



Gerd Engelsrud

STYRING OG VERN
Arbeidsrett
i offentlig sektor

7. UTGAVE

Styring og vern

Gerd Engelsrud

Styring og vern

Arbeidsrett i offentlig sektor

ÇAPPELEN DÅMM AKADEMISK

© CAPPELEN DAMM AS, Oslo, 2022

ISBN 978-82-02-69948-2

7. utgave, 1. opplag 2022

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med Cappelen Damm AS er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

Illustrasjoner: Finn Graff

Omslagsdesign: Hanne Dahl / Cappelen Damm AS

Sats: Bøk Oslo AS

Trykk og innbinding: Livonia Print Sia, 2022

www.cda.no

akademisk@cappelendamm.no



Forord

Siktemålet med denne boka er å gi en helhetlig framstilling av arbeidsrett for kommuner og fylkeskommuner. Bøker på fagområdet arbeidsrett er det mange av – men de fleste er myntet på privat sektor. Bakgrunnen for dette arbeidet er mitt mangeårige tilsettingsforhold ved kommunalkandidatutdanningen ved Høgskolen i Oslo og min undervisning ved videreutdanninger i ledelse. Målgruppa er framtidige og nåværende ledere, personalmedarbeidere og fagforeningsrepresentanter i kommuner, fylkeskommuner og kommunale virksomheter.

Jeg har kalt boka *Styring og vern* nettopp for å betone at det er forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker denne boka handler om. Arbeidsgiver vil kunne oppleve arbeidsretten som en framstilling av hvilket rom for styring de juridiske reglene gir for en leder, mens arbeidstaker vil være opptatt av hvilket vern – hvilke rettigheter – vis-à-vis arbeidsgiversiden reglene gir.

I boka henviser jeg til aktuelle lovbestemmelser, tariffavtaler og personalhåndboka for kommunesektoren uten å gjengi disse i sin fulle tekst. Dette er derfor nødvendige hjelpemidler å ha tilgjengelig samtidig som boka leses. Det å tilegne seg dette fagstoffet handler i stor grad om å lære seg å bruke de skriftlige rettskildefaktorer som eksisterer.

I arbeidet med boka har jeg mange å takke – først og fremst alle de studentene som jeg har undervist i dette fagområdet og som gjennom sin interesse, sine innspill, spørsmål og eksempler har inspirert meg. Jeg takker Anne Grethe Gillebo, Anne Grønvold, Christine Lødrup, Eli Ellstrøm, Jostein Svensson og Anita Varsi Øien fra studentkullet ved kommunalkandidatutdanningen i 1999 for konkrete og nyttige tilbakemeldinger på manuset mitt, likeledes min tidligere kollega Andreas Rinnan og min mangeårige og nåværende kollega Gunnar Jahren. Min mann og tidligere kollega – Harald Stokkeland – takker jeg for kontinuerlige råd, illustrasjonsideer og spesielt for hans bidrag til bokas design. De fleste illustrasjonene er laget av Finn Graff, og jeg takker for en generøs holdning til det å kunne velge tegninger i hans arkiver. En helt spesiell takk retter jeg til Knut Ulleberg. Hans engasjement, hans erfaring med

konkrete problemstillinger og ikke minst hans oversikt over aktuelle dommer og ombudsmannsuttalelser er delt med meg på en unik måte.

Takken til Thelma, Mad og Bad kan jeg ikke sette ord på – den står mellom linjene.

Oslo, august 1999

Gerd Engelsrud

Forord til 2. utgave

2. utgave er hovedsakelig en ajourføring av endringer i aktuell lovgivning og tariffavtaler og en henvisning til nye aktuelle høyesterettsdommer. Denne utgaven er ajourført fram til oktober 2002.

Oslo, november 2002

Gerd Engelsrud

Forord til 3. utgave

3. utgave bygger på samme struktur som tidligere utgaver, men er i sitt innhold endret på flere punkter. Dette skyldes hovedsakelig ny arbeidsmiljølov av 17. juni 2005. I denne boka har jeg to helt nye kapitler: kapittel III om vern mot diskriminering og kapittel XIII om håndheving, tvister, tilsyn. Kapittel IV om styringsrett er også i stor grad omarbeidet i forhold til tidligere utgaver. Jeg har i dette kapitlet nå tatt med arbeidsgivers behandling av personopplysninger og arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak, foruten problematikken yringsfrihet/lojalitetsplikt ut fra arbeidet med å lovfeste regler på dette området. Flere aktuelle høyesterettsavgjørelser er innarbeidet, og jeg har skiftet ut en del underrettsdommer og uttalelser fra Sivilombudsmannen med nyere materiale.

I arbeidet med denne utgaven vil jeg rette en takk til Claudia Behrens for hennes mange og nyttige kommentarer knyttet til 2. utgave, som jeg nå har innarbeidet. En stor takk går til Kristin Midttun for inspirerende tilbakemeldinger på store deler av manuset, og til Gunnar Jahren for hans innspill spesielt knyttet til forvaltningsrettslige spørsmål.

Denne utgaven er ajourført fram til mai 2006.

Oslo, juni 2006

Gerd Engelsrud

Forord til 4. utgave

4. utgave er hovedsakelig en ajourføring av endringer i aktuell lovgivning og tariffavtaler og en henvisning til nye aktuelle høyesterettsdommer, avgjørelser i tvisteløsningsnemnda og uttalelser fra likestillings- og diskrimineringsnemnda og Sivilombudsmannen. Denne utgaven er ajourført fram til 15. juni 2009.

Oslo, juni 2009

Gerd Engelsrud

Forord til 5. utgave

5. utgave bygger på samme struktur som tidligere, men i denne utgaven har jeg i tillegg innarbeidet regler for statstjenestemenn med basis i tjenestemannsloven, hovedavtalen og hovedtariffavtalen for staten. Antall kapitler er det samme som før, men i hvert kapittel vil det være egne punkter for statlig sektor. Undertittelen på boka er derfor endret til Arbeidsrett i offentlig sektor. Kapittel III om diskriminering er omarbeidet i tråd med de nylig vedtatte diskrimineringslovene, som trer i kraft 1. januar 2014. Kapittel IV om styringsrett er noe omredigert i forhold til tidligere utgaver. For øvrig er 5. utgave stort sett en ajourføring av endringer i aktuell lovgivning og tariffavtaler og en henvisning til nye aktuelle høyesterettsdommer, avgjørelser i tvisteløsningsnemnda og uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda og Sivilombudsmannen. Denne utgaven er ajourført fram til 22. juni 2013.

Oslo, juni 2013

Gerd Engelsrud

Forord til 6. utgave

6. utgave bygger på samme struktur som 5. utgave. I hvert kapittel er det egne punkter for statlig sektor, hvor ny lov om statsansatte er innarbeidet i disse punktene. Loven om statsansatte med ikrafttreden 1. juli 2017 opphever tjenestemannsloven. Kapittel III om diskriminering er omarbeidet i tråd med den nylig vedtatte felles diskrimineringsloven, som trer i kraft 1. januar 2018. For øvrig er 6. utgave stort sett en ajourføring av endringer i aktuell lovgivning og tariffavtaler og en henvisning til nye aktuelle høyesterettsdommer, avgjørelser i tvisteløsningsnemnda og uttalelser fra likestillings- og diskrimi-

neringsnemnda og Sivilombudsmannen. I arbeidet med denne utgaven vil jeg spesielt takke min mangeårige kollega Gunnar Jahren. En mer dedikert leser av 5. utgaven finnes ikke, og hans forslag til endringer er forsøkt ivaretatt. Denne utgaven er ajourført fram til 15. august 2017.

Oslo, august 2017

Gerd Engelsrud

Forord til 7. utgave

7. utgave bygger på samme struktur som 6. utgave, med egne punkter for statlig sektor i hvert kapittel. Endringer i lovverket knyttet til fast og midlertidig ansettelse og varsling er innarbeidet. Det samme gjelder aktuelle bestemmelser i ny personopplysningslov. For øvrig er 7. utgave stort sett en ajourføring av endringer i aktuell lovgivning og tariffavtaler og en henvisning til nye aktuelle høyesterettsdommer, dommer fra Arbeidsretten, avgjørelser i Tvisteløsningsnemnda og Diskrimineringsnemnda og uttalelser fra Sivilombudet. I arbeidet med denne utgaven vil jeg spesielt takke min nære kollega Diego Praino. Hans entusiasme og samarbeidet vårt har vært helt uvurderlig i corona-tiden. Denne utgaven er ajourført fram til 1. september 2021.

Oslo, september 2021

Gerd Engelsrud

Innhold

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| Forord..... | 5 |
| I. Innledning..... | 19 |
| 1 Emneområde..... | 19 |
| 1.1 Arbeidsrett i offentlig sektor | 19 |
| 1.2 Individuell arbeidsrett..... | 21 |
| 1.3 Kollektiv arbeidsrett | 22 |
| 2 Arbeidsrettens rettskilder | 24 |
| 2.1 Rettslig metode | 24 |
| 2.2 Oversikt over rettskildefaktorene | 25 |
| 2.2.1 Aktuelle lover..... | 26 |
| 2.2.2 Lovens forarbeider | 28 |
| 2.2.3 Forskrifter..... | 29 |
| 2.2.4 Rettspraksis | 29 |
| 2.2.5 Tariffavtaler..... | 31 |
| 2.2.6 Arbeidsavtalen | 32 |
| 2.2.7 Reglement..... | 32 |
| 2.2.8 Praksis og rettsoppfatninger..... | 33 |
| 2.2.9 Internasjonale konvensjoner og EØS-avtalen ... | 34 |
| 2.2.10 Reelle hensyn/vurderinger..... | 36 |
| 2.3 Særlover og tariffavtaler for statlig sektor | 39 |
| 2.4 Oppsummering..... | 40 |
| 3 Begreper og særtrekk | 41 |
| 3.1 Arbeidstaker | 41 |
| 3.2 Arbeidsgiver | 45 |
| 3.3 Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet i staten | 46 |
| 3.4 Arbeidsgiverens styringsrett | 48 |
| 3.5 Vernehensynet | 48 |
| 3.6 Det kollektive preg..... | 49 |
| 4 Arbeidsrettsreglene i praksis..... | 50 |
| 5 Kort om den historiske utviklingen og arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 | 51 |
| 6 Kort om den historiske utviklingen av statsansatteloven..... | 54 |

| | | |
|------------|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| II. | Ansettelse | 57 |
| 1 | Innledning..... | 57 |
| 1.1 | Ansettelse i det offentlige | 57 |
| 1.2 | Faser i en ansettelsesprosess | 59 |
| 2 | Juridiske rammer i valget mellom søkere..... | 59 |
| 2.1 | Oversikt | 59 |
| 2.2 | Kvalifikasjonsprinsippet | 61 |
| 2.2.1 | Hva kvalifikasjonsprinsippet går ut på..... | 61 |
| 2.2.2 | Nærmere om saklighetskravet ved ansettelse | 65 |
| 2.3 | Fortrinnsrett..... | 72 |
| 2.3.1 | Fortrinnsrett etter nedbemanning | 73 |
| 2.3.2 | Fortrinnsrett for deltidsansatte | 76 |
| 2.3.3 | Prioritet og virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett..... | 84 |
| 2.4 | Positiv særbehandling | 85 |
| 3 | Utlysning av ledig stilling | 85 |
| 3.1 | Offentlig utlysning | 85 |
| 3.1.1 | Unntak | 88 |
| 3.2 | Utlysingens innhold og bindingseffekt | 89 |
| 4 | Behandling av søknader..... | 92 |
| 4.1 | Saksbehandlingsregler..... | 92 |
| 4.2 | Søkerlister og rett til å se dokumenter | 96 |
| 4.3 | Intervju og innhenting av referanser | 101 |
| 5 | Innstilling, uttalerett og ansettelse | 105 |
| 6 | Bindende kontrakt, formkrav og overprøving av et ansettelsesvedtak..... | 107 |
| 7 | Midlertidig ansettelse og innleie | 110 |
| 7.1 | Fast eller midlertidig ansettelse..... | 110 |
| 7.2 | Hensyn bak reglene om midlertidig ansettelse..... | 111 |
| 7.3 | Vilkår for midlertidig ansettelse..... | 112 |
| 7.3.1 | Arbeid av midlertidig karakter..... | 112 |
| 7.3.2 | Vikariat | 115 |
| 7.3.3 | Praksisarbeid og arbeidsmarkedstiltak | 118 |
| 7.3.4 | Idrettsarbeid, kunstnerisk arbeid og forskningsarbeid | 118 |
| 7.3.5 | Tidsbegrenset midlertidig ansettelse på generelt grunnlag | 119 |
| 7.3.6 | Åremål | 122 |
| 7.4 | Rettsvirkninger av ulovlig midlertidig ansettelse | 123 |
| 7.5 | Tre- og fireårsregelen | 125 |
| 7.6 | Formkrav og opphør av midlertidig ansettelse..... | 126 |

| | | |
|-------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 7.7 | Innleie av arbeidstakere | 128 |
| 7.7.1 | Innledning | 128 |
| 7.7.2 | Vilkår knyttet til aml. § 14-9 andre ledd bokstav a–e | 129 |
| 7.7.3 | Avtale med tillitsvalgte | 130 |
| 7.7.4 | Likebehandling av innleide arbeidstakere | 130 |
| 8 | Oppsummering | 131 |
| 9 | Ansettelse i staten | 132 |
| 9.1 | Kvalifikasjonsprinsipp og fortrinnsrett | 132 |
| 9.2 | Lovhjemlet kunngjøringsplikt | 133 |
| 9.3 | Saksbehandlingsregler om innstillingsorgan og ansettelsesorgan | 134 |
| 9.4 | Midlertidig ansettelse | 135 |
| III. | Vern mot diskriminering | 138 |
| 1 | Oversikt | 138 |
| 1.1 | Lovregulering av diskriminering i arbeidslivet | 138 |
| 1.2 | Formålet med regler om vern mot diskriminering | 139 |
| 1.3 | Virkeområde | 142 |
| 2 | Hovedreglene om forbud mot diskriminering | 142 |
| 2.1 | Diskrimineringsbegrepet | 142 |
| 2.2 | Direkte og indirekte forskjellsbehandling | 143 |
| 2.3 | Diskrimineringsgrunner knyttet til kjønn, graviditet, fødsel, omsorgsoppgaver mv. | 145 |
| 2.4 | Diskrimineringsgrunner knyttet til etnisitet, religion, livssyn mv. | 146 |
| 2.5 | Diskrimineringsgrunner knyttet til funksjonsnedsettelse | 147 |
| 2.6 | Diskrimineringsgrunner knyttet til seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk mv. | 150 |
| 2.7 | Diskrimineringsgrunner knyttet til politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder mv.... | 151 |
| 3 | Lovlig forskjellsbehandling | 153 |
| 3.1 | Lovlig forskjellsbehandling knyttet til kjønn, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk | 153 |
| 3.2 | Lovlig forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming, og permisjon ved fødsel eller adopsjon | 156 |
| 3.3 | Lovlig forskjellsbehandling med hjemmel i arbeids- miljøloven | 157 |
| 4 | Positiv særbehandling | 159 |
| 4.1 | Begrep og vilkår | 159 |
| 4.2 | Særlig om kjønnskvolterering | 161 |

| | | |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5 | Forbud mot trakassering..... | 163 |
| 5.1 | Trakassering som en særlig form for diskriminering..... | 163 |
| 5.2 | Spesielt om seksuell trakassering..... | 164 |
| 6 | Forbud mot innhenting av opplysninger ved ansettelse..... | 165 |
| 6.1 | Arbeidsmiljøloven § 13-4 | 165 |
| 6.2 | Likestillings- og diskrimineringsloven § 30 | 167 |
| 7 | Lik lønn for arbeid av lik verdi | 168 |
| 8 | Saksbehandlingsregler og håndhevingsbestemmelser knyttet til diskriminering..... | 170 |
| 8.1 | Opplysningsplikt..... | 170 |
| 8.2 | Bevisbyrde | 170 |
| 8.3 | Diskrimineringsnemnda..... | 172 |
| 8.4 | Oppreisning og erstatning..... | 172 |
| 9 | Diskrimineringsregler i staten | 173 |
| IV. | Styringsretten og arbeidstakerens lydighets- og lojalitetsplikt | 176 |
| 1 | Generelt om styringsretten | 176 |
| 1.1 | Begrepet «arbeidsgiverens styringsrett» | 176 |
| 1.2 | Hjemmel..... | 178 |
| 2 | Arbeidstakerens lydighetsplikt..... | 179 |
| 2.1 | Arbeidspliktens innhold og omfang..... | 180 |
| 2.2 | Endring i arbeidsplikten | 182 |
| 2.3 | Resignasjonsplikt..... | 188 |
| 3 | Arbeidstakerens lojalitetsplikt | 189 |
| 3.1 | Lojalitetsplikt og ytringsfrihet..... | 191 |
| 3.1.1 | Arbeidstakeres rett til å uttale seg til media | 193 |
| 3.1.2 | Spesielt om varsling..... | 200 |
| 3.2 | Bierverv | 205 |
| 4 | Arbeidstakerens lydighets- og lojalitetsplikt i statlig sektor..... | 207 |
| 4.1 | Statsansattes lydighetsplikt..... | 207 |
| 4.2 | Statsansattes lojalitetsplikt..... | 209 |
| V. | Kontrolltiltak i virksomheten og behandling av personopplysninger..... | 212 |
| 1 | Arbeidsgiverens kontrolltiltak | 212 |
| 2 | Arbeidsgiverens behandling av personopplysninger | 215 |
| 2.1 | Personopplysningsloven og dens virkefelt..... | 216 |
| 2.2 | Materielle vilkår for å kunne bruke personopplysninger | 217 |
| 2.3 | Prosessuelle krav ved behandling av personopplysninger | 219 |
| 2.4 | Spesielt om kameraovervåking, kontroll av e-post og andre elektroniske bevegelser | 220 |

