevel er tatt med er det hensynet til arbeidstaker, og hans behov for kunnskap om hvilke rettigheter han har som har vært avgjørende, samt hensynet til etterprøvbarhet.

Ordlyden ”pause” taler for at arbeidstaker skal ha arbeidsfri, og ikke måtte være tilgjengelig for arbeidsgiver. Det skal være opp til arbeidstaker å bestemme på hvilken måte denne ønsker å benytte pausen.

I forarbeidene er det uttalt at for at pause skal anses å foreligge må den ”i tilstrekkelig grad ivareta arbeidstakernes behov for å hvile og spise”⁵⁷. Av teorien fremgår det i tillegg at Direktoratet for Arbeidstilsynet har gitt uttrykk for at pauser bør avpasses i forhold til arbeidstidens lengde og arbeidstakernes behov for å hvile og spise⁵⁸.

Forarbeidene gir videre uttrykk for at pausen skal regnes som fritid hvis arbeidstaker er ”helt fritatt for plikter og kan bruke pausen til f.eks. å forlate arbeidsstedet. Dersom arbeidstakeren er pålagt plikter i pausene, f.eks. slik at han må kunne ta telefoner, må pausen regnes som arbeidstid”⁵⁹. Pause fra arbeidet skal fortrinnsvis gis som fritid. Det må avgjøres konkret ut fra virksomhetens art om arbeidstaker fritt kan forlate arbeidsstedet i pausen, eller om han må

⁵⁷ NOU 2004:5 side 553.

⁵⁸ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 456.

⁵⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) side 62.

være tilgjengelig for å utføre visse plikter. I siste tilfelle skal arbeidstakeren ha betalt også den tid pausen varer.

Lovbestemmelsen i § 14-6 første ledd bokstav k bestemmer at ”lengde av pauser” skal oppgis i arbeidsavtalen. Av arbeidsmiljøloven § 10-9 første ledd, første punktum fremgår det at arbeidstaker har krav på minst en pause dersom den daglige arbeidstiden overstiger fem og en halv time. For arbeidstakere under atten år må arbeidstiden overstige fire og en halv time, jf. § 11-5. For voksne er det kun bestemt ved lov hvor lang pause som skal gis, dersom den daglige arbeidstid er minst åtte timer. Av § 10-9 første ledd annet punktum fremgår det at ”pausene skal til sammen være minst en halv time”. I tilfeller der arbeidstiden ikke er åtte timer om dagen, må arbeidstaker og arbeidsgiver i arbeidsavtalen bli enige om hvilke regler som gjelder.

En tolkning av ordlyden gir inntrykk av at det kun er lengden av pausene som skal oppgis i arbeidsavtalen. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at også plasseringen av pausene skal tas med i arbeidsavtalen⁶⁰. Arbeidsdirektoratet mente at pausen burde legges omtrent midt i arbeidstiden med et slingringsmonn i hver retning på en time⁶¹.

I motsetning til voksne, har arbeidstakere under atten år krav på sammenhengende pause såfremt det er mulig når den daglige arbeidstid overstiger fire og en halv time. Begrunnelsen er ifølge forarbeidene ”for å sikre at pausen kan nyttes til hensiktsmessig og effektiv hvile”⁶².

Dersom pausene er korte eller plasseres slik at det kan innebære uheldige fysiske eller psykiske belastninger, vil arbeidsmiljøloven § 10-2 første ledd kunne begrense arbeidsgivers og arbeidstakers adgang til å avtale seg imellom hvordan pausene skal gjennomføres.

Det er uansett viktig for partene å avtale lengde og plassering av pausene skriftlig slik at de får en oppfordring til å klargjøre hvorvidt arbeidstaker må være tilgjengelig eller ikke, samt at det er klare regler om lengden av pausene i løpet av arbeidsdagen. Både for arbeidstaker og

⁶⁰ NOU 2004:5 side 553.

⁶¹ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 436.

⁶² Ot.prp.nr.67 (1996-1997) side 20.

arbeidsgiver er det en fordel. Mange arbeidstakere kan ta flere og lengre pauser enn de har krav på, og dette vil da gå ut over virksomhetens effektivitet. Det er da viktig at arbeidsgiver har klare regler å vise til. Arbeidstakerne har også behov for å kunne påvise sine rettigheter. I noen yrker, særlig med mye fysisk aktivitet, er det særlig behov for at arbeidstakerne har klare regler angående rett til pauser. For eksempel er det nødvendig at håndverkere vet om ni - kaffen er betalt eller ikke, slik at det ved eventuell uenighet mellom partene kan bevises hva som er avtalt.

4.13 Avtale om særlig arbeidstidsordning, jf. § 10-2 andre, tredje og fjerde ledd

Av arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav l kreves i tillegg at det skal inntas ”avtale om særlig arbeidstidsordning, jf. § 10-2 andre, tredje og fjerde ledd”. Tilsvarende bestemmelse gjaldt ikke før loven ble endret i 2005, og gjelder heller ikke etter Rådsdirektiv 91/533/EØF.

Bestemmelsen fastslår at det skal opplyses i arbeidsavtalen om en arbeidstaker skal ha fleksible arbeidstidsordninger eller redusert arbeidstid. Partene vil da ha en skriftlig avtale å vise til dersom det skulle bli uenighet angående arbeidstidsordningen. På den annen side vil det nokså lett kunne bevises at arbeidstaker for eksempel har hatt fri annen hver fredag, men det vil være større terskel for å reise sak når det ikke foreligger noen skriftlig avtale.

