

## **HENVISNING TIL TARIFFAVTALE – STATISK ELLER DYNAMISK?**

Om utformingen av en henvisning i den skriftlige arbeidsavtalen til en tariffavtale, er avgjørende for innholdet i den individuelle arbeidsavtalen.

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 14183 ord

28.11.2008

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Tema og problemstilling .....</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>Rettskildebildet .....</b>	<b>3</b>
1.2.1	Innledning – Lovgivning og rettspraksis .....	3
1.2.2	Ufravikelighet i arbeidsmiljøloven .....	4
1.2.3	Ufravikelighet på kollektivt nivå .....	5
1.2.4	Reelle hensyns betydning for problemstillingen.....	6
1.2.5	Juridisk teori som rettskildefaktor .....	7
<b><u>2</u></b>	<b><u>ARBEIDSAVTALEN .....</u></b>	<b><u>8</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Arbidsforhold og arbeidsavtale – kort om forholdet dem imellom.....</b>	<b>8</b>
<b>2.2</b>	<b>Den skriftlige arbeidsavtalen.....</b>	<b>9</b>
2.2.1	Innledning .....	9
2.2.2	Er kravet til skriftlig arbeidsavtale et unntak fra formfrikhetsprinsippet? .....	10
2.2.3	Hva skal en skriftlig arbeidsavtale inneholde? .....	14
<b>2.3</b>	<b>Hvilke konsekvenser medfører kravet til skriftlig arbeidsavtale? .....</b>	<b>17</b>
2.3.1	Er det som kommer til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen bestemmende for innholdet i arbeidsforholdet?.....	18
<b>2.4</b>	<b>Noen bemerkninger .....</b>	<b>19</b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>FORHOLDET MELLOM SKRIFTLIG ARBEIDSAVTALE OG TARIFFAVTALE</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>HENVISNING, STATISK ELLER DYNAMISK?.....</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Problemstillingen.....</b>	<b>22</b>
<b>4.2</b>	<b>Ulike måter å gi henvisninger på.....</b>	<b>23</b>

<b>4.3</b>	<b>Når kommer spørsmålet om en henvisning skal forsås som statisk eller dynamisk på spissen? .....</b>	<b>26</b>
4.3.1	Generelt .....	26
4.3.2	Endring i den individuelle arbeidsavtalen.....	27
4.3.3	Endring i tariffavtalen.....	29
4.3.4	Endring i forbindelse med virksomhetsoverdragelse .....	31
<b>4.4</b>	<b>Reelle hensyn som veileder for om en henvisning skal forsås som statisk eller dynamisk.....</b>	<b>32</b>
4.4.1	Innledning .....	32
4.4.2	Rettferdighetshensyn .....	33
4.4.3	Avveininger .....	34
4.4.4	Formålsbetraktninger .....	36
4.4.5	Noen bemerkninger .....	37
<b>4.5</b>	<b>Noen typetilfeller.....</b>	<b>37</b>
4.5.1	Mellom gjensidig tariffbundne parter .....	38
4.5.2	Tariffbundet arbeidsgiver, men ikke tariffbundet arbeidstaker.....	39
4.5.2.1	Dynamisk henvisning .....	39
4.5.2.2	Statisk henvisning .....	40
4.5.3	Ingen er bundet av tariffavtalen .....	42
4.5.4	Endringer i opprinnelig tariffavtale etter virksomhetsoverdragelse .....	42
<b>5</b>	<b><u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</u></b>	<b>44</b>
<b>6</b>	<b><u>LITTERATURLISTE OG KILDER .....</u></b>	<b>1</b>
	<b>Litteratur .....</b>	<b>1</b>
	<b>Lovgivning.....</b>	<b>2</b>
	<b>Direktiver .....</b>	<b>3</b>
	<b>Forarbeider .....</b>	<b>3</b>
	<b>Domsregister/ Avgjørelser .....</b>	<b>3</b>
	<b>Tariffavtaler .....</b>	<b>4</b>
	<b>Artikler .....</b>	<b>4</b>

**Internettsider ..... 4**

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne oppgaven er hvorvidt henvisning i en individuell skriftlig arbeidsavtale til en tariffavtale er avgjørende for om eventuelle endringer i tariffavtalen får virkning for arbeidsgivers og arbeidstakers individuelle arbeidsforhold.

Tariffavtaler spiller en viktig rolle i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Ca 70% av alle arbeidstakere i Norge får hele eller deler av sine arbeids – og lønnsvilkår utledet fra en tariffavtale.<sup>1</sup> Temaet vil kunne være aktuelt for enhver arbeidstaker, som har en henvisning til en tariffavtale i sin skriftlige arbeidsavtale, dersom det oppstår uenighet om forståelsen av denne henvisning.