| | | |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| VI. | Medbestemmelse | 224 |
| 1 | Innledning..... | 224 |
| 2 | Bestemmelser i arbeidsmiljøloven om informasjon og drøfting | 226 |
| 3 | Medbestemmelse i kommunal sektor..... | 228 |
| | 3.1 Kommunelovens bestemmelser | 228 |
| | 3.2 Tariffavtale om medbestemmelse i kommunal sektor.... | 230 |
| | 3.3 Tariffbestemmelser om tillitsvalgte i kommunal sektor.. | 230 |
| 4 | Medbestemmelse i statlig sektor | 232 |
| | 4.1 Statsansattelovens bestemmelser | 232 |
| | 4.2 Tariffavtale om medbestemmelse i statlig sektor..... | 233 |
| 5 | Virkningen av at regler om medbestemmelse ikke ivaretas..... | 233 |
| | | |
| VII. | Lønn | 235 |
| 1 | Lønnens størrelse | 235 |
| | 1.1 Utgangspunkter | 235 |
| | 1.2 Oversikt over lønssystemet i kommunen..... | 236 |
| | 1.3 Oversikt over lønssystemet i staten | 238 |
| 2 | Utbetaling av lønn | 239 |
| 3 | Trekk i lønn | 240 |
| 4 | Feil ved lønnsutbetalingen | 244 |
| | 4.1 Tilbakebetaling av for mye utbetalt lønn | 244 |
| | 4.2 Etterbetaling av for lite utbetalt lønn | 248 |
| 5 | Foreldelse av lønnskrav..... | 249 |
| | | |
| VIII. | Arbeidstid | 250 |
| 1 | Oversikt | 250 |
| | 1.1 Arbeidsmiljøloven kapittel 10 og tariffavtalebestemmelser | 250 |
| | 1.2 Formål og virkeområde for arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven | 251 |
| | 1.3 Forsvarlige arbeidstidsordninger | 254 |
| 2 | Alminnelig arbeidstid | 255 |
| | 2.1 Arbeidstidens lengde | 255 |
| | 2.1.1 Ordinær dagtid og skiftarbeid/turnus..... | 255 |
| | 2.1.2 Gjennomsnittsberegning av arbeidstiden | 259 |
| | 2.2 Arbeidstidens plassering | 260 |
| | 2.2.1 Dagtid og hverdager | 260 |
| | 2.2.2 Nattarbeid og søn- og helgedagsarbeid | 261 |
| | 2.3 Hvilepauser og fritid..... | 262 |
| 3 | Overtid | 264 |
| | 3.1 Begrepet overtid | 265 |
| | 3.2 Vilkår for å jobbe overtid..... | 265 |
| | 3.3 Lengden av tillatt overtid..... | 267 |
| | 3.4 Kompensasjon for overtid..... | 268 |

| | | |
|------------|------------------------------------------------------------------|------------|
| 4 | Rett til fritak fra gjeldende arbeidstidsordninger | 269 |
| 4.1 | Rett til fritak fra nattarbeid | 271 |
| 4.2 | Rett til fleksibel arbeidstid..... | 272 |
| 4.3 | Rett til redusert arbeidstid..... | 273 |
| 5 | Arbeidstid i staten | 275 |
| IX. | Ferie | 276 |
| 1 | Innledning..... | 276 |
| 1.1 | Ferieloven og tariffavtaler..... | 277 |
| 1.2 | Ferieår og opptjeningsår | 278 |
| 2 | Feriefritid | 278 |
| 2.1 | Feriens lengde..... | 278 |
| 2.2 | Feriens plassering..... | 281 |
| 2.2.1 | Drøfting og underretning | 281 |
| 2.2.2 | Rammer for arbeidsgiverens plassering av ferie | 282 |
| 2.2.3 | Ferie og oppsigelsestid..... | 284 |
| 2.2.4 | Ferie i forbindelse med sykdom mv..... | 285 |
| 3 | Feriepenger | 286 |
| 3.1 | Beregning av feriepenger | 286 |
| 3.2 | Utbetaling av feriepenger..... | 287 |
| X. | Arbeidsmiljø | 288 |
| 1 | Hovedmålsetting | 288 |
| 1.1 | Begrepet arbeidsmiljø | 288 |
| 1.2 | Lovens generelle krav..... | 289 |
| 2 | Arbeidsmiljølovens konkretisering av krav til arbeidsmiljøet ... | 291 |
| 2.1 | Organisatoriske arbeidsmiljøfaktorer | 292 |
| 2.2 | Det psykososiale arbeidsmiljøet | 292 |
| 2.3 | Det fysiske arbeidsmiljøet | 295 |
| 2.4 | Arbeidstakere med redusert arbeidsevne | 296 |
| 3 | Oppfølging av arbeidsmiljøreglene..... | 299 |
| 3.1 | Arbeidsgiverens plikter..... | 300 |
| 3.1.1 | Virkemidler..... | 300 |
| 3.1.2 | Arbeidsgiverens registrerings- og meldeplikt | 302 |
| 3.2 | Arbeidstakerens medvirkningsplikt | 303 |
| 3.3 | Verneombud | 304 |
| 3.4 | Arbeidsmiljøutvalg..... | 305 |
| XI. | Permisjon og permittering | 307 |
| 1 | Innledning..... | 307 |
| 2 | Permisjon | 307 |
| 2.1 | Sykefravær | 308 |

| | | |
|-------------|----------------------------------------------------------|------------|
| 2.2 | Permisjon ved svangerskap, fødsel mv..... | 311 |
| 2.2.1 | Morens rett til permisjon | 312 |
| 2.2.2 | Farens rett til permisjon..... | 313 |
| 2.2.3 | Foreldrepermisjon..... | 313 |
| 2.2.4 | Adoptivforeldre og fosterforeldre | 314 |
| 2.2.5 | Stønadsregler | 314 |
| 2.2.6 | Varslingsregler..... | 315 |
| 2.3 | Permisjon for å amme..... | 315 |
| 2.4 | Permisjon ved barns sykdom mv. | 316 |
| 2.5 | Utdanningspermisjon og kompetanseutvikling..... | 317 |
| 2.6 | Permisjon ved militærtjeneste, siviltjeneste og lignende | 321 |
| 2.7 | Permisjon ved utføring av offentlige verv | 322 |
| 2.8 | Velferdspermisjoner/permisjonsreglement..... | 322 |
| 3 | Permittering | 324 |
| XII. | Oppsigelse og avskjed..... | 326 |
| 1 | Innledning..... | 326 |
| 1.1 | Opphør av arbeidsforholdet | 326 |
| 1.2 | Disiplinære reaksjoner overfor en arbeidstaker | 328 |
| 2 | Oppsigelse | 330 |
| 2.1 | Oppsigelse fra arbeidstakeren eller arbeidsgiveren | 330 |
| 2.2 | Vern mot usaklig oppsigelse..... | 330 |
| 2.3 | Oppsigelse med basis i virksomhetens forhold..... | 331 |
| 2.3.1 | Tilbud om annet passende arbeid..... | 332 |
| 2.3.2 | Interesseavveining..... | 334 |
| 2.3.3 | Utvalgskrets | 337 |
| 2.3.4 | Ansiennitetsprinsipp og andre utvelgelseskriterier | 338 |
| 2.3.5 | Masseoppsigelser | 340 |
| 2.3.6 | Arbeidsmiljøloven § 15-7 tredje ledd | 340 |
| 2.4 | Oppsigelse med basis i arbeidstakerens forhold..... | 341 |
| 2.4.1 | Forholdsmessighetskrav | 342 |
| 2.4.2 | Ulegitimert fravær og for seint frammøte | 343 |
| 2.4.3 | Tillitssvikt, utilbørlig og uaktsom opptreden.... | 344 |
| 2.4.4 | Atferd utenfor tjenesten..... | 346 |
| 2.4.5 | Rusmisbruk..... | 347 |
| 2.4.6 | Kvalifikasjoner og dyktighet | 348 |
| 2.4.7 | Samarbeidsproblemer | 349 |
| 2.4.8 | Advarsel..... | 351 |
| 2.4.9 | Pensjonsalder | 352 |
| 2.5 | Oppsigelsesvern for visse grupper av arbeidstakere | 354 |
| 2.5.1 | Prøvetidsansatte..... | 355 |
| 2.5.2 | Oppsigelsesvern ved sykdom..... | 359 |

| | | |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 2.5.3 | Oppsigelsesvern ved svangerskap, fødsel og adopsjon..... | 362 |
| 2.5.4 | Oppsigelsesvern ved militærtjeneste mv. | 363 |
| 2.6 | Virkningen av en usaklig oppsigelse..... | 364 |
| 2.6.1 | Ugyldighet..... | 364 |
| 2.6.2 | Erstatning..... | 366 |
| 2.7 | Oppsigelsesfrister..... | 366 |
| 2.8 | Saksbehandlingsregler og formkrav | 368 |
| 2.8.1 | Drøftelsesplikt forut for oppsigelse | 369 |
| 2.8.2 | Formkrav..... | 370 |
| 2.8.3 | Saksbehandlingsregler i forvaltningsloven | 372 |
| 2.8.4 | Attest..... | 374 |
| 2.9 | Retten til å fortsette i stillingen | 374 |
| 2.10 | Minnelige ordninger i forbindelse med oppsigelsessaker | 377 |
| 3 | Avskjed | 380 |
| 3.1 | Begrepet avskjed..... | 380 |
| 3.2 | Materielle vilkår for avskjed..... | 381 |
| 3.3 | Virkningen av urettmessig avskjed | 383 |
| 3.4 | Formelle vilkår ved avskjed..... | 385 |
| 3.5 | Suspensjon..... | 385 |
| 4 | Oppsigelse og avskjed i staten | 387 |
| 4.1 | Prøvetid | 387 |
| 4.2 | Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold | 388 |
| 4.3 | Oppsigelse på grunn av den statsansattes forhold..... | 389 |
| 4.4 | Oppsigelsesfrister..... | 390 |
| 4.5 | Ekstern fortrinnsrett..... | 391 |
| 4.6 | Ordensstraff | 392 |
| 4.7 | Avskjed og suspensjon..... | 393 |
| 4.8 | Saksbehandlingsregler, klageregler og søksmålsregler.... | 396 |
| 5 | Dagpenger under arbeidsløshet | 397 |
| XIII. | Virksomhetsoverdragelse..... | 399 |
| 1 | Grunnsystemet ved virksomhetsoverdragelse..... | 399 |
| 2 | Virkeområdet til arbeidsmiljøloven kapittel 16..... | 401 |
| 2.1 | Vilkåret om at det må foreligge en overdragelse | 401 |
| 2.2 | Vilkåret om overdragelse til ny arbeidsgiver | 406 |
| 2.3 | Spesielt om situasjonen når en tjeneste konkurransesutsettes på nytt etter utløpet av en kontraktperiode | 407 |
| 3 | Arbeidstakerens rettigheter ved virksomhetsoverdragelse..... | 409 |
| 3.1 | Lønns- og arbeidsvilkår | 409 |
| 3.2 | Reservasjonsrett, fortrinnsrett og valgrett | 412 |

| | | |
|-------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.3 | Vern mot oppsigelse | 417 |
| 3.4 | Informasjon | 417 |
| 4 | Forholdet til tillitsvalgte | 418 |
| XIV. | Håndheving, tvister, tilsyn | 421 |
| 1 | Ulike håndhevings- og tilsynsordninger for arbeidsforhold..... | 421 |
| 2 | Sivilombudet | 422 |
| 3 | Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda | 423 |
| 4 | Tvisteløsningsnemnda | 424 |
| 5 | Tilsyn med arbeidsmiljøloven – Arbeidstilsynet | 425 |
| 6 | Domstolsbehandling | 427 |
| 6.1 | Særlige prosessregler for tvister om opphør av arbeidsforholdet, fortrinnsrett mv. | 429 |
| XV. | Organisasjonene og tariffavtaler | 432 |
| 1 | Innledning | 432 |
| 1.1 | Begrepet kollektiv arbeidsrett | 432 |
| 1.2 | Rettskilder | 433 |
| 1.3 | Utviklingslinjer | 434 |
| 1.4 | Organisasjonsretten | 436 |
| 1.5 | Organisasjonenes plass i arbeidsretten | 438 |
| 2 | Arbeidslivets organisasjoner | 438 |
| 2.1 | Organisasjoner på arbeidsgiversiden | 440 |
| 2.2 | Organisasjoner på arbeidstakersiden | 441 |
| 3 | Tariffavtaler | 443 |
| 3.1 | Begrepet tariffavtale | 443 |
| 3.1.1 | Tariffavtalens innhold – avtaletyper | 444 |
| 3.1.2 | Parter i en tariffavtale | 447 |
| 3.2 | Tarifforhandlinger | 449 |
| 3.2.1 | Tarifforhandlinger i kommunal sektor | 450 |
| 3.3 | Formkrav og gyldighetstid | 451 |
| 3.4 | Virkninger av tariffavtale | 452 |
| 3.4.1 | Ufravikelighetsprinsippet | 452 |
| 3.4.2 | Forholdet til uorganiserte, til andre tariff- avtaler mv. | 453 |
| 3.4.3 | Fredsplikt | 456 |
| 3.4.4 | Følger av tariffbrudd / krenking av fredsplikt ... | 458 |
| 3.5 | Tariffavtalens stilling ved overdragelse av virksomhet ... | 459 |
| 3.6 | Allmenngjøring av tariffavtaler | 460 |
| 3.7 | Statlig sektor | 461 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| XVI. Kollektive arbeidstvister | 463 |
| 1 Rettstvister og interesselvister | 463 |
| 2 Fredelige løsningsmetoder og kampmidler | 465 |
| 2.1 Fredelige konfliktløsningsinstanser..... | 465 |
| 2.1.1 Arbeidsretten | 466 |
| 2.1.2 Mekling..... | 467 |
| 2.1.3 Voldgift/lønnsnemnd..... | 467 |
| 2.2 Kampmidler | 468 |
| 3 Behandling av rettstvister..... | 469 |
| 3.1 Skjematisk framstilling av behandling av en rettstvist.... | 469 |
| 3.2 Forhandlinger | 470 |
| 3.3 Løsning i Arbeidsretten | 471 |
| 4 Behandling av interesselvister | 472 |
| 4.1 Skjematisk framstilling av behandlingen av en interesselvist | 472 |
| 4.2 Plassoppsigelser | 473 |
| 4.3 Tvungen mekling | 474 |
| 4.4 Streik..... | 475 |
| 4.4.1 Unntak og begrensninger i streikeretten..... | 476 |
| 4.4.2 Streikebryterbegrepet og situasjonen for ikke-streikende arbeidstakere..... | 477 |
| 4.4.3 De streikendes økonomiske situasjon | 478 |
| 4.5 Bruk av tvungen voldgift/lønnsnemnd..... | 478 |
| 5 Statlig sektor..... | 479 |
| 6 Politisk streik og sympatistreik | 480 |
| 6.1 Politisk streik..... | 481 |
| 6.2 Sympatistreik..... | 482 |
| 7 Forholdet mellom regulering i lov og tariffavtale..... | 483 |
| Litteratur | 489 |
| Forarbeider mv. | 492 |
| Lovregister | 495 |
| Domsregister mv. | 503 |
| Stikkord | 513 |

Innledning

*Early in the morning factory whistle blows
Man rises from bed and puts on his clothes
Man takes his lunch, walks out in the morning light
It's the working, the working, just the working life*

Bruce Springsteen

1 Emneområde

1.1 Arbeidsrett i offentlig sektor

Arbeidsrett er de juridiske reglene som knytter seg til arbeidsforhold. Tema-tisk tar boka for seg rettsreglene som kommer til anvendelse fra det tidspunkt et konkret arbeidsforhold blir etablert (ansettelse), de rettigheter og plik-ter som gjelder mens et arbeidsforhold består (arbeidsgiverens styringsrett, medbestemmelse, lønn, arbeidstid, ferie, arbeidsmiljø) og rettsreglene som er aktuelle når et arbeidsforhold opphører, enten midlertidig eller perma-nent (permisjon/permittering, oppsigelse, avskjed, virksomhetsoverdragelse). Regler som skal verne mot diskriminering gjelder i alle faser av arbeidsforhol-det – fra en stilling blir utlyst til et arbeidsforhold opphører.

Arbeidsforhold i videste forstand inkluderer også temaer knyttet til tillits-valgte, fagforeninger, tariffavtaler, arbeidskonflikter i form av rettstvister og interessedvister, og den rettslige reguleringen av løsningsmodeller for denne typen arbeidskonflikter (særdomstolen Arbeidsretten, voldgift, mekling, streik og lockout).