En arbeidsgiver som ønsker å gjennomføre endringer i arbeidstidsordningen uten at disse blir gjennomført i en arbeidsavtale, kan bare gjøre det hvis partene er enige eller vilkårene for oppsigelse er til stede. På grunn av at arbeidsavtalen skal regulere arbeidstidens lengde og plassering, vil arbeidsgivers styringsrett begrenses. Arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstidens plassering må dermed vurderes konkret innenfor rammer i lov, tariffavtale og arbeidsavtale. Arbeidsgiver må i tillegg vurdere om eventuelle endringer er vesentlige og om det foreligger tilstrekkelig saklig grunn til å pålegge de aktuelle endringer⁶³. Hvis partene i skriftlig arbeidsavtale har avtalt adgang til å foreta endringer i arbeidstidsordningen vil det gi partene større forutberegnelighet og klarhet med hva de kan forvente seg, og dermed gi arbeidsgiver større styringsrett.

⁶³ Borgerud mfl; Arbeidsrett: Særlig om omstilling i offentlig sektor, side 138.

4.14 Opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet

Til slutt skal det etter arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav m tas med ”opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet. Dersom avtale er inngått av parter utenfor virksomheten skal arbeidsavtalen inneholde opplysninger om hvem tariffpartene er”.

Det er i denne sammenheng nok at det henvises til tariffavtaler som regulerer den enkelte arbeidstakers ansettelsesforhold, og ikke alle tariffavtaler arbeidstakeren kan bli berørt av⁶⁴. På denne måten kan partene lett skaffe seg kunnskap om hvilke regler som gjelder i arbeidsforholdet gjennom tariffavtale.

Den individuelle arbeidsavtale må ikke stride mot de tariffavtaler som gjelder mellom partene. Arbeidsavtalens krav vil i slike tilfeller være oppfylt ved at partene skriftlig henviser til tariffavtalen, og eventuelt utfyller denne innenfor tillatte rammer, jf. § 14-6 annet ledd. For det tilfelle at det skulle være motstrid mellom tariffavtalen og den individuelle avtale vil tariffavtalen gå foran, jf. arbeidstvistloven § 3 nr.3.

4.15 Informasjon i bokstavene g til k kan gis ved henvisning til lover, forskrifter eller tariffavtaler som regulerer disse forholdene

Bestemmelsen i § 14-6 annet ledd fastslår at det vil være tilstrekkelig å henvide til lov, forskrift eller tariffavtaler som regulerer forholdene i bestemmelsens bokstav g til k. Disse bokstavene regulerer forhold som gjerne vil være felles for de fleste arbeidstakere i arbeidsforholdet, slik at arbeidsgiver ofte anvender samme regler for alle. Arbeidstaker vil ikke ha behov for at disse forhold konkret avtales i arbeidsavtalen, så lenge rettighetene kan etterprøves, og følger av tilgjengelige kilder.

Når det henvises til en lov, forskrift eller tariffavtale vil disse kildene kunne endres med tiden. Et spørsmål som da kan oppstå er om henvisningen viser til den lov, forskrift eller tariffavtale

⁶⁴ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 638.

som gjaldt ved inngåelsen av arbeidsavtalen, eller om det vil være gjeldende rett som er bestemmende for arbeidsavtalens innhold.

Svaret må være at henvisningen vil gjelde den til enhver tid gjeldende bestemmelse, med mindre annet er avtalt, og lovlig⁶⁵. Det betyr at bestemmelsene som den individuelle arbeidsavtale henviser til må følge den alminnelige utvikling i samfunnet, og dersom det har skjedd endringer i ettertid er det gjeldende rett som avgjør. For eksempel hvis reglene om oppsigelsesfrister endres. Det vil være praktisk og ressursbesparende at henvisningen omfatter gjeldende rett fordi arbeidsavtalen dermed til enhver tid vil samsvare med gjeldende rett, uten at partene må gå inn i hver enkelt arbeidsavtale og henwise til denne.

Dersom tariffavtalen er svært utfyllende vil det begrense arbeidsgivers og arbeidstakers adgang til å avtale supplerende bestemmelser. Begrunnelsen er at supplerende kun kan skje innen rammene for tariffavtalen. I motsatt fall vil partene ha stor avtalefrihet.

4.16 Andre forhold som det kan være hensiktsmessig å regulere i arbeidsavtalen

Arbeidsgiver kan i enkelte tilfeller ha behov for å ta med bestemmelser i arbeidsavtalen om andre forhold enn de som arbeidsmiljøloven fastsetter. Det kan for eksempel være angående hvilke goder arbeidstaker skal ha tilgang til. I tillegg kan det være praktisk å ta med en bestemmelse om arbeidsgivers adgang til å gjennomføre kontrolltiltak. Sistnevnte kan det også være praktisk å ta med i en eventuell tariffavtale, men for arbeidstakers del kan det være en fordel at reglene heller fremgår av den individuelle arbeidsavtale. I tillegg er ikke alle arbeidstakere omfattet av tariffavtaler.

For at arbeidsgiver skal kunne gjennomføre kontrolltiltak må det foreligge saklig grunn, og det må ikke medføre noen uforholdsmessig belastning for arbeidstaker. Tiltakene skal sikre at arbeidstakerne utfører arbeidet på den måten som forutsettes, og opptrer innen rammene for avtaleforholdet.

⁶⁵ Jakhelln og Aune; kommentarer til arbeidsmiljøloven, side 674.

Eksempel på slike kontrolltiltak kan være arbeidsgivers rett til å overvåke virksomheten, kontrollere datautstyr, innsyn i e-post, helsemessige undersøkelser, kontroll ved inn- og utpassering av virksomhetens område. Når arbeidsgiver tar med bestemmelser om adgang til kontroll vil arbeidstaker få klare og forutsigbare regler og forholde seg til. Arbeidsgiver sikrer seg samtidig større adgang til kontroll, enn hvis ikke noe var regulert.

5. Skriftlighet som gyldighetsbetingelse

5.1 Prøvetid

I enkelte tilfeller er skriftlighet et materielt vilkår for at en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker skal stå seg.

Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav f oppstiller krav om at ”eventuelle prøvetidsbestemmelser, jf. § 15-3 sjuende ledd og § 15-6”⁶⁶ skal inntas i arbeidsavtalen. I rådsdirektiv 91/533/EØF er det imidlertid ikke inntatt noe tilsvarende krav. Bestemmelsene om prøvetid vil være et viktig punkt i arbeidsavtalen, og det er av stor betydning for begge parter at reglene er klare. Arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd hjemler skriftlighet som vilkår for at prøvetid kan gjøres gjeldende, og av § 15-6 tredje ledd fremgår det at maksimal prøvetid er seks måneder. Dersom avtale om prøvetid ikke er inngått skriftlig, kan bestemmelsene altså ikke gjøres gjeldende.

Adgang til å avtale prøvetid er begrunnet i arbeidsgivers behov for å kunne prøve arbeidstakers egnethet i arbeidet. Avtale om prøvetid innebærer at partene har kortere oppsigelsestid, og at arbeidstaker har et svakere vern. Begrunnelsen for at prøvetiden må være avtalt skriftlig er arbeidstakers behov for forutberegnelighet. Det vil ramme arbeidstakeren hardere å bli sagt opp med kun fjorten dagers varsel jf. § 15-3 sjuende ledd, enn med en måned jf. § 15-3 første ledd, og derfor kreves det skriftlig avtale om dette.

Det er bare de særlige regler om oppsigelse og oppsigelsesfrist i prøvetiden partene må ta med i arbeidsavtalen, jf. § 14-6 første ledd bokstav f jf. § 15-3 sjuende ledd og § 15-6. De øvrige

⁶⁶ Se også Ot.prp.nr.50 (1993-1994) side 160.

prøvetidsvilkår, som for eksempel arbeidsgivers særlige opplæringsplikt i perioden, trenges ikke tas med i selve arbeidsavtalen.

Arbeidsmiljøloven § 15-6 fjerde ledd bestemmer at ”dersom arbeidstaker har vært fraværende fra arbeidet i prøvetiden, kan arbeidsgiver forlenge den avtalte prøvetiden med en periode som tilsvarer lengden av fraværet”. For at det skal være aktuelt må arbeidsgiver ha orientert arbeidstaker skriftlig om adgangen til forlengelse ved ansettelsen, samt gitt skriftlig orientering innen utløpet av prøvetiden om at forlengelse vil skje. Ordlyden ”fraværende” må tolkes slik at ethvert fravær er tilstrekkelig til å utvide prøvetiden. I forarbeidene⁶⁷ er det imidlertid lagt til grunn at sykdom som kan kreves forlenget prøvetid av, må være av en viss varighet.

Det vil således være avgjørende for om prøvetiden ved arbeidstakers fravær kan utvides eller ikke, at adgang til utsettelse er avtalt skriftlig. Dersom utvidelsesadgang kun er avtalt muntlig, har arbeidsgiver ingen adgang til dette.

I tillegg vil det særlig for arbeidstaker være av betydning at prøvetiden er avtalt skriftlig slik at en vet tidspunktet for når prøvetiden begynner, og hvor lenge arbeidsgiver kan bestemme at prøvetiden varer. I praksis syndes det ofte mot dette ved at arbeidsgiver fastsetter lenger prøvetid enn det som er tillatt⁶⁸.

Det fremgår ikke noe av arbeidsmiljøloven § 15-6 om når avtale om prøvetid må være inngått. Bestemmelsen fastslår kun at betingelsene ved prøvetid bare gjelder når arbeidstakeren ”er ansatt på en bestemt prøvetid”. Heller ikke av forarbeidene eller rettspraksis følger det noe om dette. I teorien er det ulike oppfatninger om når avtalen senest må være inngått. Fougner⁶⁹ hevder at prøvetiden må være avtalt ”før eller i alle fall i forbindelse med tiltredelsen”, mens Dege⁷⁰ hevder at prøvetiden må være avtalt skriftlig ”før prøvetidens utløp og før oppsigelsen finner sted”. Formålet med bestemmelsen tilsier imidlertid at vilkåret må være avtalt før eller i alle fall i forbindelse med tiltredelsen, slik at arbeidstaker oppnår best mulig forutberegnelighet.

⁶⁷ Ot.prp.nr.50 (1993-1994) side 161 flg.

⁶⁸ I følge samtale med Arbeidstilsynet Nord-Norge.

⁶⁹ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 197.

⁷⁰ Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 72.

5.2 Konkurransesklausuler

Skriftlighet er også et vilkår for at en konkurransesklausul kan gjøres gjeldende overfor arbeidstaker. Konkurransesklausuler er bestemmelser i arbeidsavtalen som oppstiller forbud for arbeidstaker mot å begynne i konkurrerende virksomhet en viss tid etter at ansettelsesforholdet er opphørt⁷¹. Klausulene kan også omfatte bestemmelser om taushetsplikt, forbud mot å rekruttere medarbeidere og lignende.

Også her er kravet til skriftlighet begrunnet i arbeidstakers behov for forutberegnelighet angående forhold som kan påvirke og begrense adgang til arbeid ved senere arbeidsforhold. Arbeidsgiver vil ha behov for å sikre notoritet omkring det forhold at arbeidstaker ikke kan begynne i konkurrerende virksomhet. Etter avtaleloven § 38 er ikke konkurransesklausuler uten videre gyldige. Dersom klausulen ”urimelig innskrenker hans adgang til erhverv eller maa anses for at strække sig længer end paakrævet for at verne mot konkurranse” jf. avtaleloven § 38 første ledd er klausulen ikke gyldig.

I vurderingen av om konkurransesklausulen er gyldig eller ikke må det blant annet tas hensyn til hvor lenge konkurransesklausulen skal gjelde, hvilket omfang den skal ha, i hvor lang tid arbeidsgiver kan gjøre den gjeldende, om det skal betales noe vederlag i den tiden konkurransesklausulen gjelder, og ansettelsesforholdets varighet. Desto kortere ansettelsesforhold, desto mer skal det til for at en klausul kan gjøres gjeldende. I tillegg må arbeidsgivers virksomhet være av en slik art at konkurranseforbud er påkrevd og rimelig⁷².