Det følger av arbeidsmiljøloven<sup>2</sup> § 14 – 5 at ”det skal inngås skriftlig arbeidsavtale i alle arbeidsforhold”. Videre er det i § 14 – 6 fastsatt hvilke opplysninger den skriftlige arbeidsavtalen skal inneholde. Blant annet er det i bokstav m) angitt at ”opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer forholdet” må komme frem av avtalen. Denne informasjonen kan ”gis ved å hen vise til lover, forskrifter eller tariffavtaler som regulerer disse forholdene”, jfr. paragrafens andre ledd.

Bestemmelsene ble vedtatt i 1994 som en tilpasning til EUs Rådskdirektiv 91/ 533/ EØF<sup>3</sup> om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet. Direktivet har blant annet til formål å klargjøre arbeidstakers rettsstilling, herunder krenkelser av hans rettigheter, og skape et mer oversiktlig forhold i arbeidsmarkedet.<sup>4</sup> Direktivet krever således at hovedinnholdet i vedkommendes arbeidsavtale eller arbeidsforhold skal komme til uttrykk i et skriftlig dokument.

---

<sup>1</sup> NOU 2004:5 s. 130

<sup>2</sup> Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (aml)

<sup>3</sup> Rådskdirektiv av 14. oktober 1991 om arbeidsgiverens plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet (91/533/EØF)

<sup>4</sup> 91/533/EØF, Jakhelln, Aune 2005 s. 660 og direktivets fortale

En arbeidsavtale er imidlertid som regel en tidsubestemt kontrakt som skal dekke hovedinnholdet i arbeidsforholdet både i nåtid og i fremtiden. Den har således en dynamisk karakter hvor det ikke er mulig å fastslå det eksakte innholdet en gang for alle.<sup>5</sup> Endringer i arbeidsforholdet blir stadig foretatt, og de arbeids – og lønnsvilkårene som ble fastsatt ved opprettelsen av den skriftlige avtalen forandrer seg. Dette gjelder ikke bare den individuelle avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, men tariffavtaler også. I kapittel 2.2.2 vil jeg vurdere hvorvidt skriftlighetskravet er et gyldighetskrav. I den forbindelse vil blant annet spørsmålet om henvisningen er bestemmende for hvilke virkninger det vil få for det individuelle arbeidsforholdet, dersom innholdet i tariffavtalen forandres eller bortfaller. Kjernen i dette er hvorvidt tariffavtalen skal legges til grunn slik den var utformet da henvisningen ble gitt, som en bestemt tidsbegrenset avtale, eller om endringer i senere tid får betydning for arbeidsforholdet. Dette er et spørsmål om henvisningen skal forstås som statisk eller dynamisk.

*Utformingen* av henvisningen i den skriftlige arbeidsavtalen kan være av betydning for hvordan den skal forstås. Det er særlig to typer utforminger som blir benyttet. Den ene er at det vises til *den til enhver tid gjeldende tariffavtaler*. Den andre er at det vises til en bestemt avtale; *tariffavtale X 200y – 200z*. Førstnevnte er en typisk dynamisk henvisning, mens sistnevnte kan karakteriseres som en statisk henvisning. Det er heller imidlertid ikke uvanlig at andre utforminger finner sted, og det er ofte disse som skaper størst usikkerhet.

Basert på dette er problemstillingen om utformingen av henvisningen er avgjørende for hvordan innholdet i den individuelle avtalen skal forstås. For å finne et svar på det, søkes også spørsmålet om en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk besvart.

Oppgaven er inndelt i fire hovedkapitler. I kapittel 2 vil jeg redegjøre for arbeidsavtalen, herunder den skriftlige arbeidsavtalen og konsekvensene av at den individuelle arbeidsavtale skal inngås skriftlig. Deretter kommer et kort kapittel om forholdet mellom skriftlig arbeidsavtale og tariffavtale, før hovedproblemstillingen og spørsmålet om en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk blir vurdert nærmere i kapittel 4. I kapittel 5 vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger.

---

<sup>5</sup> Fougner, 2007 s. 129

## 1.2 Rettskildebildet

### 1.2.1 Innledning – Lovgivning og rettspraksis

Spørsmålet om utformingen av en henvisning er avgjørende for hvordan det individuelle arbeidsforholdet skal forstås og spørsmålet om en henvisning til en tariffavtale skal forstås som en dynamisk eller en statisk henvisning er ikke lovregulert. Arbeidsmiljøloven regulerer først og fremst de reglene som knytter seg til det individuelle avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og tar i liten grad stilling til forholdet mellom arbeidsavtale og tariffavtale. Noe veiledning kan imidlertid arbeidstvistloven<sup>6 7</sup> gi, jfr. punkt 1.2.3.