Stikkordsmessig er emneområdet identisk med temaene som tradisjo-nelt behandles i arbeidsrettslige framstillinger, men jeg behandler i denne boka emnene ut fra et offentligrettslig perspektiv. På arbeidsrettens felt er stat og kommune i en noe spesiell stilling. Stat og kommune er regulert av arbeidsmiljølov, ferielov, diskrimineringslov etc. i likhet med privat sektor, men må i tillegg også følge lovfestede og ulovfestede regler som bare gjelder

det offentlige. Eksempelvis nevner jeg kvalifikasjonsprinsippet ved tilsetning, forvaltningsrettens regler om saksbehandling og myndighetsutøvelse og offentlighetslovens innsynsregler. Organisasjonsbildet og tariffavtalene skiller seg fra det som gjelder i privat sektor. Innenfor offentlig sektor kan det på noen punkter også være behov for å skille mellom stat og kommune. I staten vil nemlig statsansatteloven og tjenestetvistloven være sentrale kilder – lover som ikke gjelder kommunesektoren. I denne boka tar jeg utgangspunkt i kommunal sektor og supplerer med eventuelle spesialregler for statlig sektor i egne punkter i hvert kapittel.

Med kommunal sektor forstår jeg her både kommuner og fylkeskommuner, og for letthets skyld bruker jeg ofte bare begrepet kommune, idet reglene er identiske. I fylkeskommunal og kommunal forvaltning er det over 547 000 sysselsatte.¹ Dette betyr at ca. 20 % av alle sysselsatte er tilknyttet kommunesektoren. For å belyse den kommunalrettslige siden trekker jeg i denne boka inn konkrete tariffavtalebestemmelser i kommunal sektor, konkrete avgjørelser truffet av domstolene, uttalelser fra Stortingets ombud for forvaltningen (Sivilombudet) og eksemplifisering gjennom konkrete problemstillinger aktuelle for kommunesektoren. Jeg henviser også i fotnoter til Kommunenes personalhåndbok, som hvert år kommer ut i form av et årssett utgitt av KS – kommunesektorens organisasjon. Personalhåndboka er et praktisk oppslagsverk for kommunalt ansatte som skal ta stilling til arbeidsrettslige spørsmål.²

Med statlig sektor sikter jeg til de tilfellene der en statlig virksomhet er arbeidsgiver og de ansatte er «arbeidstakere i staten» som det heter i lov om statens ansatte. Litt grovt sagt er staten i denne sammenhengen identisk med det statlige tariffområdet. I statlig forvaltning er det over 312 000 ansatte.³ For letthets skyld bruker jeg begrepet staten, statlig virksomhet, statsforvaltningen, statstjenesten og statlig sektor noe om hverandre i denne boka. Utenfor særreglene som gjelder for ansatte i staten faller ansatte i statlige virksomheter som er egne rettssubjekter i form av statsaksjeselskap, statsforetak og særlovselskap. Eksempelvis vil dette være Telenor A/S, NRK, Statskraft, Postbanken, Norges Bank etc. De regionale helseforetakene (Helse Sør-Øst, Helse Nord etc.) er også egne rettssubjekter, og de ansatte ved sykehusene er derfor ikke

1 Tall er hentet fra NOU 2021:9 (Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv) s. 80 tabell 4.6.

2 Personalhåndboka er tilrettelagt elektronisk i Kommunenes personalsystem KF Personal, hvor også avtaleverk, fortolkninger fra KS, aktuelle dommer og A- og B-rundskriv fra KS er inkorporert.

3 NOU 2021:9 (Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv) s. 80 tabell 4.6.

offentlig ansatte tjenestemenn. Særreglene i staten behandler jeg som tidligere nevnt i egne disposisjonspunkter underveis, hvor jeg også henviser til Statens personalhåndbok, som kommer ut hvert år. Statens personalhåndbok (Sph.) er et praktisk oppslagsverk for ansatte i staten som skal ta stilling til arbeidsrettslige spørsmål.⁴ Her nevnes også nettstedet «Arbeidsgiverportalen – Fagsider for arbeidsgivere, ledere og HR i staten», som Direktoratet for forvaltning og økonomistyring (DFØ) er ansvarlig for.⁵

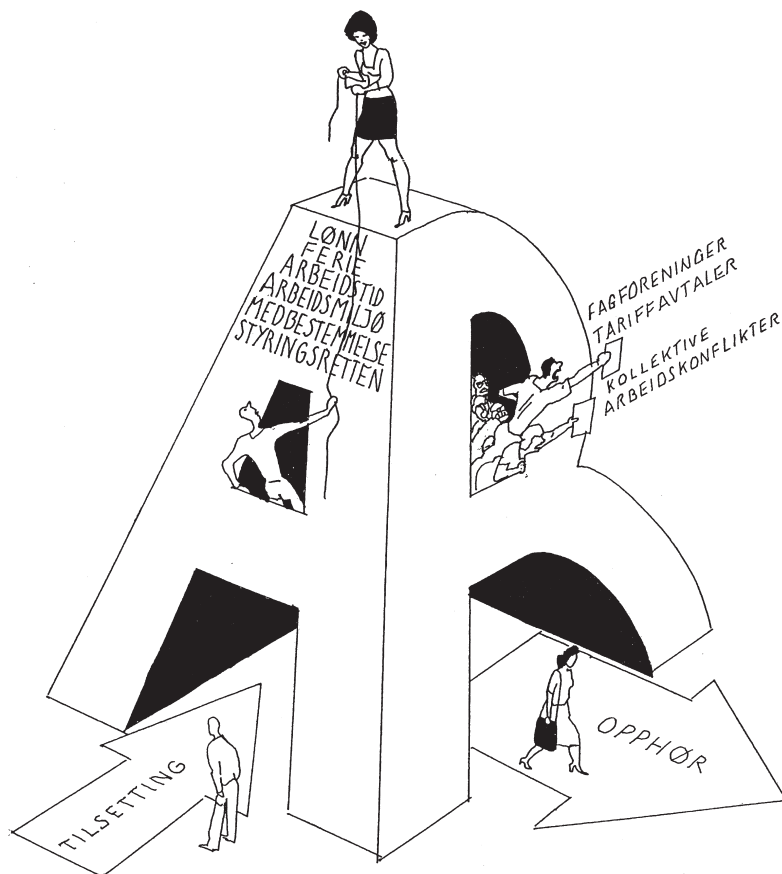
Figur I-1 nedenfor viser stikkord for bokas tematikk. Jeg behandler først reglene som er aktuelle når en person rekrutteres inn i organisasjonen – ansettelse – i kapittel II. I kapittel III tar jeg for meg lovreglene om vern mot diskriminering, som gjelder på alle stadier av et arbeidsforhold. Diskriminering i kapittel III er derfor en aktuell vinkling for alle de øvrige kapitlene. Dernest tar jeg for meg reglene som gir en ramme for forholdet mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren mens arbeidsforholdet består – styringsrett – i kapittel IV, kontrolltiltak og behandling av personopplysninger i kapittel V, medbestemmelse i kapittel VI, lønn i kapittel VII, arbeidstid i kapittel VIII, ferie i kapittel IX og arbeidsmiljø i kapittel X. Hvilke juridiske regler som gjelder når en arbeidstaker forlater organisasjonen i forbindelse med permisjon/permittering, redegjør jeg for i kapittel XI, og i kapittel XII presenterer jeg reglene om oppsigelse og avskjed. Virksomhetsoverdragelse behandler jeg i kapittel XIII, og i kapittel XIV gir jeg en oversikt over håndhevingssystemet knyttet til individuelle arbeidsforhold. Til slutt framstiller jeg kollektiv arbeidsrett, som omhandler organisasjonene og tariffavtaler, i kapittel XV og kollektive arbeidskonflikter i kapittel XVI. Jeg viser for øvrig til innholdsfortegnelsen foran.

1.2 Individuell arbeidsrett

Arbeidsretten kan deles inn i to hoveddeler: individuell arbeidsrett og kollektiv arbeidsrett. Individuell arbeidsrett er rettsreglene om det konkrete arbeidsforholdet – forholdet mellom den enkelte arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. Arbeidsforholdet etableres ved avtale mellom disse to partene. Fokus rettes mot juridiske regler på individplan – derav navnet individuell arbeidsrett. En arbeidsavtale er en kontrakt der den ene parten (arbeidstakeren) stiller sin personlige arbeidskraft til rådighet for den andre (arbeidsgiveren). Arbeidskontrakten/arbeidsavtalen skiller seg imidlertid fra andre kontraktstyper – for eksempel kjøpekontrakter og leiekontrakter – spesielt ved to typiske trekk.

4 Statens personalhåndbok er elektronisk tilgjengelig på Lovdata.

5 <https://arbeidsgiver.dif.no/>

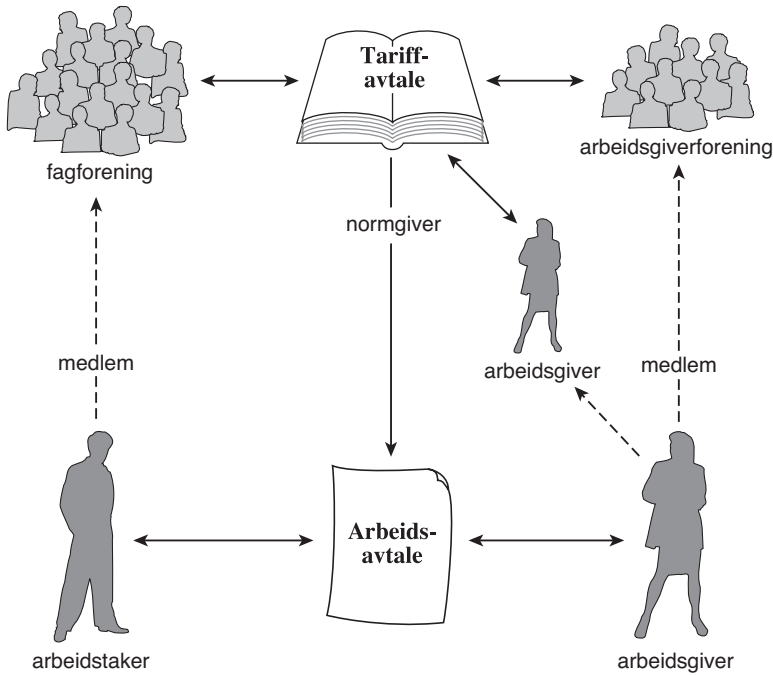


Figur I-1: Bokas tematikk

I arbeidskontrakter er det personlig arbeidskraft som reguleres gjennom avtalen. Ved andre kontraktstyper er det som regel en materiell ting som skal ytes eller leveres, for eksempel en bil, penger eller hus. Dessuten vil den ene parten i arbeidsavtaler komme i et sterkt underordningsforhold overfor den andre parten. Det er ikke vanlig ved andre kontraktstyper. Jeg kommer nærmere inn på disse særtrekkene nedenfor i punkt 3 i dette kapitlet. De juridiske reglene jeg behandler i kapittel II–XIV hører under individuell arbeidsrett.

1.3 Kollektiv arbeidsrett

Kollektiv arbeidsrett er rettsreglene om arbeidslivets organisasjoner og forholdet mellom en fagforening og en arbeidsgiver/arbeidsgiverforening. Det kollektive



Figur I-2: Forholdet mellom den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtalen

preget framkommer ved at arbeidstakere opptrer kollektivt – samlet via organisasjon – for å bedre styrkeforholdet vis-à-vis arbeidsgiversiden. Fokus er på grupper av individer som danner en fagforening/arbeidsgiverforening. Tariffavtaler er her et viktig stikkord. En tariffavtale er en rammeavtale som gir normer for hva en arbeidsavtale kan inneholde. Tariffavtalen er ingen arbeidsavtale i seg selv.

Den ene parten i en tariffavtale er en fagforening. Fagforeningen opptrer på vegne av sine medlemmer, som er arbeidstakere. Den andre parten i tariffavtalen er en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening. Arbeidsgiverforeningen opptrer på vegne av sine medlemmer, som er arbeidsgivere. En tariffavtale inneholder gjerne bestemmelser om lønnssetser (tariffen – derav navnet). Bestemmelser om arbeidstid, oppsigelsesfrister, vilkår for å bli fagarbeider etc. er også ofte regulert her.

Tariffavtalen i seg selv etablerer ikke noe arbeidsforhold mellom bestemte arbeidsgivere og arbeidstakere. Det oppstår ingen personlig arbeidsavtale – ingen ansettelse – i og med en tariffavtale. Likevel er den svært sentral for innholdet i den personlige arbeidsavtalen som opprettes innenfor tariffavta-

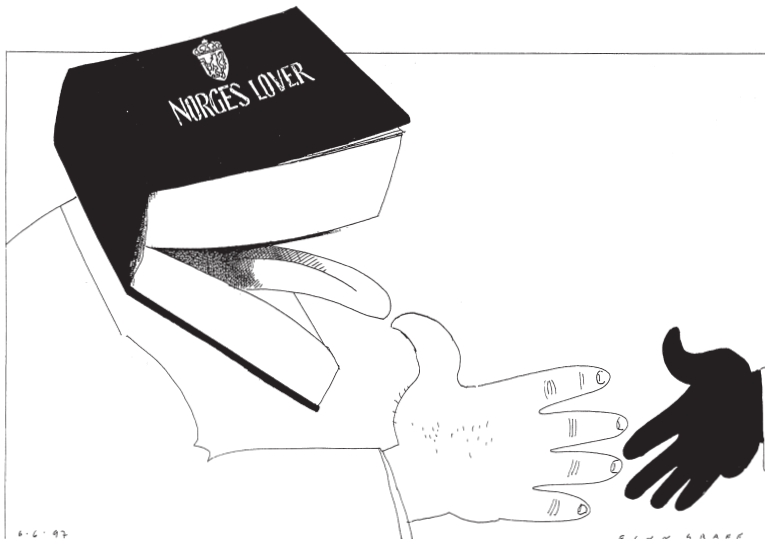
lens virkefelt, fordi tariffavtalen virker normsettende og er som hovedregel ufravikelig. Denne sammenhengen mellom den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtalen er viktig å være klar over, og i denne framstillingen vil forholdet ofte bli berørt. Tariffavtalen er en kilde til å vite hva den individuelle arbeidsavtalen går ut på. Figur I-2 foran viser forholdet mellom den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtalen.

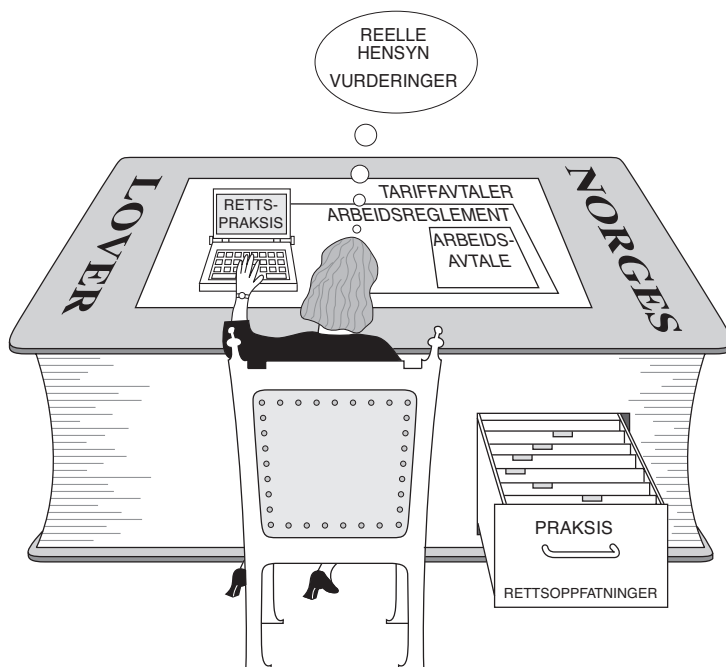
Kollektive arbeidskonflikter – for eksempel streik – og institusjonene som er etablert for å løse slike arbeidskonflikter, hører også inn under kollektiv arbeidsrett. De juridiske reglene jeg behandler i kapittel XV og XVI hører under kollektiv arbeidsrett.

2 Arbeidsrettens rettskilder

2.1 Rettslig metode

Læren om arbeidsrett har i seg samme juridiske metode som andre juridiske temaer – det er et spørsmål om hva vi bygger på og hvordan vi resonnerer når vi skal finne fram til gjeldende rett (Eckhoff 1975). «Hva vi bygger på» er et spørsmål om hvilke faktorer som kommer inn i bildet – rettskildefaktorer – når vi skal løse et arbeidsrettslig spørsmål. Det handler om hvilket råstoff vi har å bygge på og hva slags argumentasjonsarsenal vi har å ta av. «Hvordan





Figur I-3: Rettskildefaktorer

vi resonnerer» er et spørsmål om hvilke rettskildefaktorer som er relevante, hvordan de skal forstås/tolkes, og hvilken vekt de har. Erik Boe (Boe 1996) uttrykker i sin innføringsbok i juss at rettsregler ikke bare kan øses opp fra kildene: «Rettsanvenderen er deltaker i en prosess, ingen robot som finner det som andre har lagt igjen for ham eller henne. Følgen er at rettsanvendelse blir en blanding av erkjennelse og stillingtagen, en kombinasjon av å *finne* rett og å *skape* rett».