Konkurransesklausuler er som hovedregel ikke gyldige for ansatte i underordnede stillinger, jf. avtaleloven § 38 annet ledd. Unntak gjelder dersom stillingen gir den ansatte ”indblik i innehaverens kundekreds eller forretningshemmeligheter, og han derhos kunde benytte dette indblik til i betydelig grad at skade innehaveren”. Da vil konkurransesklausulen kunne gjøres gjeldende, så fremt den ikke i ”urimelig grad” vil vanskeliggjøre arbeidstakers adgang til nytt arbeid eller den strekker seg lengre enn påkrevd for å verne mot konkurranse. Som eksempel kan nevnes advokater på mindre steder som skifter arbeidsplass til et annet advokatfirma eller starter for seg selv. Arbeidsgiver vil normalt da oppstille en konkurransesklausul om for

⁷¹ Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, side 320.

⁷² Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 260.

eksempel forbud mot å ta med tidligere klienter til eventuelt nytt arbeidssted, uten at partene er enige om det, eller kunden selv ber om å følge med advokaten.

Arbeidsgiver må gjøre konkurranseklausulen gjeldende innen en avtalt frist for at den skal være gyldig, jf. Rt 1990 side 607. Dersom arbeidstakeren blir oppsagt uten rimelig grunn eller arbeidstaker har sagt opp fordi arbeidsgiveren har gitt rimelig grunn til det ved å unnlate å oppfylle sine forpliktelser vil imidlertid konkurranseklausulen bortfalle⁷³.

Dersom konkurranseklausulen ikke er begrunnet i konkurransemessige hensyn, men eksempelvis som garanti for arbeidstakerens gjeld hos arbeidsgiver, kan denne settes til side som ugyldig⁷⁴. Det er derfor av betydning at konkurranseklausulen er skriftlig slik at arbeidstaker vet hva hensikten med klausulen er.

En arbeidstaker som bryter konkurranseklausulen kan bli erstatningsansvarlig. Arbeidsgiver kan dessuten begjære midlertidig forføyning for å få stoppet overtredelsen, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 15-1.

⁷³ Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, side 320, samt Rt 2006 side 1025.

⁷⁴ Dege; Arbeidsrett: Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, side 261.

6. Endringer i arbeidsforholdet, jf. arbeidsmiljøloven § 14-8

6.1 Generelt

Arbeidsavtaler kan på samme måte som alle andre avtaler endres ved at ny avtale inngås. Arbeidsmiljøloven § 14-8 bestemmer at ”endringer i arbeidsforholdet som nevnt i §§ 14-6 og 14-7 skal tas inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at endringene trådte i kraft. Dette gjelder likevel ikke dersom endringene i arbeidsforholdet skyldes endringer i lover, forskrifter eller tariffavtaler, jf. § 14-6 andre ledd og § 14-7 andre ledd”. Bestemmelsen viderefører den tidligere bestemmelsen § 55 D i arbeidsmiljøloven av 1977, og bygger på Rådsdirektiv 91/533/EØF artikkel 5.

Ordlyden ”endringer” taler for at alle endringer i arbeidsavtalen må nedfelles skriftlig. Dette samsvarer med rådsdirektiv artikkel 5 som uttrykkelig slår fast at ”enhver endring” i artikkel 2 nr. 2 og artikkel 4 nr. 1 skal skriftliggjøres.

I mange tilfeller kan det virke unødvendig og formalistisk at hele arbeidsavtalen skal måtte endres på grunn av enhver liten endring, som for eksempel endring av stillingstittel eller tidspunkt for arbeidets begynnelse, jf. § 14-6 første ledd bokstav c og d.

I forarbeidene har imidlertid kommunal- og arbeidsdepartementet uttalt at det er ”av vesentlig betydning at større endringer i arbeidsforholdet gjenspeiles i arbeidsavtalen. Kommunal- og arbeidsdepartementet finner det uhensiktsmessig å skille mellom vesentlige og mer ubetydelige endringer i arbeidsforholdet i denne sammenheng”⁷⁵. Begrunnelsen er at arbeidsavtalen skal gjenspeile arbeidsforholdet slik det er til enhver tid, og sikre at arbeidstaker får opplysninger om endringer som gjøres. For at det skal skje må alle endringer nedfelles i en skriftlig arbeidsavtale. Forarbeidene forutsetter imidlertid at ”endringer kan framgå av særskilt vedlegg til en allerede eksisterende arbeidsavtale”⁷⁶.

⁷⁵ Ot.prp.nr.78 (1993-1994) side 12.

⁷⁶ Op.cit. side 12.

Det er ikke nødvendig å ta inn i arbeidsavtalen endringer som følge av forandringer i lov, forskrift eller tariffavtale som det henvises til i arbeidsavtalen. Såfremt ikke noe annet fremgår av arbeidsavtalen, skal de til enhver tid gjeldende regler gjelde⁷⁷.

6.2 Arbeidsgivers adgang til å ensidig endre arbeidsavtalen

6.2.1 Hovedregel

Bestemmelsen i § 14-8 regulerer bare de formelle sidene når en arbeidsavtale skal endres, og ikke spørsmålet om det materielt sett er adgang til endringer. Slik bestemmelsen er utformet vil arbeidsgiver fritt kunne endre avtalens innhold, uavhengig av om arbeidstaker er enig eller ikke. Som eksempel kan nevnes hvis det i arbeidsavtalen er bestemt at arbeidstaker skal disponere bærbar pc som tilhører virksomheten på fritiden, så har arbeidsgiver rett til å bestemme at denne rettigheten ikke lenger skal tilligge arbeidstaker, såfremt endringen skjer skriftlig.

Bestemmelsen begrenses imidlertid av de skranker som settes for arbeidsgivers styringsrett, som følge av lov, forskrifter, tariffavtale og arbeidsavtalen mellom partene. Styringsretten er den restkompetanse som gjenstår etter at begrensninger i de nevnte kilder samt alminnelige saklighetsnormer er gjennomgått.