2.2 Oversikt over rettskildefaktorene

Figur I-3 foran viser stikkordsmessig typiske rettskildefaktorer – råstoff som kan komme inn i bildet når det dreier seg om en arbeidsrettslig problemstilling.

Boka handler nettopp om å finne fram til aktuelle rettskildefaktorer knyttet til de enkelte temaene/problemstillingene innen arbeidsretten og å anvende disse i sin sammenheng. Jeg gir her i innledningen en kortfattet,

generell oversikt over hver av disse rettskildefaktorene.⁶ Rekkefølgen de blir presentert i signaliserer noe om hvilken vekt rettskildefaktorene har i forhold til hverandre. Ved løsningen av et arbeidsrettslig spørsmål må jeg derfor først undersøke om det finnes noe i lovgivning og forarbeider som regulerer spørsmålet, dernest rettspraksis osv.⁷ Vekten av de ulike rettskildefaktorene vil jeg imidlertid stadig vende tilbake til i alle kapitlene i boka.

2.2.1 Aktuelle lover

Den sentrale loven på arbeidsrettens felt er *lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern – arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62* (aml.) Et overordnet hensyn bak denne loven er arbeidstakernes helse, velferd og sikkerhet, og et viktig siktemål er at loven skal være et verktøy for et mer inkluderende arbeidsliv. Arbeidsmiljøloven er en vernelov og regulerer spørsmål knyttet til individuell arbeidsrett. Den er særlig sentral for emner som midlertidig ansettelse, arbeidsmiljø, arbeidstid, oppsigelse og avskjed.

Arbeidstvistloven av 27. januar 2012 nr. 9 (arbtvl.) inneholder regler om tariffavtaler og arbeidskonflikter – sentrale stikkord i den kollektive delen av arbeidsretten. Jeg behandler loven i kapittel XV og XVI.

Ferieloven av 29. april 1988 nr. 21 (feriel.) regulerer, som navnet tilsier, arbeidstakers rett til ferie og feriepenger, og jeg behandler loven i kapittel IX.

Likestillings- og diskrimineringsloven av 16. juni 2017 nr. 51 (ldl.) med ikraft-tredelsesdato 1. januar 2018 avløser likestillingsloven av 21. juni 2013 nr. 59 (likestl.), diskrimineringsloven om etnisitet av 21. juni 2013 nr. 60, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven av 21. juni 2013 nr. 61 og diskrimineringsloven om seksuell orientering av 21. juni 2013 nr. 58. Likestillings- og diskrimineringsloven har til formål å hindre diskriminering og tilrettelegge

6 Jeg har i denne oversikten over rettskildefaktorene tatt med tariffavtaler og selve arbeidsavtalen. Imidlertid kan det være uenighet i juridisk teori om avtaler er en rettskildefaktor. Boe (Boe 1996) problematiserer avtalens rettskildemessige plassering. Hans poeng er at avtaler flest ikke er kilde for rettsregler, men et resultat av dem. Individuelle avtaler skaper rettsvirkninger på grunn av rettsreglene. Heller ikke tariffavtalene er råstoff til reglene, de er selve reglene. Boe mener at spørsmålet heller blir hvilken rang de har i forhold til andre regler.

7 I henvisninger til konkrete §§ vil jeg bruke begrepet ledd og avsnitt som ensbetydende, og punktum og setning som ensbetydende.

for likebehandling på alle samfunnsområder, og er særlig aktuell for arbeidslivet. Denne loven behandles i kapittel III.

Øvrige lover som jeg viser til i min framstilling, er lover som ikke primært hører hjemme i arbeidsretten, men som kan ha betydning i visse sammenhenger.⁸ *Forvaltningsloven av 10. februar 1967* (fvL.) inneholder de grunnleggende reglene for behandlingen av forvaltningssaker.⁹ Saker knyttet til ansatte i stat og kommune vil falle innenfor forvaltningslovens virkeområde, jf. fvL. § 1. Forvaltningslovens regler om inhabilitet i kapittel II og reglene om veiledningsplikt, saksbehandlingstid, rett til å la seg bistå av advokat og taushetspliktregler i kapittel III gjelder saksbehandlingen knyttet til alle sider ved et tjenesteforhold i det offentlige. Forvaltningsloven har i tillegg saksbehandlingsregler som bare gjelder ved enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven kapittel IV, V og VI. Ansettelse, oppsigelse, suspensjon og avskjed er etter fvL. § 2 andre ledd å regne som enkeltvedtak, men likevel gjelder ikke alle saksbehandlingsreglene i de nevnte kapitlene, jf. fvL. § 3 andre ledd. Jeg trekker inn noen av forvaltningslovens saksbehandlingsregler, spesielt i kapittel II om ansettelse og i kapittel XII om oppsigelse og avskjed.

Offentleglova av 19. mai 2006 nr. 16 (offl.) gir regler om i hvilken grad forvaltningens saksdokumenter er offentlige. Jeg viser til denne loven blant annet i forbindelse med ansettelse i kapittel II.

Personopplysningsloven av 15. juni 2018 nr. 38 (personoppl.) er en generell lov om behandling av personopplysninger, og som også gjelder i arbeidsforhold. Jeg behandler denne i korte trekk i kapittel V.

Folketrygdloven av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.) har til formål å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt og kompensere for særlige utgifter i forbindelse med den enkeltes livsløp. Jeg behandler kort regler om sykepenger og stønad ved fødsel/adopsjon i kapittel XI, og reglene om dagpenger i kapittel XII.

Sentrale ombudsordninger som er aktuelle i arbeidsrettssaker i det offentlige, er Sivilombudet og Likestillings- og diskrimineringsombudet. Jeg berører

8 Jeg nevner ikke her i innledningen uttømmende alle de lovene jeg seinere i framstillingen henviser til.

9 NOU 2019:5 Ny forvaltningslov hadde høringsfrist 2.12.19 og er i skrivende stund under behandling i Justis- og beredskapsdepartementet.

derfor *lov om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen av 18. juni 2021 nr. 121* (sivilombudsloven) og *diskrimineringsombudsloven av 16. juni 2017 nr. 50*. Lovene behandles i kapittel XIV om håndheving.

For kommunesektorens vedkommende trekker jeg lov om kommuner og fylkeskommuner av 22. juni 2018 nr. 83 (kompl.) inn i bildet i den grad arbeidsrettslige problemstillinger jeg tar opp, berører spørsmålet om ansvars- og avgjørelseskompetanse. Kommuneloven gir regler om kommuneorganisasjonens oppbygging og rettslige kompetanse.

Menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 (mnskr.) og *EØS-loven av 27. november 1992 nr. 109* (EØSl.) har også konsekvenser for arbeidsrettens felt. Gjennom menneskerettsloven er blant annet Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og FN-konvensjonene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og om sivile og politiske rettigheter gjort til norsk lov. EØS-loven gjelder gjennomføringen av EØS-avtalen med seinere direktiver, og det er et stort antall direktiver som gjelder på arbeidsmiljølovens område. Jeg behandler internasjonale konvensjoner og EØS-avtalen (nedenfor i punkt 2.2.9).

Til slutt vil jeg nevne de to særlovene som gjelder i staten, lov om statens ansatte av 16. juni 2017 nr. 67 (statsansattel.) og *tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr. 2* (tjtv.). Jeg skriver noe generelt om disse to lovene nedenfor i punkt 2.3 i dette kapitlet.

2.2.2 Lovens forarbeider¹⁰

For å forstå og tolke lover er forarbeidene til lovene viktige. Forarbeider gir en oversikt over hvilke formål loven og de enkelte lovbestemmelsene har, og som rettskildefaktor vil ofte lovforarbeider supplere lovteksten i den forstand at forarbeidene presiserer ord og uttrykk i en lovtekst. Lovforarbeider er et felles uttrykk for forskjellige dokumenter som utarbeides i forbindelse med lovgivning. Jeg sikter her til Norges offentlige utredninger (NOU), som stammer fra en sakkyndig komité, regjeringens lovforslag kalt Proposisjon til Stortinget (lovvedtak) (Prop. XL) og Storkomiteens innstilling til Stortinget (lovvedtak) (Innst. XL). Disse to siste lovforarbeidene het før 1. okto-

10 Lovens etterarbeider, som er et uttrykk for uttalelser fra lovgiverhold om hvordan loven skal forstås, og som er utarbeidet etter at en lov er vedtatt, tas også undertiden med i oversikt over rettskildefaktorene. Jeg viser f. eks. til etterarbeider i kap. IV pkt. 4.1.

ber 2009 henholdsvis Odelstingsproposisjon (Ot.prp.) og Stortingskomiteens innstilling til Odelstinget (Innst. O). Jeg trekker i denne boka ofte veksler på forarbeider.

2.2.3 Forskrifter

Forskrifter er bestemmelser gitt i medhold av en lov. Lovgiver (Stortinget) delegerer i stor grad myndighet til regjeringen/departementene til å gi utfyllende bestemmelser hvor loven bare trekker opp en ramme for hvordan forholdet skal reguleres. Er det gitt forskrifter på et område, er dette bindende regler for arbeidstakere/arbeidsgivere, og i praksis er det viktig å ikke overse disse. Arbeidsmiljøloven kan sies å være en fullmaktslov eller rammelov, fordi loven i stor utstrekning inneholder tillatelser for departementet til å gi nærmere forskrifter. Arbeids- og sosialdepartementet (ASD) og Arbeidstilsynet vil kunne informere om gjeldende forskrifter.¹¹ Jeg fokuserer ikke i særlig grad på forskrifter i denne boka, ut fra en intensjon om å trekke opp hovedlinjene mer enn detaljer. Imidlertid behandler jeg *forskrift til forvaltningsloven av 15. desember 2006 (forvaltningslovforskriften)* i forbindelse med kapittel II om ansettelse, *personopplysningsforskriften av 15. juni 2018* i kapittel V og *forskrift til lov om statens ansatte mv. av 21. juni 2017* i noen av punktene knyttet til statlig sektor.

2.2.4 Rettspraksis

*Well the city supplied a public defender but the judge was Mean John Brown
He came into the courtroom and stared poor Johnny down*

Bruce Springsteen

Rettspraksis betyr domstolenes tidligere avgjørelser og er alltid en viktig kilde. Det er gjennom domstolsbehandling en arbeidsrettslig problemstilling virkelig blir satt på spissen og avgjort med endelig virkning. Disse avgjørelsene danner derfor en modell for løsning av lignende problemstillinger både på lovregulert område, tariffregulert område og på ulovfestede områder. Domstolene gir noe grovt sagt et «svar» på problemstillinger de involverte partene er uenige om. Dommernes konklusjon kan imidlertid ikke slavisk overføres til andre situasjoner – det er domstolens begrunnelse som er kilden vi i ettertid kan bygge på. Denne begrunnelsen er videre bare av verdi for vesentlig

¹¹ Forskrifter er også tilgjengelig på Internett gjennom Lovdata.

samme spørsmål som domstolen har tatt stilling til. Det å skille mellom ulike spørsmål – ulike problemstillinger – er ikke alltid så enkelt. I juridisk språkbruk handler dette om å sondre, og som Erik Boe (Boe 1996) sier, dreier det å sondre seg om å oppdage forskjeller. Som eksempel viser jeg til to høyesterettsdommer, Rt. 1996 s. 1026 og Rt. 1997 s. 560. Begge dommene handler om prøvetid i forbindelse med ansettelse i en stilling hos den samme arbeidsgiveren hvor den aktuelle arbeidstakeren allerede har et tilsetningsforhold. Høyesterett sier nei til prøvetid i det ene tilfellet, men ja i det andre. Dette handler om at Høyesterett fant avgjørende forskjeller i de to tilfellene. Dommene er referert nedenfor i kapittel XII punkt 2.5.1.

Som rettskildefaktor vil vekten av en dom være avhengig av hvilket nivå i domstolsystemet som har avsagt dommen (Høyesterett, lagmannsrett eller tingrett), hvorvidt dommen var enstemmig eller avsagt med dissens, hvor gammel dommen er og hvorvidt det er avsagt flere dommer i samme retning. Lovtekst er den mest tungtveiende rettskildefaktoren, men selv på områder hvor det eksisterer lovtekst, vil en entydig rettspraksis som har tolket loven, overta som den «riktige» forståelsen av loven. Et eksempel er forståelsen av arbtvl. § 1 i), som blant annet innebærer et forbud mot streik dersom det foreligger en tvist om det som er regulert i en tariffavtale. Arbeidsretten har fastslått at dette må gjelde også dersom tariffavtalen indirekte har regulert spørsmålet, se om dette i kapittel XV punkt 3.4.3. På områder hvor det ikke eksisterer noen lovtekst – såkalt ulovfestede felter – vil rettspraksis over tid være med på å skape rett. Et eksempel på dette er arbeidsgiverens styringsrett, som jeg behandler i kapittel IV. Et annet eksempel er læren om myndighetsmisbruk i forvaltningen – en lære jeg refererer til blant annet i forbindelse med ansettelse i kapittel II punkt 2.2.

I arbeidsretten vil to domstolsystemer være aktuelle. Individuelle retts spørsmål følger det ordinære domstolsystemet; se om domstolsbehandling i kapittel XIV punkt 6. Hvis for eksempel en arbeidstaker i kommunen ikke får utbetalt lønn vedkommende mener å ha til gode, kan hun eller han i siste instans gå til søksmål mot kommunen som arbeidsgiver. *Høyesterettsdommer* ble frem til 2016 publisert i papirform i Norsk Retstidende (Rt. årstall og sidetall), og en del av *underrettsdommene* ble publisert i Rettens Gang (RG årstall og sidetall).¹² Fra og med 2016 publiseres Norsk Retstidende

12 Høyesteretts avgjørelser og avgjørelser fra lagmannsretten er gratis tilgjengelig tilbake til 2008. Avgjørelser fra tingrettene er tilgjengelige i ett år. Adressen er <http://www.lovdata.no/register/avgjorelser>.

bare i elektronisk form med HR-nummer som henvisning på Lovdata (HR-2016-1365-A). I årene 1981–1988 ble det også publisert dommer i en samling kalt Norsk Arbeidsrettslig Domssamling (NAD årstall og sidetall). Kollektive rettsspørsmål behandles av Arbeidsretten. Arbeidsretten er en særdomstol som bare behandler tvister som har rot i en tariffavtale, og hvor en fagforening er part på arbeidstakersiden. Eksempelvis kan uenigheten dreie seg om tolkingen av en tariffavtale. Arbeidsretten avsier endelige dommer, og blir på den måten en rettesnor for hva som er gjeldende rett på sitt område. *Arbeidsrettens dommer* ble fram til og med 2016 publisert i Arbeidsrettens domssamlinger (ARD årstall og sidetall). Fra 2017 blir dommene publisert på Lovdata (AR-2017-33). Denne domstolen er nærmere omtalt i arbeidstvistlovens kapittel 4, og jeg skriver om Arbeidsretten i kapittel XVI punkt 2.1.1. I den videre framstillingen trekker jeg inn dommer fra offentlig sektor knyttet til både det individuelle og det kollektive området.

2.2.5 Tariffavtaler

En svært viktig kilde i arbeidsretten er tariffavtalen. Den spiller som allerede nevnt en vesentlig rolle for innholdet av en arbeidsavtale. En må finne fram til en eventuell gjeldende tariffavtale inngått mellom fagforeningen vedkommende arbeidstaker er tilsluttet og arbeidsgiveren/arbeidsgiverforeningen vedkommende arbeidsgiver er tilsluttet. I kommunesektoren vil de to sentrale tariffavtalene være *Hovedtariffavtalen* (Hta. KS) og *Hovedavtalen* (Ha. KS), og i tillegg er det inngått en del særavtaler. Partene i disse er Kommunesektorens arbeidsgiverorganisasjon (KS) på arbeidsgiversiden og de største forbundene som organiserer kommunalt ansatte på arbeidstakersiden. Oslo kommune har som arbeidsgiver inngått egne tariffavtaler med de samme forbundene, og de to sentrale tariffavtalene for Oslo kommune kalles Dokument nr. 24 og Dokument nr. 25.

Utgangspunktet er at de individuelle arbeidsavtalene må stå tilbake for de kollektive tariffavtalene dersom innholdet strider mot hverandre. Tariffavtalen er ufravikelig. Dette utgangspunktet gjelder enten tariffavtalen er til arbeidstakerens ugunst eller til arbeidstakerens fordel, men direkte bare dersom både arbeidsgiveren og arbeidstakeren er bundet av tariffavtalen. Tariffavtaler kan imidlertid også være viktige «alminnelige» kilder, for eksempel i forbindelse med uorganiserte arbeidstakere. Slike spørsmål behandler jeg i kapittel XV punkt 3.4. I den videre framstillingen trekker jeg ofte inn bestemmelser fra Hovedtariffavtalen og Hovedavtalen for kommunal sektor, og i fotnoter refererer jeg til eventuelle bestemmelser i Dokument 24 og Dokument 25 for Oslo kommune.