Utgangspunktet er at den ene part i et avtaleforhold ikke fritt kan endre innholdet i avtalen, uten at den annen part er enig. I juridisk teori ble dette uttrykt av Kristen Andersen som at arbeidsgiver ”ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsforhold på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med”⁷⁸. Innenfor de rammer som settes i arbeidsavtalen kan arbeidsgiver imidlertid på egen hånd gjøre visse endringer. I vurderingen av hvilke endringer som kan gjennomføres er hensynet til arbeidstaker tillagt avgjørende betydning.

⁷⁷ Fougner og Holo; Arbeidsmiljøloven kommentarutgave, side 643.

⁷⁸ Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 251.

Når en skal ta stilling til hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å foreta endringer i arbeidsforholdet eller ikke, beror det først og fremst på en tolkning av ordlyden i arbeidsavtalen. I tillegg må en blant annet se på utlysningsteksten, arbeidsgivers tilbud og arbeidstakers aksept av stillingen, partenes forutsetninger ved avtaleinngåelsen, sedvaner i bransjen, praksis i virksomheten og hva som er rimelig i lys av samfunnsutviklingen⁷⁹.

Det er likevel ikke slik at arbeidstaker for all fremtid er beskyttet ved at det er gitt presise bestemmelser i arbeidsavtalen⁸⁰. Dersom en endring er saklig begrunnet i virksomhetens behov kan det likevel i noen utstrekning gjennomføres endringer i arbeidsavtalen. Arbeidsgiver kan ikke til enhver tid bli bundet opp av en avtale, uten hensyn til utviklingen. Dette ville verken være effektivitetsmessig eller økonomisk hensiktsmessig.

Et spørsmål som kan stilles er om omorganisering i virksomheten kan begrunne at en betingelse i arbeidsavtalen må endres. Spørsmålet ble drøftet i Rt 1981 side 166. I denne saken var en professor fratatt sin funksjon som bestyrer av en selvstendig instituttavdeling. Partene var uenige om funksjonen som bestyrer var en rettighet som fulgte arbeidsavtalen eller ikke. Høyesterett uttalte i denne sammenheng på side 174 at ” uansett avtale eller ikke må det til «avtalen» ha vært knyttet en klar forutsetning om at den ikke skulle stå seg overfor endringer i organisasjonsstrukturen”. Uttalelsen kan tolkes i den retning av at selv om en arbeidstaker er ansatt for å utføre bestemte arbeidsoppgaver, vil ikke en slik bestemmelse uten videre stå seg overfor omorganiseringer. Det er det konkrete behov i virksomheten som er avgjørende.

Dersom arbeidsgiver gjør flere små endringer over tid, må endringene vurderes samlet i forhold til arbeidsavtalens innhold. Reelle hensyn tilsier at de samme regler må gjelde selv om endringene er små og over lengre tid, ellers ville det bli for lett å omgå reglene. Dette krever imidlertid at arbeidstaker følger med og påberoper at endringene er oversteget arbeidsgivers adgang til endringer i forhold til arbeidsavtalens innhold. I tillegg til at arbeidsområdets

⁷⁹ Rt 2000 side 1602, Nøkk- dommen, og Borgerud mfl; Arbeidsrett: særlig om omstilling i offentlig sektor, side 128.

⁸⁰ Borgerud mfl; Arbeidsrett: særlig om omstilling i offentlig sektor, side 128.

grunnpreg ikke må bli vesentlig endret, er det et vilkår at enhver endring og omorganisering av arbeidet må være saklig motivert⁸¹.

Videre vil jeg se på enkelte problemstillinger som knytter seg til arbeidsgivers adgang til å endre arbeidsforholdet innen rammen av arbeidsavtalen.

6.2.2 Stillingens innhold

Det kan stilles spørsmål ved hvor omfattende endringer arbeidsgiver selv kan gjøre i stillingens innhold. Som nevnt er utgangspunktet hva som er avtalt, herunder eventuell stillingsinstruks. Det avgjørende er også her at arbeidsforholdets grunnpreg ikke må bli vesentlig endret⁸². Utgangspunktet er derfor at arbeidsgiver har noenlunde vid adgang til å foreta endringer i arbeidets innhold så lenge det er overføring til annet lignende arbeid, eller arbeid av samme karakter som tidligere avtalt⁸³. Som eksempel kan nevnes at en personlig kunderådgiver blir flyttet til en avdeling der kunderådgivningen skjer over telefon.

Spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å endre stillingens innhold ble vurdert i Rt 2000 side 1602, Nøkk- dommen. To utdannede skipsmaskinister ble ansatt som maskinister på Stavanger kommunes brannbåt med lønn og grad som brannmestere. De hadde tidligere vært ansatt en stund som brannkonstabler i kommunen. Saken gjaldt spørsmålet om kommunen med hjemmel i styringsretten kunne bestemme at arbeidstakerne skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Høyesterett uttalte på side 1609 at ”spørsmålet må avgjøres på grunnlag av en tolking og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler. Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått”. Høyesterett kom til at integreringen av maskinistene på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke ville medføre ”ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver”, selv om hovedoppgaven fortsatt ville bestå i å være maskinister på Nøkk. Arbeidstakerne ville få en økning i omfang av tilleggsoppgaver, ikke få oppgaver som tilsvarer graden som brannmestere og tilknytningen til

⁸¹ Jf. Rt 2001 side 418, Kårstø-dommen, hvor det ble uttalt at styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer, samt: <http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=328>

⁸² Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, side 251.

⁸³ Borgerud mfl; Arbeidsrett: særlig om omstilling i offentlig sektor, side 134.

B/S Nøkk ville totalt sett bli fjernere. Likevel godtok Høyesterett at arbeidsgiveren kunne foreta endringen, da endringene ikke var større enn at arbeidstakerne måtte akseptere disse. Høyesterett pekte også på at mannskapets arbeidsoppgaver heller ikke tidligere har vært begrenset til oppgaver som knytter seg til driften av båten.