2.2.6 Arbeidsavtalen

Arbeidsavtalen inngått mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren skaper rettsforholdet dem imellom. Denne individuelle avtalen skal være skriftlig, jf. aml. § 14-5, og aml. § 14-6 foreskriver hva den skriftlige avtalen som et minimum må inneholde.¹³ Alle gjensidige rettigheter og plikter mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver i et arbeidsforhold kan ikke leses ut av den skriftlige kontrakten alene. Ofte er selve avtaledokumentet meget kortfattet. Dersom det foreligger en stillingsbeskrivelse, vil den som regel gi nærmere informasjon om stillingens organisasjonsmessige plassering, de viktigste arbeidsoppgavene og stillingens myndighets- og ansvarsområde. Uansett må avtalen alltid tolkes og utfylles i lys av bestemmelser i lov, forskrift og tariffavtaler og de øvrige kildene vi har å bygge på i arbeidsretten. Ved tolking og utfylling av den skriftlige arbeidsavtalen må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforholdet og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.¹⁴

2.2.7 Reglement

I kommunal virksomhet eksisterer det utallige reglementer, som rettskildemessig kan ha ulik tyngde. Noen reglementer er bindende regler, mens andre er uttrykk for retningslinjer. I arbeidsrettssammenheng kan det for det første være snakk om *arbeidsreglement*, også kalt *personalreglement*. Ut fra arbeidsmiljøloven har kommunene ingen plikt til å utarbeide arbeidsreglement eller personalreglement, men i praksis er dette som regel gjort.¹⁵ Det konkrete innholdet i et arbeidsreglement/personalreglement varierer derfor fra kommune til kommune. Et slikt reglement vil typisk inneholde definisjoner, ordensregler og ulike saksbehandlingsregler, regler for arbeidsordningen, vilkår for ansettelse, oppsigelse og avskjed, bestemmelser om utbetaling av lønninger etc. Arbeidsreglement/personalreglement har først og fremst en opplysningsfunksjon; det gjøres på denne måten kjent sider av hva et arbeidsforhold i virksomheten generelt innebærer. Som selvstendig kilde vil imidlertid et arbeidsreglement sjelden ha stor betydning; det gir hovedsakelig uttrykk for bestemmelser som følger av de øvrige kildene. Dersom bestemmelser i et arbeidsreglement/personalreglement er i strid med ufravikelige rettsregler,

13 Se mal til skriftlig arbeidsavtale i vedlegg i Kommunenes personalhåndbok.

14 Se Rt. 2000 s. 1602 (Nøkkdommen) som jeg refererer i kapittel IV punkt 2.1 og 2.2.

15 Se regler om arbeidsreglement i aml. § 14-16 som i utgangspunktet bare pålegger industriell virksomhet og handels- og kontorvirksomhet å utarbeide dette.

tariffavtaler eller individuell avtale, er disse bestemmelsene i reglementet ikke gyldige. Andre typiske reglementer som gjelder for arbeidstakere kan være retningslinjer om tjenestetelefon, om flyttegodtgjøring, velferdsreglement og permisjonsreglement. *Velferdsreglement/permisjonsreglement* kommer jeg nærmere inn på i kapittel XI punkt 2.8.

2.2.8 Praksis og rettsoppfatninger

Med praksis og rettsoppfatninger sikter jeg til alle de avgjørelser som fattes på arbeidsrettens område som ikke er rettspraksis (som ikke blir gjenstand for domstolsbehandling), og de uttalelser som rettsteorien, forvaltningen og andre gir uttrykk for. I de aller fleste tilfeller er det helt andre rettsanvendere enn dommere som treffer avgjørelser.

Uttalelser fra *Stortingets ombud for forvaltningen* (Sivilombudet) kan være av betydning i offentligrettslig sammenheng.¹⁶ Mange problemstillinger knyttet til det offentlige og arbeidsrett blir sjelden prøvd for domstolene, men ofte henvender arbeidstakere seg til ombudet hvis hun eller han opplever urett. Sivilombudet har ikke kompetanse til å omgjøre vedtak, men uttalelser fra sivilombudet vil ofte tillegges betydelig vekt når det gjelder spørsmålet om å finne fram til gjeldende rett. Et utvalg av Sivilombudets uttalelser publiseres hvert år i en årsmelding til Stortinget, og for øvrig publiseres uttalelsene fortløpende på nettsidene til Sivilombudet. Jeg trekker inn underveis uttalelser for å belyse aktuelle problemstillinger (tidligere Somb. årstall og sidetall, nå SOM årstall og nummer). *Diskrimineringsnemnda* (tidligere Likestillings- og diskrimineringsnemnda – LDN) har ansvaret for at lovgivningen om diskriminering blir etterlevd i praksis.¹⁷ Jeg viser i kapittel III til noen uttalelser og avgjørelser truffet av nemnda og dens forløpere, som var *likestillingsombudet* og *klagenemnda for likestilling*.

Av administrativ praksis kan *Arbeidstilsynets* avgjørelser og fortolkninger nevnes som sentrale, spesielt på området arbeidsmiljøproblematikk.¹⁸ *Tvisteløsningsnemnda* skaper viktig praksis gjennom sine avgjørelser knyttet til tvister om rett til å bli fritatt fra overtidsarbeid eller nattarbeid, om rett til redusert eller fleksibel arbeidstid, rett til permisjon og om fortrinnsrett for

16 Se om Sivilombudet i kapittel XIV pkt. 2.

17 Se om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda i kapittel XIV pkt. 3.

18 Se om Arbeidstilsynet i kapittel XIV pkt. 5.

deltidsansatte.¹⁹ *Lovavdelingen i Justisdepartementet* og uttalelser fra *Arbeids- og sosialdepartementet (ASD)* vil undertiden også være rettesnorer for hvordan arbeidsrettsreglene er å forstå.

Praksis og rettsoppfatning i form av uttalelser fra *KS* som representant for arbeidsgiversiden og tilsvarende fra arbeidstakerorganisasjoner som *Fagforbundet*, *Norsk Tjenestemannslag (NTL)*, *Fellesorganisasjonen (FO)*, *Norsk sykepleierforbund (NSF)* etc. oppleves i det daglige av mange som viktige meldinger om gjeldende rett. Likeledes det som utvikler seg på *den enkelte arbeidsplass* i kommunen. *Professorer og lærebokforfattere* gir også uttrykk for hvordan jussen på området er å forstå. Det viktigste bidraget fra rettsteorien i vår sammenheng ligger i disse fagekspertenes systematisering og formidling av reglene.

Dersom et arbeidsrettslig spørsmål blir satt på spissen, vil domstolene ikke føle seg særlig bundet av praksis og rettsoppfatninger. Som faktor alene teller for eksempel ikke kommunal praksis all verden, selv om den for en ansatt i kommunen ofte oppleves og brukes som den dominerende faktor. Mange problemstillinger får i praksis sin løsning kun ved hjelp av å undersøke hvordan tilsvarende problemstilling tidligere er blitt behandlet i virksomheten, men i metodisk sammenheng blir dette en for snever rettskildebredde. Domstolene vil «sensurere» praksis og rettsoppfatninger i lys av de øvrige rettskildefaktorene.

2.2.9 Internasjonale konvensjoner og EØS-avtalen

Norge har godkjent en rekke internasjonale konvensjoner som faller innenfor arbeidsrettens område; så å si alle hovedemnene innen arbeidsretten er dekket av én eller flere konvensjoner. Dersom myndighetene ratifiserer (godkjenner) en internasjonal konvensjon, er Norge folkerettslig bundet av konvensjonens innhold.²⁰ Det vil si at Norge internasjonalt er forpliktet til å følge opp disse bestemmelsene, men enkeltindividet får ikke rettigheter og plikter direkte av konvensjonen. Hvis konvensjonen inkorporeres i norsk rett, blir den bindende. Inkorporering skjer ved at konvensjonen blir vedtatt i sin helhet som norsk lov i sin opprinnelige form og tekst. Det er tilfellet med *Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)* og *FN-konvensjonene om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK)* og *om sivile og politiske rettigheter (SP)*. Disse

19 Se om Tvisteløsningsnemnda i kapittel XIV pkt. 4.

20 Folkerett er internasjonal rett som i hovedsak bestemmer rettsforholdet mellom stater eller mellom stater og internasjonale organisasjoner.

konvensjonene er direkte gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven.²¹ Det samme gjelder *FNs kvinnekonvensjon*. Også *FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK)* er inkorporert direkte i norsk lov.²² Flere bestemmelser i disse konvensjonene vedrører arbeidsrettslige spørsmål, og jeg viser til disse bestemmelsene blant annet i kapittel III om diskriminering, kapittel IV punkt 3.1 om lojalitetsplikt og yringsfrihet, og i kapittel XV punkt 1.4 om organisasjonsretten. En annen framgangsmåte er at konvensjonen transformeres til norsk rett ved at norsk lovgivning tilpasses til konvensjonen: nye lovbestemmelser vedtas, eksisterende lovgivning endres eller allerede etablerte rettsregler oppheves. I tillegg er det slik at norsk rett skal tolkes i overensstemmelse med internasjonale forpliktelser som staten Norge har – ofte betegnet som presumsjonsprinsippet. Sentrale konvensjoner har organer koblet til seg som overvåker etterlevelsen av forpliktelsene. Konvensjonsorganenes tolking og praksis får derfor stor betydning for tolkingen av norsk regelverk innenfor de ulike konvensjonenes områder.²³

Avtalen om det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (*EØS-avtalen*) mellom Den europeiske union (EU) og Norge, Island og Liechtenstein som medlemmer i European Free Trade Association (EFTA) er også en folkerettslig avtale som er gjort til norsk lov. EØS-avtalen medfører at Norge forplikter seg til å respektere EUs felles arbeidslivsregler. Ny EU-lovgivning som er relevant for EØS-avtalen innlemmes etter hvert som nye direktiver i avtalen; minimumsregler som igjen må innlemmes i norsk rett. I forbindelse med EØS-avtalen er det derfor foretatt en rekke lovendringer, blant annet i arbeidsmiljøloven. EFTA Surveillance Authority (*ESA*) er opprettet for å overvåke at EFTA-landene følger sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Mener ESA at det er foregått et traktatbrudd, kan saken i siste instans fremmes for en egen domstol – *EFTA-domstolen*. Denne domstolen treffer avgjørelser fremmet av ESA hvis ESA mener det er foregått traktatbrudd. EFTA-land kan på sin side fremme ugyldighetssøksmål knyttet til ESA-avgjørelser. Ugyldighetssøksmål kan også fremmes av privatpersoner eller foretak hvis ESA-avgjørelsen er rettet direkte til vedkommende eller når en avgjørelse rettet til en annen direkte angår vedkommende. En særlig viktig funksjon for EFTA-domstolen er å gi rådgivende uttalelser til nasjonale domstoler i EFTA-landene som svar på

21 Menneskerettslovens formål er å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det betyr at også menneskerettskonvensjoner som ikke er gjort til norsk lov skal være tungtveiende rettskilder; se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 39.

22 Se ldl. § 5.

23 Se Arnesen og Stenvik (2015) *Internasjonalisering og juridisk metode*.

spørsmål de stiller om fortolkningen av avtalen. Dette er viktige kilder for den rettslige forståelsen av norske regler som har sitt utspring i EØS-avtalen. Systemet innebærer videre at EØS-regelverket skal tolkes og praktiseres i tråd med EUs regelverk. Domstolen som skal påse at EUs regelverk etterleves på en enhetlig måte i medlemslandene heter Den europeiske unions domstol (*EU-domstolen*).²⁴ Avgjørelser av EUs dømmende myndighet vil direkte bare være bindende for medlemslandene, men både ESA og EFTA-domstolen må hele tiden se hen til hvilken forståelse EU-domstolen legger til grunn gjennom sine avgjørelser.²⁵ Flere steder i denne boka henviser jeg til aktuelle EU-direktiver, og i forbindelse med temaet virksomhetsoverdragelse i kapittel XIII trekker jeg inn flere rettsavgjørelser fra EU-domstolen.

Også en rekke andre internasjonale konvensjoner inneholder bestemmelser av betydning på arbeidsrettens område, ikke minst *ILO-konvensjonene*. ILO er den engelske forkortelsen for Den internasjonale arbeidsorganisasjonen – en mellomstatlig særorganisasjon innenfor FN-systemet som har arbeidsliv og sosialpolitikk som sitt område. Norge er ett av over 150 medlemsland og har tiltrådt til sammen ca. 100 konvensjoner. ILO har blant annet opprettet en internasjonal ekspertkomité som har til oppgave å granske eventuelle uoverensstemmelser mellom ratifiserte konvensjoner og det enkelte lands rett og praksis. Slik sett vil uttalelser fra denne komitéen også kunne innvirke på vår forståelse og tolking av norske regler. Jeg viser til ILO blant annet i kapittel III om diskriminering, kapittel XV punkt 1.4 om organisasjonsrett og kapittel XVI punkt 4.5 om bruk av voldgift. Til slutt nevner jeg *Den europeiske sosialpakt [ESP]* som er en konvensjon Norge sist ratifiserte i 2001. Pakten har sitt utspring i Europarådet, og inneholder blant annet bestemmelser som jeg henviser til i kapittel XV punkt 1.4 om organisasjonsrett.

2.2.10 Reelle hensyn/vurderinger

Med rettskildedefaktoren reelle hensyn mener jeg rettsanvenderens egen vurdering. Denne rettskildedefaktoren er av en annen art enn de forannevnte; den er mer subjektiv – mer avhengig av deg som rettsanvender – enn de øvrige. Det er rettsanvenderens mer personlige vurderinger det her siktes til. Som jeg påpeker foran med Boe sine ord, er jussen en blanding av erkjennelse og stil-

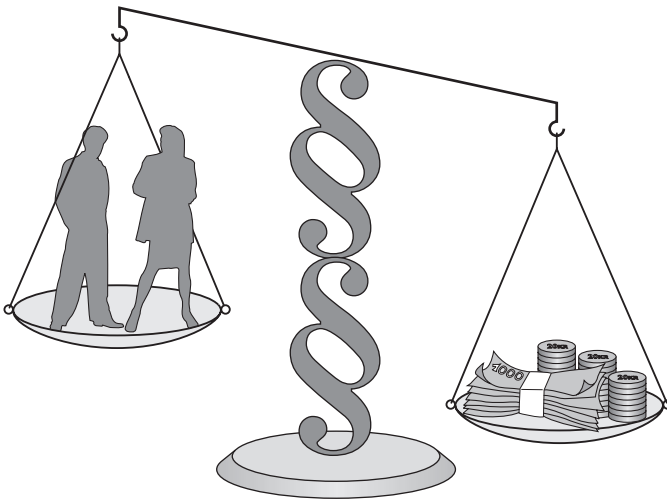
24 EU-domstolen het fram til 1. desember 2009, da Lisboa-traktaten trådte i kraft, EF-domstolen.

25 Se Sejersted, Arnesen, Rognstad og Kolstad (2011): *EØS-rett* for en nærmere gjennomgang av EØS-avtalen og rettskildespørsmål.

lingtaken. At rettsanvenderen må vurdere, ligger i både det å tolke og forstå de andre kildene og å vurdere hvordan disse skal avveies i forhold til hverandre. Derneft kan reelle hensyn/vurderinger komme inn som en selvstendig rettskildedefaktor. Som selvstendig rettskildedefaktor kan det være nyttig å klassifisere reelle hensyn i tre hovedtyper: formålsbetraktninger, interesseavveiiinger og rettferdighets- eller rimelighetsvurderinger.

Formålsbetraktninger er vurderinger som går ut på å synliggjøre argumenter som i best mulig grad ivaretar en regels formål eller intensjon. Mange lover har egne formålsbestemmelser eller de framgår av forarbeidene til loven. I andre sammenhenger vil du kunne bygge på formål selv om de ikke kan tilskrives lovgiver. Hvis du for eksempel i en ansettelsessak vurderer spørsmålet om offentlig kunngjøring eller ikke, og legger vekt på at offentlig kunngjøring i størst grad ivaretar prinsippet om likebehandling og ivaretagelse av publikums tillit til forvaltningen, foretar du en formålsbetraktning. Når du legger vekt på argumenter ut fra hvor godt eller dårlig formålet med regelen realiseres, bruker du rettskildedefaktoren reelle hensyn i form av en formålsbetraktning.

Rt. 1997 s. 37, som jeg refererer nærmere nedenfor i kapittel IX punkt 2.2.3, gjelder ferieavvikling og oppsigelsestid. I dommen uttrykker Høyesterett blant annet: «Slik rettskildesituasjonen er, må reelle hensyn tillegges betydelig vekt.» Førstvoterende framhever at reglene i ferieloven er verneregler som skal ivareta arbeidstakernes behov for fullverdig ferie, samtidig som oppsigelsestiden gir områingstid for å søke nytt arbeid. Høyesterett



Figur I-4: Interesseavveiiing

legger her til grunn en formålsbetraktning. Denne høyesterettsdommen er for øvrig en god illustrasjon på rettskildebruk generelt.

Interesseavveininger er vurderinger hvor både de «positive» og de «negative» virkningene en avgjørelse kan tenkes å ha, synliggjøres. Dette er den klassiske juridiske tankemodellen med å veie pro og contra. Du legger i prinsippet konkrete argumenter for ulike interesser som er involvert på hver sin vekt-skål, og vurderer til slutt hva som veier tyngst. Både individuelle hensyn og generelle hensyn kan her komme i betraktning. Jeg symboliserer denne typen reelle hensyn med figur I-4 foran. Flere steder i denne boka vil denne figuren gå igjen for å vise at problemstillinger må løses ut fra konkrete interesseavveininger mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker.