Dommen illustrerer at det i praksis er blitt godtatt ganske betydelige endringer i arbeidsinnholdet, som følge av arbeidsgivers behov. Høyesterett la dog i vurderingen også vekt på at arbeidsoppgavene i praksis var utvidet i forhold til den skriftlige arbeidsavtalens innhold. Dette innebærer at det som var skriftlig avtalt til en viss grad måtte stå tilbake for praksis.

I NAD 1987 side 415 fra Tromsø byrett ble også spørsmålet behandlet. Arbeidsavtalen inneholdt i dette tilfellet en bestemmelse om at arbeidstakeren kunne settes til annet arbeid. Dette vil i utgangspunktet innebære at arbeidsgiver kan gjøre større endringer i stillingens innhold. Arbeidsgiver ønsket å overføre arbeidstakeren fra stilling som sjåfør til arbeid som ekspeditør. Byretten kom imidlertid her til at bestemmelsen ikke ga grunnlag for slik overføring på grunn av at stillingene var grunnleggende ulike og det samme var arbeidsoppgavene. Dommen illustrerer at selv om det skriftlig er avtalt at arbeidsgiver kan sette arbeidstaker til annet arbeid, må en i vurderingen legge avgjørende vekt på at stillingens grunnpreg ikke må bli vesentlig endret. Dommen kan imidlertid bare tillegges begrenset verdi som rettskildedefaktor ettersom den er avsagt i en underrett.

6.2.3 Arbeidsplassen

Arbeidsavtalen vil ofte i forbindelse med kravet til arbeidsplassen i § 14-6 første ledd bokstav b inneholde reservasjonen ”for tiden” eller ”arbeidstaker kan flyttes etter virksomhetens behov” og lignende. I dette ligger det en forutsetning om at arbeidstaker til en viss grad må finne seg i at arbeidsgiver endrer arbeidsstedet. Det vil være en tolkning av avtalen, sammenholdt med stillingens grunnpreg som må være avgjørende. Når en slik reservasjon er tatt inn i avtalen har arbeidstaker oppfordring til å tenke over og eventuelt motsette seg en slik bestemmelse, og arbeidsgiver må derfor ha større adgang til endring enn om bestemmelsen ikke var inntatt.

Til illustrasjon ble spørsmålet om arbeidsgivers adgang til endring av arbeidsstedet drøftet i Rt 2001 side 418, Kårstø-saken. Saken gjaldt spørsmålet om hvor på Kårstøs anleggsområde arbeidstakerne pliktet å være ved arbeidsforholdets begynnelse og slutt i forbindelse med at arbeidsgiver endret fremmøtested. Endringene i fremmøtestedet medførte en endring på cirka 20-25 minutter lengre reisetid hver dag. I arbeidsavtalene var arbeidsstedet angitt som "Kårstø" eller "Statoil Nord-Rogaland". I utlysningene var Kårstø angitt som arbeidssted. Høyesterett uttalte på side 427 at "Det følger da av styringsretten at Statoil innenfor de rammer lovgivningen og avtaler oppstiller, har rett til å fastsette det fremmøtested hvor arbeidstakerne skal stå til disposisjon for å utføre arbeidsoppgavene". Dersom arbeidsstedet ikke hadde vært avtalt skriftlig ville arbeidstakerne neppe motsette seg endringen da det ville blitt ord mot ord, og dermed kunne tvisten kanskje vært unngått. På den annen side gjelder avtalen like fullt om den er muntlig eller skriftlig, slik at det kun vil være av bevismessig betydning hva som er avtalt.

Dersom arbeidsavtalen fastsetter arbeidsstedet til Oslo, kan arbeidsgiver neppe ensidig flytte arbeidstakeren til Tromsø da styringsretten er begrenset av arbeidsavtalen. Hvis arbeidsavtalen åpner for at arbeidsstedet kan flyttes geografisk, må det foretas en konkret helhetsvurdering av hvor lang avstand det er tale om, arbeidsgivers behov og hvilke ulemper som oppstår for arbeidstakeren⁸⁴. Her kan også forventningene ved avtaleinngåelsen være et moment. En arbeidstaker som blir ansatt etter at det er oppstått spørsmål om flytting vil antakeligvis ikke være like beskyttelsesverdig som en arbeidstaker som er ansatt før spørsmålet om flytting ble aktuelt. Arbeidsgiver vil normalt gjøre arbeidstakeren oppmerksom på flyttingen og avtale eventuell mulighet for flytting med arbeidstakere som ansettes etter at flytting ble aktuelt, og på denne måten forsøke å unngå konflikt.

Det kan også tenkes at det fremgår av arbeidsavtalen at den ansatte ikke plikter å følge med dersom virksomheten flytter til et annet sted i landet. Spørsmålet blir da hvordan dette forholder seg til den ansattes rett til arbeid etter arbeidsavtalen. Under forutsetning av at flyttingen er begrunnet i virksomhetens behov, for eksempel driftsmessige eller økonomiske hensyn må dette være avgjørende, og arbeidstaker kan da sies opp.

⁸⁴ <http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=328>

Spørsmålet om endring av arbeidssted ble også berørt i LH 1997 side 817. Arbeidsoppgavene til en kontormedarbeider ble overført fra Svolveværd til Leknes, som utgjorde ca 138 km lengre kjøring hver dag for arbeidstaker, og 2,5 timers reisetid mot tidligere 20 minutter. Endringen var særlig en byrde for arbeidstaker da hun hadde omsorgen for to barn, hvor den yngste var cirka ett år. I arbeidsavtalen var det avtalt at "Innenfor rammen av tariff/arbeidsavtale og arbeidsreglement har arbeidsgiveren, når forholdene gjør det nødvendig, rett til å sette arbeidstakeren til annet arbeid enn det som er nevnt ovenfor." Videre fremgikk det av bedriftens ansettelses- og permisjonsreglement § 4 første og annet ledd om ansettelsesvilkår at "arbeidstakeren må finne seg i forandringer i sitt arbeidsområde/arbeidssted og eventuell instruks når dette er saklig begrunnet."

Lagmannsretten kom til at endringen under tvil lå innenfor styringsretten. Det ble vist til ansettelsesreglementet som var gjort til en del av arbeidsavtalen, hvor det sto at arbeidsgiver kunne påby den ansatte å finne seg i endret arbeidssted "når dette er saklig begrunnet". Det var i dette tilfellet viktig for arbeidsgiver at det skriftlig var avtalt adgang til endring av arbeidssted. Dersom det kun hadde vært avtalt muntlig, ville det skapt større usikkerhet angående hvorvidt arbeidsgiver kunne gjort endringen, særlig med tanke på arbeidstakers behov for forutberegnelighet. Igjen ville det være av størst bevismessig betydning, ettersom avtalen gjelder mellom partene uavhengig av på hvilken måte den er inngått.

6.2.4 Endringer i lønn

Når det gjelder arbeidstakers lønn ivaretas hensynet til notoritet ved at størrelsen av lønnsutbetalingen fremgår av begge parters bankkonto, samt lønsslipp. Arbeidsgiver kan ikke uten særlige grunner sette ned lønnen. Eksempel på at lønnen kan nedsettes er hvis det har vært utbetalt lønn etter feil lønnsnivå slik at arbeidstaker åpenbart har fått for mye lønn, og måtte skjønne det. Arbeidsgivers adgang til lønnstrekk må da være avtalt etter arbeidsmiljøloven § 14-15 annet ledd bokstav c.

Det er ikke uvanlig at det avtales frynsegoder som for eksempel fri telefon, hjemmekontoroppkopling, fri avis, barnepass og lignende. I offentlig sektor vil ofte slike

goder være innført som en ”administrativ” ordning, og det må da ifølge teorien⁸⁵ antas at arbeidsgiver har forbeholdt seg retten til å endre eller fjerne godene. I privat sektor vil imidlertid arbeidsgiver måtte holde seg til avtalen, og dersom arbeidsgiver ikke ønsker å gi frynsegoder lenger må arbeidstaker være enig, eller avtalen må sies opp med saklig grunn⁸⁶. Dersom rett til goder ikke fremgår skriftlig vil arbeidsgiver lettere kunne bortta de, uten at arbeidstaker tør å protestere.

7. Sanksjoner som følge av at arbeidsmiljøloven §§ 14-5 følgende ikke er overholdt

Arbeidsmiljøloven § 14-5 bestemmer at det ”skal” inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold. Det er derfor naturlig å se på hvilke konsekvenser unnlatt overholdelse av kravet kan få for arbeidsgiver.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 18-6 første ledd at Arbeidstilsynet kan pålegge arbeidsgiver å utarbeide utkast til skriftlig arbeidsavtale, jf. §§ 14-5 følgende. Pålegget kan imidlertid neppe stilles ut over de minstekrav som oppstilles i loven⁸⁷. Pålegget skal gis skriftlig, og det skal settes en frist for når det skal være utført, jf. arbeidsmiljøloven § 18-6 annet ledd første punktum.

Videre kan unnlattelse av arbeidsmiljølovens krav til skriftlig arbeidsavtale medføre at ”arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten ” kan straffes etter § 19-1 første ledd. Ved avgjørelsen av hvem som er arbeidsgiver må det på samme måte som i § 14-6 ses hen til arbeidsmiljøloven § 1-8. I første omgang må det antas at arbeidsgiver etter pålegg fra Arbeidstilsynet bør få en sjanse til å rette opp forholdet, før straff blir aktuelt.

Arbeidsmiljøloven § 19-1 forutsetter at det har skjedd overtredelse av bestemmelser i arbeidsmiljøloven, eller av pålegg som er gitt i medhold av loven. Overtredelsen må dessuten være forsettlig eller uaktsom, og straffen vil normalt være bøter eller fengsel i inntil tre måneder.

⁸⁵ Borgerud mfl; Arbeidsrett: særlig om omstilling i offentlig sektor, side 138.

⁸⁶ <http://www.homble-olsby.no/content.php?submenu=62612176&area=72414836>

⁸⁷ Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, side 235.

8. Oppsummering

Oppgaven illustrerer at det i de fleste tilfeller er ved uenighet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver at arbeidsavtalen har betydning. Arbeidsmiljøloven § 14-5 er ifølge rettspraksis en ordensregel, og ikke en regel av betydning for gyldigheten av avtalen. Dette innebærer at såfremt det kan bevises at det foreligger et arbeidsforhold vil partene ha de rettigheter og plikter som følger av avtale, lov og tariffavtale. Uten skriftlig avtale vil det imidlertid være vanskelig å bevise hva som er avtalt.

Arbeidsavtalen skal dessuten virke konfliktforebyggende, og sikre klare og forutsigbare regler for partene. Arbeidsmiljøloven §§ 14-5 følgende er oppstilt med tanke på arbeidstaker og dennes behov for vern, men kravet kan i mange tilfeller være vel så viktig for arbeidsgiver.

At arbeidsavtalen inngås skriftlig er særlig av betydning for arbeidsgiver ved avtale om prøvetid og konkurranseklausuler. Begrunnelsen er at skriftlighet i disse tilfeller er et vilkår for at avtalen er gyldig. Videre er det viktig at avtalen inngås skriftlig i forbindelse med midlertidige arbeidsforhold. I motsatt fall kan arbeidsgiver risikere at arbeidstaker påberoper fast ansettelse. I Rt 2007 side 129, uttalte Høyesterett uttrykkelig at manglende midlertidig avtale ikke uten videre ga rett til fast ansettelse, men at arbeidsgiver hadde bevisbyrden for at midlertidighet var avtalt, og hadde ansvar for at arbeidstakeren hadde klare regler rundt ansettelsesforholdet. Arbeidstakeren ble i denne saken ansett å være fast ansatt på grunn av arbeidsgivers manglende klargjøring av at ansettelsen kun var midlertidig.