I noen tilfeller vil ordlyden i en lovtekst direkte angi at det skal foretas en interesseavveining. Et eksempel er aml. § 15-7 andre ledd andre punktum. Bestemmelsen medfører at saklighetskravet knyttet til oppsigelse med basis i virksomhetens forhold, skal sees i lys av virksomhetens behov for drifts-innskrenkning/rasjonalisering målt opp mot ulempene oppsigelsen påfører arbeidstakeren.

LG-1992-678 fra Gulating lagmannsrett som er omtalt i kapittel XII punkt 2.3.2, gjelder en oppsigelse som ble kjent ugyldig fordi lagmannsretten ikke ble overbevist om at kommunen hadde foretatt en slik interesseavveining som de plikter i henhold til daværende aml. § 60 nr. 2 andre punktum (tilsvarer aml. § 15-7 andre ledd andre punktum).

Rettferdighets- eller rimelighetsbetraktninger er vurderinger hvor du argumenterer med hva som virker mest rimelig eller rettferdig i et konkret tilfelle. Søkelyset rettes mot hva som er et godt resultat i den konkrete situasjonen, og ikke hvilke løsninger som generelt sett virker bra. Denne typen vurdering har ikke med konsekvenser å gjøre.

Rt. 1976 s. 614 – som jeg refererer nærmere i kapittel II punkt 2.2.2 – synliggjør denne typen bruk av reelle hensyn. Høyesterett godtok i dette konkrete tilfellet at sosiale forhold ble tillagt vekt ved tilsetning av en vaktmester ved en skole, men det ble ikke tatt standpunkt til hvorvidt det ved offentlige ansettelser generelt er saklig å legge vekt på søkeres sosiale forhold.

Reelle hensyn/vurderinger spiller en større rolle i rettskildebruken enn språkbruken tilsier. Rettsanvendere har en tendens til å ville objektivisere avgjørelser. I løsningen av juridiske spørsmål må du imidlertid hele tiden foreta valg og avgjørelser som igjen innebærer at du bygger på vurderinger. Likevel vil den

juridiske metoden skille seg fra dagliglivets synsinger ved at vurderingene du foretar må være systematiske og sees i lys av klarheten og vekten av de øvrige rettskildefaktorene.

2.3 Særlover og tariffavtaler for statlig sektor

Som jeg nevner foran, er det to særlover som gjelder for ansatte i staten. Statsansatteloven av 16. juni 2017 nr. 67 gjelder for den som er arbeidstaker i staten jf. statsansattel. § 1 første ledd.²⁶ Dette vil for eksempel være alle som er ansatt i en ordinær statlig virksomhet, som et departement eller direktorat. Arbeidstakere i departementenes underliggende virksomheter omfattes også av statsansatteloven. Dette er en uensartet gruppe som driver forvaltning, rådgiving, kontroll, forretningsmessig tjenesteyting etc. Eksempler på underliggende virksomheter til Arbeids- og sosialdepartementet er Arbeids- og velferdsetaten (NAV) og Arbeidstilsynet. Underliggende virksomheter til Kunnskapsdepartementet er for eksempel statlige høyskoler og universiteter og Norges forskningsråd. Et sentralt kriterium for at virksomheten er statlig er at den er omtalt i statsbudsjettet, men en helhetsvurdering vil være avgjørende. Forarbeidene viser til at det kan være relevant å vektlegge hvilke funksjoner og oppgaver virksomheten utøver for stat og samfunn, og om virksomheten driver myndighetsutøvelse i form av maktmidler eller sanksjonsmuligheter.²⁷ Som jeg nevner foran, faller ansatte i virksomheter som er egne rettssubjekter i form av statsaksjeselskap, statsforetak og særlovsselskaper utenfor statsansattelovens virkeområde.²⁸ Det samme gjelder de regionale helseforetakene (Helse Sør-Øst, Helse Vest etc.).²⁹ De ansatte ved sykehusene er altså ikke «arbeidstakere i staten». Arbeidstakere i virksomheter organisert etter særlige lover er ikke en del av statsforvaltningen og faller derfor utenfor statsansatteloven.

Blant arbeidstakerne i staten er noen utnevnt som embetsmenn av Kongen, de øvrige betegnes statsansatte. Embetsmenn holder jeg utenfor bokas tematikk. For arbeidstakere i staten gjelder imidlertid også arbeidsmiljøloven, men slik at statsansatteloven kommer i tillegg til arbeidsmiljøloven og går

26 Se om statsansatteloven i min bok Gerd Engelsrud (2018): «Statsansatteloven – særlov om ansettelse og opphør av arbeidsforhold i staten», Cappelen Damm Akademisk og Borgerud og Løwenborg (2020): *Statsansatteloven – Lovkommentar*. Universitetsforlaget.

27 Se Prop. 94 L (2016–2017) pkt. 8.4.

28 Se for eksempel lov av 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak (statsforetaksloven) § 4.

29 Se lov av 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven) § 5.

foran hvis reglene er i motstrid med hverandre.³⁰ Statsansatteloven har spesialregler om ansettelse, som jeg gjennomgår i kapittel II punkt 9 og om opphør, som jeg gjennomgår i kapittel XII punkt 4. Det er også gitt en forskrift til statsansatteloven, som jeg viser til i konkrete tilfeller. Lovregler og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper i individuell arbeidsrett i stat og kommune er for øvrig identiske.

Den andre særloven for statlig sektor er tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr. 2 (tjvtl.) som er knyttet til kollektiv arbeidsrett. Denne loven bygger hovedsakelig på de samme prinsippene som den foran nevnte arbeidstvistloven, men er tilpasset de spesielle forholdene i staten. Når det gjelder kollektiv arbeidsrett, er altså kommunesektoren og statlig sektor regulert av to forskjellige lover. Jeg behandler tjenestetvistloven i denne boka i kapittel XV punkt 3.7 og i kapittel XVI punkt 5.

I staten som i kommunen heter de to sentrale tariffavtalene Hovedtariffavtalen (Hta. stat) og Hovedavtalen (Ha. stat). Imidlertid har staten siden 2016 inngått to hovedtariffavtaler. De er likelydende, bortsett fra på punkter som berører forhandlingsordning og lønssystem. Jeg viser derfor i aktuelle kapitler til Hovedtariffavtalen (stat), og forklarer kort forskjellene i kapittel VII punkt 1.3. I tillegg er det inngått en mengde særavtaler, for eksempel særavtale om flyttinggodtgjørelse, særavtale om fleksibel arbeidstid, særavtale om ferie etc.³¹

Alle statlige virksomheter utarbeider reglement, se statsansattel. § 2, som fastslår plikten til å utarbeide personalreglement i den enkelte virksomhet.³² Personalreglementet fastsettes etter avtale mellom arbeidsgiversiden og fagforeningsrepresentanter i den enkelte virksomhet, jf. ordlyden i statsansatteloven § 2 første ledd. Det konkrete innholdet i et personalreglement vil kunne variere fra én statlig virksomhet til en annen.

2.4 Oppsummering

Rettskildefaktorene presenteres foran én for én, men i praksis vil bruken av dem ofte gripe inn i eller overlape hverandre. Din forståelse av tariffavtalen vil for eksempel være preget av at du kjenner til lovens ordlyd. Tolkningen av loven vil igjen være avhengig av hva du vet rettspraksis har uttalt, og retts-

30 Se om forholdet til arbeidsmiljøloven i Prop. 94 L (2016–2017) pkt. 8.9.

31 Sph. (2021) gir en oversikt over sentrale avtaler i kap. 9.

32 Lovens ordlyd i § 2 første ledd siste setning åpner opp for at det kan inngås personalreglement for grupper av virksomheter. Eksempel kan være et felles reglement for departementene.

praksis vil være avhengig av lovens ord osv. De fleste av rettskildefaktorene tvinger deg til å se tilbake – hva er bestemt, hva er sagt, skrevet og gjort før på området. Metoden i jussen blir derfor i stor grad tilbakeskuende og konserverende. Dette kan oppleves som en bremse på utvikling. Samtidig har jussen en viktig rolle når det gjelder rettsikkerhet. En sentral del av rettsikkerheten går nettopp på at forvaltningen skal følge på forhånd opptrukne regler – avgjørelser skal være forutsigbare og ikke innebære urimelig forskjellsbehandling.

For deg som skal ta stilling til arbeidsrettslige spørsmål – være rettsanvender – blir det derfor en utfordring å finne fram til de juridiske rammene du må operere innenfor og det spillerommet dette regelverket gir. Stikkordsmessig består oppgaven i å finne fram til hvorvidt det foreligger en arbeidsrettslig problemstilling, og å skille ulike problemstillinger fra hverandre. Dernest må du finne fram til rettskildefaktorene som er aktuelle og tolke disse i den enkelte sak, før du veier dem i forhold til hverandre. Ut fra en slik metodisk framgangsmåte skal du trekke konklusjonen.

3 Begreper og særtrekk

I dette punktet vil jeg kort poengtere hva som særmerker rettsreglene i arbeidsrett, men først vil jeg forklare begrepene arbeidstaker og arbeidsgiver.

3.1 *Arbeidstaker*

Begrepet arbeidstaker er sentralt og grunnleggende, idet begrepet har funksjon som et «inngangsvilkår» for rettigheter, plikter og vern etter arbeidsrettslig lovgivning. I aml. § 1-8 første ledd, feriel. § 2 og arbtvl. § 1 a) er begrepet definert som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Også andre lover benytter arbeidstakerbegrepet både med og uten legaldefinisjoner. Selv om kjernen i arbeidstakerbegrepet er felles, må det likevel tas utgangspunkt i den konkrete loven eller det rettsforholdet det er snakk om. Formuleringen i aml. § 1-8 første ledd, feriel. § 2 og arbtvl. § 1 a) bruker uttrykket «enhver». Det omfatter alle som er ansatt i virksomheten, både ledere, saksbehandlere, ufaglærte, deltidsansatte, ekstrahjelp etc. Formuleringen «i en annens tjeneste» innebærer at du må være ansatt for å være arbeidstaker – relasjonen må ha karakter av et ansettelsesforhold. Ved denne formuleringen utelukkes fra arbeidstakerbegrepet alle de som er politisk valgte. Kommunestyremedlemmer, fylkestingsmedlemmer, ordførere, byrådene i et parlamentarisk styringsystem, medlemmer i faste utvalg etc. reguleres ikke av arbeidsmiljøloven og

ferieloven.³³ Generelt utelukkes fra arbeidstakerbegrepet alle som utfører en lovpålagt plikt til å motta verv som valgte medlemmer til offentlige råd, styrer og nemnder. I fagforeningssammenheng vil også ofte arbeid som utøves være preget av medlemskap i foreningen og valg til verv, og dermed falle utenfor arbeidstakerbegrepet.

I Rt. 1995 s. 2018 fastslår Høyesteretts kjæremålsutvalg at arbeidsmiljøloven ikke gjelder for «den rene tillitsvalgte». Det følger av kjennelsen at skal arbeidsmiljøloven komme til anvendelse, må det i tillegg eller ved siden av være noe som gjør forholdet til et ansettelsesforhold.

Formuleringen i lovverket avgrenser også arbeidstakerbegrepet mot selvstendig næringsdrivende, konsulenter, oppdragstakere, frilansere etc. En advokat som for eksempel påtar seg et oppdrag for en kommune, er ikke i noe arbeidstakerforhold til kommunen selv om en vesentlig del av vedkommendes arbeidskraft brukes på kommunens oppdrag. Blir personen derimot ansatt som kommuneadvokat, vil vedkommende være arbeidstaker i kommunen selv om arbeidsoppgavene ikke blir vesentlig endret. Til tider kan det være vanskelig å avgjøre om et tilfelle er et selvstendig oppdragsforhold eller et vanlig ansettelsesforhold. Dette skyldes blant annet utviklingen med bruk av konsulenter, kontraktørvirksomhet, prosjektoppdrag og flere andre former for alternativer til ordinær ansettelse. Eksempelvis kan det arbeidsrettslige forholdet for omsorgslønsmottakere, støttekontakter, fosterforeldre, skjenkekontrollører, viltoppsynsmenn etc. være problematisk å avgjøre. Dersom definisjonen av «arbeidstaker» ikke fanger inn situasjonen, vil for eksempel reglene om oppsigelsesvern og oppsigelsesfrister i arbeidsmiljøloven eller rett til ferie og feriepenger etter ferieloven ikke komme til anvendelse. Poenget er at arbeidsforholdet da må reguleres via en oppdragskontrakt hvor de alminnelige avtalerettslige regler gjelder, og ikke arbeidsmiljøloven, ferieloven og arbeidstvistloven.

Som en grov rettesnor er det ved arbeidstakerforhold den personlige arbeidsplikt som er gjort til kontraktsgjenstand, mens ved selvstendige oppdragsforhold er det arbeidsresultatet som er kontraksregulert. I hvert enkelt tilfelle må det foretas en konkret helhetsvurdering. Avgjørende blir om avtalen samlet sett har så mange felles trekk med ordinære arbeidsavtaler at regelsett

33 HR-2016-589-A gjelder spørsmålet om en ordfører med heltidsgodtgjøring for vervet skulle ansees som arbeidstaker etter folketrygdloven. Høyesterett sier nei og kommunen kunne derfor ikke kreve refusjon fra NAV for utbetalt godtgjøring ut over arbeidsgiverperioden.

for disse kommer til anvendelse. I denne vurderingen er det de reelle underliggende forholdene som er avgjørende.³⁴ Ut fra forarbeider og rettspraksis er typiske momenter i denne vurderingen følgende (listen er ikke uttømmende)³⁵:

- hvorvidt arbeidet må utføres av vedkommende personlig eller om det kan brukes medhjelpere
- hvor selvstendig stilling vedkommende har i utøvelsen av arbeidet
- hvorvidt vedkommende selv må holde utstyr og hjelpemidler for å utføre arbeidet
- hvem som har risikoen for arbeidsresultatet
- måten vederlaget skal betales på
- hvem som skal betale pliktige avgifter som for eksempel trygdeavgift og skatt
- hvorvidt tilknytningsforholdet mellom partene har en stabil karakter og er oppsigelig med bestemte frister
- hvorvidt den som utfører arbeidet gjør tilsvarende for andre

Den arbeidsrettslige stillingen til støttekontakter, fosterforeldre, omsorgslønsmottakere etc. har ofte blitt problematisert. Hvorvidt disse er arbeidstakere eller ikke, må i prinsippet avgjøres ut fra den samme type tankegang som jeg har skissert ovenfor. Begrepet støttekontakt, omsorgslønsmottaker etc. gir i seg selv ikke grunnlag for å klassifisere forholdet som et arbeidstakerforhold eller oppdragsforhold. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering av den enkelte avtale. Det avgjørende er om forholdet totalt sett har tilstrekkelige fellespunkter med et typisk arbeidstakerforhold eller ikke. I 2013 avsa Høyesterett to dommer knyttet til arbeidstakerbegrepet. Den ene gjelder en kontrakt med staten om plassering av barn i et beredskapshjem, og den andre gjelder en kontrakt med en kommune om å være avlaster i en familie med et sterkt funksjonshemmet barn, se nedenfor.

Rt. 2013 s. 342 (Beredskapshjem) gjelder en kontrakt hvor C forplikter seg til å være et statlig beredskapshjem. I standardkontrakten betegnes C som oppdragstaker, men hun mener selv at hun er ansatt og arbeidstaker etter aml. § 1-8. Høyesterett fant ved gjennomgang av de tradisjonelle kriteriene holdepunkter som trakk i begge retninger, men flertallet konkluderer med at oppdraget i sin karakter skiller seg grunnleggende

34 Se Rt. 2007 s. 1458 hvor førstvoterende i Høyesterett uttrykker at fortolkningen av arbeidstakerbegrepet «må i et tilfelle som dette bero på en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i saken. Det er momenter som peker i begge retninger.»

35 Se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) pkt. 6.1 og HR-2016-1366-A.

fra et ordinært arbeidsforhold. Kontrakten handlet om å stille et hjem til rådighet og behandle et barn som familiemedlem, noe som førstvoterende mener «skiller seg klart fra hva som naturlig kan karakteriseres som 'arbeid i annens tjeneste'». I premissene uttaler førstvoterende dessuten at det ikke kan være tvil om at oppdrag som ordinære fosterforeldre faller utenfor arbeidstakerbegrepet, og at det samme må gjelde for beredskapshjem.

Rt. 2013 s. 354 (Avlaster I) gjelder spørsmålet om A, som arbeidet som avlaster i en familie med tyngende omsorgsarbeid, er å anse som arbeidstaker i kommunen og dermed har krav på feriepenger. Den konkrete avtalen var en standardkontrakt som sa uttrykkelig at avlaster ikke var arbeidstaker, men Høyesterett viser til at det avgjørende er om A reelt sett er en arbeidstaker eller ikke. Ferieloven er preseptorisk, og det kan derfor ikke tillegges vekt hva kontrakten selv sier. I den skjønnsmessige helhetsvurderingen vektlegger førstvoterende bl.a. at det er klart at kontrakten er knyttet til A sin personlige arbeidskraft, at A er i et avhengighets- og underordningsforhold til kommunen og at hjelpemidler, utgifter etc. knyttet til arbeidet ble stilt til rådighet for A. En enstemmig dom konkluderer med at A er å betrakte som arbeidstaker og dermed har krav på feriepenger.