Det vil også være viktig for arbeidsgiver at arbeidsoppgaver og arbeidssted avtales skriftlig. Ved at det oppstilles klare regler om hva som forventes utført av arbeidstaker, har arbeidsgiver rett til å kreve arbeidsresultat og vurdere oppsigelse dersom det er nødvendig. Arbeidsgiver kan utforme regler om arbeidsoppgaver og arbeidssted på en slik måte at det er mulighet for endringer i arbeidsforholdet.

Dersom arbeidsavtalen ikke er inngått skriftlig vil det dessuten være et lovbrudd som kan pådra arbeidsgiver ansvar etter arbeidsmiljøloven § 18-6 og § 19-1.

For arbeidstaker er det spesielt viktig at arbeidsavtalen inngås skriftlig for å ha klare regler om hvem han skal forholde seg til som arbeidsgiver ved en eventuell tvist. Også arbeidsstedet er det viktig at partene har skriftlig avtalt. Dersom det skriftlig fremgår hvor arbeidsstedet er, vil det begrense arbeidsgivers styringsrett, og arbeidstaker vil ikke presses til annet arbeidssted enn avtalt. Det er også viktig at partene skriftlig avtaler arbeidsoppgaver. På denne måten kan det ved uenighet etterprøves hva partene ble enige om.

Behovet for at arbeidsavtalen inngås skriftlig er størst i arbeidsforhold med løsere tilknytningsforhold som for eksempel servitører, og stillinger med omfattende arbeidsområder, som eksempelvis vaktmestere. Avtalen vil gjelde selv om den er muntlig, men en arbeidstaker kan snarere måtte føye seg etter arbeidsgivers påstander om hva som er avtalt. Til slutt er det av betydning at lønnen avtales skriftlig. Slik sikrer arbeidstaker at han mottar den lønnen som er avtalt.

Arbeidsgiver vil som følge av virksomhetens økonomisk situasjon, omorganisering eller annet kunne ha behov for å gjøre endringer som rammer arbeidstakerne. Endringene må komme til uttrykk i arbeidsavtalen. Hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å ensidig endre arbeidsforholdet beror på styringsretten. Denne begrenses av lov, tariffavtale og arbeidsavtale. Desto mer presise regler, jo mindre styringsrett har arbeidsgiver på egen hånd. Virksomhetens behov for endringer er et moment som domstolene i sin vurdering av arbeidsgivers ensidige adgang til å foreta endringer i arbeidsforholdet har tillagt økende vekt. Vesentlige endringer i arbeidsforholdets grunnpreg kan imidlertid ikke gjennomføres av hensyn til arbeidstaker, og vil derfor bli avgjørende i den totale helhetsvurdering.

9. Litteraturliste:

9.1 Litteratur

* Ingeborg Moen Borgerud, Anne Marie Due, Ragnhild Nordaas og Mona Næss; Arbeidsrett: særlig om omstilling i offentlig sektor, Universitetsforlaget, Oslo, 2007.

* Jan Tormod Dege; Arbeidsrett – rettigheter og plikter i arbeidsforhold, Minerva, Oslo, 2003.

*Jan Fougner; Arbeidsavtalen – utvalgte emner, Tano Aschehoug. 1999.

* Jan Fougner og Lars Holo; Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, Universitetsforlaget, Oslo, 2006.

* Jo Hov; Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I, Papinian, 3. utgave, Oslo, 2002

* Henning Jakhelln; Oversikt over arbeidsretten, N.W.Damm&Søn, 4.utgave, 2.opplag, Oslo, 2007.

* Henning Jakhelln og Helga Aune; Arbeidsrett.no, (kommentarutgave til arbeidsmiljøloven), N.W.Damm&Søn, Oslo, 2005.

* Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad; EØS-rett, Universitetsforlaget, 2.utgave, Oslo.

* Advokatene Storeng, Beck og Due Lund; Praktisk arbeidsrett, Tano Aschehoug, 2.utgave, 1996.

9.2 Forarbeider

* Ot.prp.nr.104 (1947)

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

* Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

* Ot.prp.nr.50 (1993-1994) Ot.prp.nr.90 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v - tillegg til 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.78 (1993-1994) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljøer sikkerhetsområdet som følge av EØS-avtalen og en tilleggsavtale til EØS-avtalen.

* NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

* Ot.prp.nr.67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

* Ot.prp.nr.77 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (arbeidsmiljøloven)

* 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.

* NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

* Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

9.3 Lover

* Lov 31. mai 1918 nr.4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, Avtaleloven.

* Lov 5. mai 1927 nr.1 om arbeidstvister; Arbeidstvistloven.

* Lov 17.juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv., Arbeidsmiljøloven.

* Lov 28. mars 1958 nr.4 om offentlige tjenestetvister, Tjenestetvistloven.

* Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie, Ferieloven.

* Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, Folketrygdloven.

* Lov 27.november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v., EØS-loven.

9.4 Rettspraksis

Avgjørelser i norsk rettsdende

* Rt 1965 side 360

* Rt 1981 side 166

* Rt 1985 side 290

* Rt 1990 side 607

* Rt 1990 side 903

* Rt 1993 side 954

- * Rt 2000 side 1602
- * Rt 2000 side 1800
- * Rt 2000 side 1811
- * Rt 2001 side 248
- * Rt 2001 side 418
- * Rt 2002 side 712
- * Rt 2004 side 53
- * Rt 2005 side 1395
- * Rt 2006 side 420
- * Rt 2006 side 1025
- * Rt 2007 side 129

Avgjørelser fra underrettene

- * NAD 1987 side 415
- * LH 1997 side 817

Avgjørelser fra EF-domstolen

- * C-253/96, Kampelmann-saken
- * C-350-99, Lange-dommen

9.5 Webadresser

<http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=328>

<http://www.homble-olsby.no/content.php?submenu=62612176&area=72414836>

<http://www.dagbladet.no/nyheter/2008/02/27/528202.html>, 28.februar 2008.

9.6 Samtale med Arbeidstilsynet Nord-Norge, 22.01.2008.