I 2016 avsa Høyesterett en ny dom innenfor samme problemområde – spørsmålet her var om arbeidet som avlaster og støttekontakt skulle betraktes som et arbeidstakerforhold eller et oppdragsforhold.

HR-2016-1366-A (Avlaster II) gjelder spørsmålet om en kvinne som hadde avtale om å være avlaster og støttekontakt knyttet til en gutt med Downs syndrom var arbeidstaker eller ikke i Ålesund kommune. Arbeidsforholdet som startet i 2003/2004 var basert på tidsbegrensede oppdragsavtaler av typisk to års varighet. Det påpekes i dommen at forholdet ligner på «avlasterdommen» som det er referert til foran, dog med en forskjell at avlastningsarbeid foregår i avlasters eget hjem. Denne siden av saken kan minne om et viktig moment i «beredskapshjemdommen» også referert til foran. Førstvoterende mener imidlertid at det ikke er av betydning, idet kjernen er å gi avlastning til foreldre, ikke å tilby gutten et annet hjem enn det daglige. Det vises til at selv om egen bolig var base for avlastningsoppdraget, var avlaster «på jobb» i avlastningsperioden. Avtalen om støttekontakt ble av førstvoterende vurdert på samme måte med henvisning til at den er av personlig karakter og inngår i et helhetlig brukerstyrt tjenestetilbud som gjør det kunstig å differensiere arbeidstakerbegrepet i relasjon til de to tjenestene.

Arbeidstakerbegrepet forutsetter i utgangspunktet et avtaleforhold. Arbeid som utføres med hjemmel i en lovbestemt plikt vil derfor i utgangspunktet faller utenfor arbeidsmiljøloven.³⁶ Lov av 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i NAV § 20 hjemler rett til å pålegge en sosialklient arbeidsplikt, men klienten vil i et slikt tilfelle normalt ikke falle inn under arbeidstaker-

36 Se kommentarer til aml. § 1-8 note 2 av Henning Jakhelln i Jakhelln, Aune, Kroken, Lenth og Egeland nettsted Fagbokforlaget.

begrepet. Her er det forholdet for klienten i form av arbeidstrening/aktivitet og økonomisk stønad som preger forholdet. Hensikten med å sette vilkår om arbeidsplikt er å bedre mulighetene for den enkelte til på sikt å kunne sørge for seg selv. Meningen er ikke å erstatte vanlig arbeidskraft.

ARD 1994 s. 16 vurderer en slik situasjon i relasjon til arbeidstakerbegrepet i arbeidstvistloven, og framhever blant annet at et arbeidstakerforhold som alminnelig regel bare omfatter arbeidsforhold som er etablert frivillig gjennom avtale – ved ansettelse eller til-tredelse – eventuelt i kombinasjon med forvaltningsvedtak. I denne saken ble det påpekt vesentlige forskjeller mellom klientens situasjon og en arbeidstakerposisjon, og flertallet i Arbeidsretten kom derfor til at arbeidstakerbegrepet ikke fanget inn tilfellet.

I NOU 2021:9 «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv» drøftes arbeidstakerbegrepet og grensen mot selvstendige oppdragstakere inngående. Flertallet i utvalget foreslår endringer i aml. § 1-8 første ledd, herunder at sentrale momenter skal framgå av ordlyden og en lovfesting av en presumsjonsregel. NOU 2021:9 er i skrivende stund på høring med høringsfrist 1.11.2021.

3.2 *Arbeidsgiver*

Begrepet arbeidsgiver er definert i aml. § 1-8 andre ledd første setning og i arbtvl. § 1 b) som «enhver som har tilsatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Kjerneinnholdet i arbeidsgiverbegrepet er posisjonen som part i en arbeidsavtale.³⁷ Arbeidsmiljølovens § 14-6 første avsnitt bokstav a medfører også at arbeidsgiverens identitet skal framgå av skriftlig arbeidsavtale. Meningen er å peke ut den juridiske personen / den juridiske personens organer som er øverste ledelse i virksomheten. I kommunal sammenheng er det kommunestyret/fylkestinget som formelt er arbeidsgiver for de kommunalt ansatte. I den grad kommunen velger organisasjonsformer som har i seg at deler av virksomheten skilles ut som egne rettssubjekter, eksempelvis som aksjeselskaper eller interkommunale selskaper, vil arbeidsgiver være styret i aksjeselskapet eller styret for det interkommunale selskapet. Dette vil stort sett være sammenfallende med hvor den reelle avgjørelsesmyndigheten også ligger, men i noen tilfeller er det reist spørsmål om det foreligger et delt arbeidsgiveransvar. Dette omtales ofte som den ulovfestede «læren om delt arbeidsgiveransvar på særskilt grunnlag». Høyesterett har imidlertid uttalt at

37 Se om nyansering av arbeidsgiverbegrepet i Hotvedt, Marianne Jenum (2016): «*Arbeidsgiverbegrepet*», og i NOU 2021:9 «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv» pkt. 8.2.

dette er en snever unntaksregel og at det skal mye til før et annet foretak enn den formelle arbeidsgiveren kan ansees for å ha del i arbeidsgiveransvaret.³⁸

Rt. 1997 s. 623 (PPD), som jeg refererer i kapittel XII punkt 2.3.1, omhandler arbeidsgiverbegrepet i interkommunalt samarbeid. Høyesterett fastslo at PPD-senteret var et selvstendig rettssubjekt og at styret ved senteret var formell arbeidsgiver. I vurderingen ble det også pekt på at alle sentrale arbeidsgiverfunksjoner i praksis var utøvd av styret.

I den daglige, praktiske hverdagen er bestemmelsen i aml. § 1-8 andre ledd andre setning viktig. Bestemmelsen medfører at ansvaret knyttet til arbeidsgiveren utvides til også å gjelde «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten». I en kommune vil for eksempel kommunedirektøren og sektorsjefer falle inn under denne betegnelsen. I praksis fanger det inn alle som på vegne av arbeidsgiveren ivaretar et ledelsesansvar. Poenget er at enkelte ansatte pålegges de samme plikter som arbeidsgiver. En mellomleder vil i praksis være i en arbeidsgiverposisjon vis-à-vis sine underordnede, men i en arbeidstakerposisjon vis-à-vis sine overordnede.

3.3 *Arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet i staten*

Statsansatteloven har en egen definisjon av «statsansatt» som enhver arbeidstaker i staten som ikke er embetsmann, jf. statsansattel. § 1 andre ledd siste setning. Arbeidstakerbegrepet her må forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven. Det sies eksplisitt i lovteksten at loven ikke gjelder for statsråder, statssekretærer og politiske rådgivere, jf. statsansattel. § 1 tredje ledd. Generelt utelukkes fra arbeidstakerbegrepet alle som utfører en lovpålagt plikt til å motta verv som valgte medlemmer til offentlige råd og styrever. Lekdommerne i rettssystemet er et annet eksempel på valgte personer som dermed ikke er arbeidstakere i staten. Ordet ombud er vanligvis et ord som brukes om verv som en person blir valgt til eller utpekt til å utføre. Stortingspolitikere er ombudsmenn. Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudet) velges av Stortinget for en fireårsperiode, og er derfor ikke arbeidstaker. Diskriminerings- og likestillingsombud, barneombud og flere andre stillinger i det offentlige er likevel arbeidstakere selv om uttrykket ombud er brukt. Det er den reelle situasjonen knyttet til om vedkommende er valgt eller ansatt etter en normal ansettelsesprosedyre som avgjør, ikke bruken av begrepet

38 HR-2018-2371-A (Norwegian). Flertallet i utvalget bak NOU 2021:9 «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv» foreslår å lovfeste dette særskilte arbeidsgiveransvaret i aml. § 1-8 andre ledd. NOU 2021:9 er i skrivende stund på høring med høringsfrist 1.11.2021.

ombud i tittelen. For å være arbeidstaker må relasjonen ha karakter av et ansettelsesforhold.

I staten er arbeidsgiverbegrepet knyttet til den enkelte virksomhet, den enkelte statsetat etc.³⁹ Begrepet «statlig virksomhet» er ikke lovdefinert. De ordinære statlige forvaltningsorganene, som for eksempel det enkelte departement, er en virksomhet i denne sammenhengen. Likeledes er hvert enkelt universitet og hver enkelt høyskole én virksomhet og en egen arbeidsgiver. Det samme gjelder hver enkelt etat som Skatteetaten, Arbeidstilsynet, Statens vegvesen etc.⁴⁰ Hva som er én virksomhet vil framgå av personalreglementet. Hver virksomhet utarbeider sitt personalreglement, jf. statsansattel. § 2. En stor statlig etat er Arbeids- og velferdsetaten (NAV-stat), som har ansvaret for gjennomføringen av arbeidsmarkeds-, trygde- og pensjonspolitikken.⁴¹ NAV-stat er i vårt perspektiv én statlig virksomhet og én arbeidsgiver som ledes av Arbeids- og velferdsdirektoratet. Det spesielle i arbeids- og velferdsforvaltningen er imidlertid at den statlige etaten og kommunene er pålagt et partnerskap. I lovs form er det bestemt at det lokalt skal etableres felles NAV-kontorer hvor deler av den kommunale sosialtjenesten inngår.⁴² Denne felles forvaltningen mellom stat og kommune omtales som arbeids- og velferdsforvaltningen, og må altså ikke forveksles med Arbeids- og velferdsetaten (NAV-stat). Dersom en statlig etat/virksomhet – som for eksempel NAV-stat – består av flere administrativt eller geografisk spredte enheter, vil arbeidsgiver være det øverste sentrale styringsorganet.⁴³ Imidlertid kan arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet forstås forskjellig avhengig av det aktuelle spørsmålet. Begrepet kan være relatert til tariffavtale og til ulike rettsspørsmål om fortrinnsrett, ansiennitet, virksomhetsoverdragelse, lønnsmessig likebehandling, arbeidstid/overtid etc. og må tolkes i lys av sammenhengen det brukes i. Den som utøver arbeidsgiverfunksjonen på vegne av virksomheten har også et

39 Se Prop. 94 L (2016–2017) pkt. 8.4. Hovedavtalen i staten § 4 nr. 2 definerer virksomhet som «hver statsetat eller institusjon».

40 Rt. 1998 s. 1357 som jeg refererer nedenfor i kapittel VIII punkt 3.4, inneholder premiser som er inne på hvorvidt en slik relativ forståelse i statlig sektor også skulle tilsi det samme i Oslo kommune med sin størrelse og desentraliserte organisering, men flertallet fant ikke det riktig.

41 Lov av 16. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV-loven) § 4 første ledd.

42 NAV-loven § 13 første ledd.

43 Det enkelte fagdepartement viser på sine nettsider www.regjeringen.no oversikt over underliggende virksomheter og tilknyttede virksomheter. KMD har et overordnet ansvar for organiseringen.

arbeidsgiveransvar, jf. aml. § 1-8 andre ledd. Dette kan være virksomhetens administrasjon, det kan være egne ansettelsesorganer etc.

3.4 Arbeidsgiverens styringsrett

Partene i en arbeidskontrakt – arbeidsgiveren og arbeidstakeren – står i en ganske forskjellig posisjon når det gjelder de rettigheter og plikter arbeidskontrakten medfører for hver av dem. Partenes ytelser i en arbeidsavtale er fundamentalt ulike, og på dette punktet skiller arbeidskontrakter seg spesielt fra andre kontraktstyper. Fra arbeidstakerens side går ytelsen ut på bruk av hans eller hennes faglige og menneskelige kvalifikasjoner. Ytelsen er meget nær knyttet til arbeidstakerens liv og person. Det er vedkommendes arbeidskraft som er gjenstand for kontraktsregulering. Arbeidsgiverens hovedytelse er derimot knyttet til penger (lønn). I tillegg er en arbeidsavtale en svært ufullstendig kontrakt sammenlignet med andre kontrakter. Ytelserne som følger av kontrakten er ikke endelig bestemt i utgangspunktet; i den forstand at innholdet av arbeidsplikten og størrelsen på lønnen ikke er faste størrelser. Stein Evju (Evju 2003) betegner en arbeidskontrakt som en dynamisk relasjon hvor videre regulering både er forutsatt og nødvendig. Han framhever også at en arbeidskontrakt er en asymmetrisk kontrakt med i utgangspunktet ulike maktposisjoner. Arbeidstakeren kommer i et underordningsforhold og lydighetsforhold til arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren har styringsrett. Styringsrett vil si en rett til å stifte og bringe til opphør et arbeidsforhold og å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Denne styringsretten begrenses imidlertid av bestemmelser i lovgivning og tariffavtaler, se nedenfor i kapittel IV. På grunn av styringsretten – dette underordningsforholdet – vil den enkelte ansatte ha en svakere forhandlingsposisjon ved utfylling og fastlegging av avtalens innhold. Det er ikke balanse mellom partene, noe som medfører fare for misbruk og utnyttning av arbeidskraft. Det at kontrakten ikke bare kan sees fra en rent økonomisk synsvinkel og behovet for å veie opp det skjeve styrkeforholdet, gjør at de juridiske reglene spesielt vektlegger vern/beskyttelse av den presumptivt svakere parten i forholdet.

3.5 Vernehensynet

Vernet av arbeidstakerne skjer særlig via arbeidsmiljølovens regler. Vernehensynet vektlegger i større grad enn vanlig i avtaleforhold de rent menneskelige forhold. Som Henning Jakhelln (Jakhelln 1996) uttrykker: «Det er den menneskelige arbeidskraft som rettsreglene knytter seg til og arbeidsavtalen

danner grunnlaget for disposisjonsretten over denne arbeidskraft. Menneskelig arbeidskraft kan ikke skilles fra mennesket selv». Arbeidsmiljøloven kan i dette perspektivet karakteriseres som en vernelov og en minimumslov.

Med vernelov sikter jeg til at vernet av arbeidstakerne er sterkt vektlagt. Eksempelvis er arbeidsgiveren tillagt en omsorgsplikt, og loven inneholder allmenne regler om vern mot fysiske og psykiske skadevirkninger, maksimal arbeidstid og usaklig oppsigelse. Enkelte arbeidstakergrupper som barn/ungdom og kvinner i forbindelse med svangerskap/fødsel er spesielt vernet.

At arbeidsmiljøloven er en minimumslov, følger av aml. § 1-9. For at vernehensynet skal bli effektivt ivaretatt, må lovbestemmelsene gjøres preseptoriske – det vil si bindende/tvingende/ufravikelige – men bare i én retning. Bestemmelser i tariffavtaler eller individuelle arbeidsavtaler som gir en arbeidstaker dårligere rettigheter enn loven, må – hvis ikke loven uttrykkelig sier noe annet – vike. Lovbestemmelsen vil da gjelde, selv om partene skulle ha avtalt noe annet; en avtale i strid med preseptorisk lov er ikke bindende. Lovbestemmelsen rykker da inn i avtalen, og gir arbeidsavtalen lovens innhold. Eksempelvis vil en avtale om bare å ta ut fire uker permisjon etter en fødsel være ugyldig på grunn av aml. § 12-4. Avtaler som gir arbeidstakerne gunstigere vilkår enn lovens bestemmelser er derimot gyldige.

3.6 *Det kollektive preg*

Det siste karakteristiske trekket ved de juridiske reglene på dette området som jeg vil nevne, er det kollektive preg. Ved at arbeidstakere opptrer kollektivt (samlet) via organisasjoner (fagforeninger) blir styrkeforholdet mellom partene mer balansert – ved at arbeidstakerne står sammen oppnår de større «makt bak krava». Organisasjonenes sentrale posisjon viser seg på mange områder innenfor arbeidsretten, og ikke minst er det viktig at nivået for lønns- og arbeidsvilkår fastlegges kollektivt – via tariffavtaler. Tariffavtalen er, som beskrevet foran i punkt 2.2.5, normativ i forhold til den individuelle arbeidsavtalen og regulerer på sitt felt denne, og kan som hovedregel ikke fravikes. Disse normative tariffavtalene ligner mye på det ovennevnte preseptoriske systemet i arbeidsrettlovgivningen. En viktig forskjell er imidlertid at tariffavtaler er ufravikelige både når det gjelder til gunst og ugunst for arbeidstakeren, mens arbeidsmiljøloven er ufravikelig bare dersom den individuelle avtalen gir dårligere vilkår enn lovens bestemmelser. Samspillet mellom arbeidsgivere, fagforeninger, tariffavtaler og de individuelle arbeidsavtalene preger rettsområdet.

4 Arbeidsrettsreglene i praksis

De aller fleste saker med juridisk tilsnitt om personalspørsmål løses uten at jussen settes på spissen. Det kan forstås dit hen at arbeidsgivere i stor grad er seg sitt ansvar bevisst, og at arbeidstakere av den grunn ikke har foranledning til å «angripe» misforhold. Men det kan også ha andre forklaringer. Ca. to tredjedeler av arbeidstakerne sier at de har det bra i arbeidslivet.⁴⁴ Jeg skal ikke her spekulere over hva som kan ligge i disse opplysningene og deres sammenheng med arbeidsrettsreglene, men påpeke at forholdene i praksis ikke alltid behøver å være de beste selv om rettsregler på området er utformet med de beste intensjoner. Hvis ikke arbeidsgiveren følger rettsreglene, vil eventuelle misforhold kunne pågå i lang tid. Det kreves ressurser som kunnskap om reglene, tid, penger, innsikt, pågangsmot, trygghet etc. hos arbeidstakeren skal misforhold bli påpekt. Det er ikke gitt at arbeidsmiljølovens rettigheter er «allemannsrettigheter» i praksis. På dette feltet, som ofte ellers, er det først og fremst de «sterke» som får det som de vil. Rettigheter og plikter knyttet til arbeidsforhold er normalt underlagt privatrettslig håndheving. Det betyr at en arbeidstaker som mener reglene ikke er fulgt, selv må være aktiv og «angripe» misforholdet, eventuelt med hjelp fra en fagforening. Med «angripe» sikter jeg her til det å ta nødvendige skritt for å få uenigheten/tvisten inn for de mulige

organer som kan «overprøve» forholdet. Jeg skriver om håndheving, tvister og tilsyn med regelverket i kapittel XIV.

Et sentralt spørsmål er også hvilke konsekvenser det får dersom det fastslås brudd på reglene. Selv om en domstol mener at en arbeidsgiver for eksempel ikke har fulgt riktige prosedyrer ved oppsigelse, er det ikke dermed sagt at oppsigelsen ikke får virkning. Det å skille mellom materielle regler (regler om innholdet i et vedtak) og formelle regler (saksbehandlingsregler) kan være viktig med tanke på



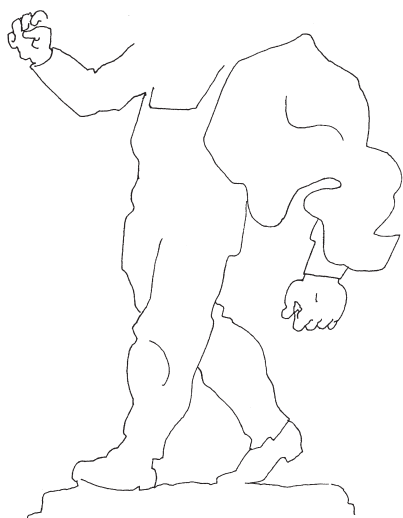
44 Tall hentet fra Arbeidsgiverportalen (difi.no) <https://arbeidsgiver.difi.no/personalledelse/personaloppfolging/medarbeidersamtale/>

spørsmålet om konsekvenser av brudd på reglene. Ved brudd på materielle regler vil konsekvensen som hovedregel være ugyldighet, mens ved brudd på saksbehandlingsregler vil ugyldighetsspørsmålet i langt større grad kunne variere med betydningen av feilen i det konkrete tilfellet. I framstillingen nedenfor vil jeg ta opp dette spørsmålet i sammenheng med de ulike temaer og regler jeg behandler.

5 Kort om den historiske utviklingen og arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62

Den industrielle revolusjon på slutten av 1700-tallet, med blant annet mekaniseringen av industrien, skapte et større behov for verneregler. I England kom de første reglene for å beskytte barn og ungdom i bomullsindustrien. I Norge hadde arbeidervernlovgivning sitt første forsiktige utspring sist på attenhundretallet. I 1892 fikk vi en lov om fabrikktilsyn som ofte blir kalt vår første arbeidervernlov. Før den tid eksisterte det enkelte lover av sosial karakter som ga beskyttelse for visse grupper av arbeidstakere, som sjøfolk, bergverksarbeidere, håndverksfolk og tjenestefolk. Marcus Thrane startet den første arbeiderorganiseringen allerede i 1849, og på slutten av det århundret vokste arbeiderbevegelsen både i omfang og styrke. Arbeidernes faglige landsorganisasjon – seinere kalt Landsorganisasjonen i Norge (LO) – ble stiftet i 1899. Norsk Arbeidsgiverforening – seinere kalt Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) – så dagens lys ett år etter LO.⁴⁵ Myndighetene så også behovet for å komme mer på banen – det var om å gjøre å lede arbeiderbevegelsen inn i «sunne og sindige» spor. Samtidig skjedde det en sterk vekst i sysselsettingen i arbeidslivet generelt, og arbeidsoppgavene ble stadig flere. Arbeiderbevegelsen fikk raskt som ett av sine viktigste krav at arbeidstiden skulle begrenses for å sikre helse og fritid, men først i 1915 ble bestemmelser om normalarbeidstid for voksne arbeidere innført. I denne spede begynnelsen til arbeidervernlovgivningen ble oppmerksomheten rettet mot det å tilkjenne arbeidere grunnleggende rettigheter og samtidig beskytte mot ulykker og skader. Etter hvert ble arbeidervernlovgivningen utvidet både i virkeområde og reelt verneinnhold, og i 1936 skjedde en større revisjon. Først da fikk vi egentlig den første alminnelige arbeidervernlov som gjaldt for de aller fleste arbeidstakere og med bestemmelser om vern mot usaklig oppsigelse og rett til ferie. I 1956 ble så en ny arbeidervernlov vedtatt. En rekke eksisterende regler ble endret og

45 Jeg skriver mer om utviklingslinjene knyttet til kollektiv arbeidsrett i kapittel XV punkt 1.3.



utvidet, for eksempel regler om hvilepauser, mødrevern, oppsigelsesvern og oppsigelsesfrister. Loven innførte også nye regler om for eksempel vern for sykmeldte arbeidstakere og etablering av et organisert vernearbeid. Gjennom loven ble fagforeningene og de tillitsvalgte tatt inn som deltakere i vernearbeidet. Etter hvert kom nye spørsmål inn i debatten om arbeidsforholdene, som problemer knyttet til yrkessykdommer og stress, flere arbeidsuføre etc. Arbeidstakerne krevde tryggere og mindre helsefarlige arbeidsforhold, mer demokrati og mindre byråkrati. To viktige linjer eller drivkrefter preget arbeidsmiljødebatten

framover: bekymringen for de alvorlige langtidsvirkningene av bruk av kjemiske stoffer og bekymringen for fremmedgjøring, umyndiggjøring og mangel på medbestemmelse og innflytelse. Fagbevegelsen var selvfølgelig opptatt av disse problemområdene. Nedenfor siterer jeg Anker Ording fra en brosjyre for Jern- og Metallarbeiderforbundet i 1962.

«Vi hyller demokratiet ved politiske valg i organisasjonslivet, i sosialpolitikken, i kulturpolitikken og i den økonomiske politikk. Hvorfor skal demokratiet stanse ved bedriftsporten? Det er på arbeidsplassen menneskene tilbringer 1/3 av sin våkne tilværelse. Det var Franklin D. Roosevelt som formet det kjente slagordet at verden kan ikke leve halvveis fri og halvveis slave. Det kan sies med samme rett at et samfunn i det lange løp ikke kan hylle demokratiet som det ledende prinsipp, og så avslå å gjennomføre dette prinsipp i det produksjonsliv som er selve samfunnets grunnlag.»

Det ble startet samarbeidsprosjekter mellom LO og NAF, som etter hvert også ble koblet på forskningsarbeid ved Arbeidsforskningsinstituttene i Oslo. Dette fikk en sentral betydning og plass i arbeidsmiljøloven som kom i 1977. Arbeidsmiljøloven av 1977 var resultatet av en omfattende revisjon, og et viktig trekk var at det, i forhold til tidligere, ble lagt mye større vekt på helsevernet – selve arbeidsmiljøet – og medbestemmelse. Lovens prinsipper var i hovedsak begrunnet i arbeidet som en verdi i seg selv, mens det ble påpekt at de samme prinsippene også kunne være en strategi begrunnet i arbeidet som et redskap for verdiskaping. Loven av 1977 innebar også regler om midlertidig

ansettelse og retten til å stå i stilling, mens en oppsigelsessak ble behandlet av domstolsystemet.

En ny lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven) ble vedtatt 17. juni 2005 og trådte i kraft 1. januar 2006. Det framheves i kortversjonen av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) at behovet for ny lovgivning bunner i endringer som har foregått i arbeidslivet i løpet av de siste tretti år; at færre jobber i industrien og flere i offentlig og privat tjenesteyting, at kvinner deltar i en helt annen grad i arbeidsmarkedet, at langt flere arbeidstakere har høyere utdanning og at ny teknologi har endret arbeidsmåter og organiseringen av arbeidet.⁴⁶ Endring, omstilling og konkurranse har i langt større grad blitt hverdagen, og internasjonale forpliktelser og samarbeid har i dag en helt annen grunnleggende betydning for rettsreglene enn tidligere. Arbeidsmiljøloven av 2005 bunner også i et behov for å gjøre loven mindre komplisert og tydeligere.

Dagens arbeidsmiljølov har en overordnet målsetting om et inkluderende arbeidsliv og vern av arbeidstakernes helse, velferd og sikkerhet. Inkluderende arbeidsliv betyr både et mål om at flere kommer inn i arbeidslivet (hindre utestenging) og at færre skal støtes ut (hindre utstøting). I denne forbindelse nevner jeg også intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen), som er en samarbeidsavtale inngått mellom regjeringen og partene i arbeidslivet i 2001. Avtalen er fornyet flere ganger. En femte IA-avtale er inngått for perioden 2019–2022. IA-avtalen er ett av flere virkemiddel for å få til et mer inkluderende arbeidsliv.⁴⁷ Gjennom avtalen er det satt fokus på å redusere sykefraværet og uførepensjoneringen, øke avgangsalderen i arbeidslivet og sikre rekrutteringen av personer med redusert funksjonsevne og andre utsatte grupper i arbeidslivet. Som nevnt utgjør arbeidsmiljøloven det sentrale lovverk i arbeidet med å oppnå et inkluderende arbeidsliv. For å hindre utestenging er det blant annet lagt vekt på regler om vern mot diskriminering, hvor også alder og funksjonshemning inngår som diskrimineringsgrunner. For å hindre utstøting er lovgivning knyttet til helse, miljø og sikkerhet (HMS-reglene) sentralt, dessuten framheves også det sterke oppsigelsesvernet som et viktig element.

Ut fra den virkelighetsbeskrivelsen som forarbeidene bygger på med hensyn til de store forandringene som har skjedd og de nye utfordringene arbeids-

46 Utgitt av Arbeids- og sosialdepartementet): «*Arbeidsmiljøloven. Med plass for alle*», Trykksak nr. A-0002.

47 https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/inkluderende_arbeidsliv/ia-avtalen-20192022/ia-avtalen-20192022/id2623741/

livet står overfor, er arbeidsmiljøloven av 2005 i mine øyne innholdsmessig overraskende lik sin forgjenger av 1977. Nytt i 2005-loven er et kapittel om arbeidsgiveres adgang til å sette i verk kontrolltiltak og overvåkning. Dette omfatter tiltak som tidsregistrering, kameraovervåkning, rusmiddeltesting osv. Det er lovfestet en rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten og et forbud mot gjengjeldelse fra arbeidsgiveren overfor en arbeidstaker som har varslet. Virksomheten har for øvrig en plikt til å legge forholdene til rette for varsling. Da loven ble vedtatt, var det nytt at midlertidig ansatte skulle få fast ansettelse etter fire år (i dag endret til 3 år for noen situasjoner). 2005-loven innførte en regel om at deltidsansatte har rett til å få utvidet sin stilling før arbeidsgiver ansetter nye arbeidstakere. Dessuten er det åpnet opp for at arbeidstiden i større grad må tilpasses arbeidstakernes spesielle behov, ved nye regler om fritak for nattarbeid og rett til fleksibel arbeidstid, og det ble innført en ny regel om suspensjon. Med loven av 2005 ble det etablert en egen tvisteløsningsnemnd. Nemnda avgjør alle tvister om permisjonsrettigheter og visse typer tvister om arbeidstid.

Arbeidsretten befinner seg i et spenningsfelt mellom ulike og til dels motstridende interesser, og ved behandlingen i Stortinget var det uenighet mellom regjeringspartiene og Fremskrittspartiet på den ene siden og Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet på den andre siden angående en del av de nye bestemmelsene. Arbeidsmiljøloven ble vedtatt i juni 2005 etter forslag fra Bondevik-regjeringen II (H, KrF, V), se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005). Før loven trådte i kraft 1. januar 2006 ble den endret på noen punkter etter forslag fra Stoltenberg-regjeringen II (Ap, SV og SP) som overtok regjeringmakten høsten 2005, se Ot.prp. nr. 24 (2005–2006). Endringspunktene innebar hovedsakelig en reversering tilbake til reglene slik de var i arbeidsmiljøloven av 1977, med den begrunnelse at dette var viktig for arbeidstakervernet. Jeg nevner i denne forbindelse at blant annet formålsangivelsen i den gjeldende loven i siste runde ble endret til bare å omfatte arbeidstakerhensyn; formuleringene som også innbefattet hensynet til virksomhetene og generelle samfunnsinteresser ble nedstemt. Arbeidsmiljøloven har siden vedtakelsen i 2005 blitt endret på flere punkter.

6 Kort om den historiske utviklingen av statsansatteloven

Statsansatteloven ble vedtatt 16. juni 1917, men helt siden 1918 har det eksistert en egen lov for statstjenestemenn. Denne særlovgivingen bygger på det spesielle ved å være ansatt i statsforvaltningen. I tjenestemannsloven av 1918

ble hensynet til integritet og uavhengighet sterkt vektlagt, noe som igjen fordret et sterkt stillingsvern. Tjenestemannsloven av 1918 var forutsatt også å skulle gjelde kommunale tjenestemenn, men den ble aldri gjort gjeldende for kommunesektoren.

Den andre tjenestemannsloven kom i 1977, og bygde på de samme prinsippene. Det tradisjonelle bildet av å være statsansatt handlet om et livstidsansettelsesperspektiv, veldefinerte karrierestiger, lavere gjennomsnittslønn enn i privat sektor, sterkt oppsigelsesvern og gode pensjonsordninger.⁴⁸

Den tredje tjenestemannsloven, av 1983, inneholdt detaljerte regler om ansettelsesordningen, hvor arbeidstakerorganisasjonene var medlem i selve ansettelsesorganet, detaljerte regler om utarbeidelse og stadfestelse av personalreglement, som blant annet skulle forhandles om med arbeidstakerorganisasjonene, og det var et sterkt ansettelsesvern for arbeidstakere med mer enn fire års tjeneste i staten. I tjenestemannsloven av 1983 ble for første gang også embetsmenn ført inn under lovens virkefelt. I forbindelse med vedtakelse av ny arbeidsmiljølov. I 2005 ble tjenestemannsloven av 1983 opphevd, og arbeidstakere i staten bortsett fra embetsmenn, skulle fullt ut reguleres av arbeidsmiljøloven. Denne harmoniseringen begrunnet departementet med at statlig virksomhet hadde endret seg, og at bildet for den enkelte ansatte knyttet til det å jobbe i staten var blitt mer sammensatt.⁴⁹ Det ble også framhevet at statens forvaltningsvirksomhet kan sammenlignes med den kommunale forvaltning hvor arbeidstakere fullt ut har vært omfattet av arbeidsmiljøloven på lik linje med privat sektor. Vedtaket om å oppheve tjenestemannsloven av 1983 ble imidlertid reversert da ny regjering kom til makten etter valget høsten 2005. Stortingsflertallet bestemte at de grunnleggende rettighetene som fulgte av særreglene i tjenestemannsloven ikke skulle forringes, og at tjenestemannsloven av 1983 skulle gjelde fortsatt.

Fra 1. juli 2017 har tjenestemannsloven blitt erstattet av Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven). Ifølge forarbeidene er hovedformålet å få en lov som er tilpasset en moderne statsforvaltning, og sikre ivaretagelse av tilliten til statsforvaltningen.⁵⁰ Det pekes på at «statsansatte utfører viktige oppgaver på vegne av samfunnet, forvalter offentlige midler og utfører oppgaver som til dels adskiller seg fra oppgaver i andre sektorer». Loven regulerer særskilt ansettelse og oppsigelse av statens ansatte, men innebærer samtidig en harmo-

48 Se NOU 2004: 5 pkt. 15.10.3.

49 Se Ot.prp. nr. 67 (2004–2005) pkt. 3.2.

50 Se Prop. 94 L (2016–2017) pkt. 1.1.

nisering med arbeidsmiljøloven. Loven viderefører reglene om embedsmenn. Nytt er at kvalifikasjonsprinsippet lovfestes. Krav om offentlig kunngjøring videreføres. Det skal fortsatt framforhandles personalreglement i den enkelte virksomhet, men prosedyrereglene er noe forenklet. Totrinnsbehandling ved ansettelse videreføres, men med justeringer. Reglene om midlertidig ansettelse harmoniseres et stykke på vei med arbeidsmiljøloven. Det samme gjelder oppsigelsesregler, men forarbeider framhever at bestemmelsene skal tolkes i samsvar med statens særpreg.⁵¹ Oppsigelsesregler inneholder dels forenkling, dels utvidelse av oppsigelsesadgang i forhold til tidligere lovgiving.

51 Se bl.a. Innst. 424 L (2016–2017) pkt. 1.2.9.