I og med at aml. § 14 – 5 og § 14 – 6 bygger på EF – rådsdirektiv om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakeren om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet, vil avgjørelser fattet av EF – og EFTA – domstolen kunne være av betydning ved tolking av innholdet i bestemmelsene om skriftlig arbeidsavtale. I denne oppgaven blir kun avgjørelser fattet av EF – domstolen anvendt, da det er denne som har tolket direktivet.

Utgangspunktet når det gjelder uttalelser fra EF – domstolen har vært at det kun er de avgjørelser fattet før Norges vedtakelse av EØS – avtalen<sup>8</sup> som skal være av betydning, jfr. EØS – avtalens art. 6. Grunnen til dette skillet har vært at EFTA – landene ikke har ønsket å forplikte seg til å følge praksis fra et organ de ikke selv kunne delta i.<sup>9</sup> I dag er det imidlertid ingen tvil om at avgjørelser fattet av EF – domstolen, også etter undertegning av EØS – avtalen, skal legges til grunn ved tolking av tilsvarende bestemmelser i EØS – avtalen.<sup>10</sup> Et eksempel på at dette har blitt gjort er Rt. 2007 s. 129 hvor Høyesterett i premiss 36 vurderer hvordan EF – domstolen tok stilling til om kravet til skriftlighet er et gyldighetskrav.

Nasjonale domstolars praksis, særlig avgjørelser avsagt av Høyesterett, men også én lagmannsretts dom blir anvendt som rettskildefaktorer. Dommene avsagt av Høyesterett er relativt nye og ingen er avsagt i dissens, hvilket tilsier at de kan tillegges relativ stor vekt til tross for at de ikke er plenumsavgjørelser. Rt. 1985 s. 78 må ses på som den klareste

---

<sup>6</sup> Lov av 5. mai 1927 om arbeidstvister (arbtvl.)

<sup>7</sup> Tilsvarende bestemmelse i tjenestetvistloven § 13, men den blir ikke nevnt det følgende.

<sup>8</sup> Avtale om Det Europeiske Økonomiske Samarbeidsområde av 27. nov. 1992 nr. 109

<sup>9</sup> Fougner, 1999 s. 36

<sup>10</sup> Ibid

rettskildefaktoren hva angår hovedproblemstillingen, og må derfor antas å gi uttrykk for gjeldende rett.

Avgjørelsen fattet av lagmannsretten vil ikke være av avgjørende betydning, men blir brukt til å belyse problemstillingen om skriftlighetskravet i aml. § 14 – 5 er et gyldighetskrav fra en annen vinkel enn det de øvrige dommene gjør. Avgjørelser fra arbeidsretten vil i oppgaven kun bli brukt for å understreke eller illustrere rettstilstanden på det kollektive felt. Søksmål på grunnlag av individuell arbeidsavtale behandles av de alminnelige domstolene. Det gjelder også hvor det i arbeidsavtalen er henvist til en tariffavtale eller bestemmelser i den, dersom søksmålet gjelder den enkelte arbeidstakers krav eller rettsstilling, og søksmålet reises av henholdsvis arbeidsgiver eller arbeidstaker.

### 1.2.2 Ufravikelighet i arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven er en vernelov. Historisk har arbeidsgiver vært den sterke part, mens arbeidstaker tradisjonelt har hatt en svakere forhandlingssituasjon.<sup>11</sup> En konsekvens av dette over/underordningsforholdet er at store deler av loven er ufravikelig. Det følger av aml. § 1 – 9 at det ikke kan avtales dårligere vilkår enn det som følger av loven, med mindre det er særskilt fastsatt i den enkelte bestemmelse. Dette gjelder både muntlige, skriftlige og kollektive avtaler.<sup>12</sup> Gunstigere vilkår står de fritt til å inngå. Virkningen av at en avtale eller en bestemmelse er inngått i strid med loven er at denne ikke blir bindende. Det er viktig å merke seg at det ikke er mulig å avtale noen gunstige vilkår, for å kompensere for et vilkår som strider mot loven. Dette vilkåret vil uansett være ugyldig.

Adgangen til å fravike dette utgangspunktet har imidlertid blitt større med årene i de tilfellene hvor partene i et arbeidsforhold er *bundet* av en tariffavtale. Styrkeforholdet mellom partene er ikke preget av det over/underordningsforholdet som tradisjonelt er bakgrunnen for ufravikelighetsreglene. Arbeidstakerorganisasjonen som forhandler på arbeidstakernes vegne har i disse tilfellene et bedre utgangspunkt til å ta vare på arbeidstakernes rettigheter, enn det den enkelte arbeidstaker har alene.

---

<sup>11</sup> Jakhelln, 2006 s. 131

<sup>12</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 52



### 1.2.3 Ufravikelighet på kollektivt nivå

Opgaven tar for seg en drøftelse hvor forholdet mellom den skriftlige arbeidsavtalen og tariffavtalen gjør det nødvendig å bevege seg mellom arbeidsmiljølovens regler og arbeidstvistlovens regler. Reglene i sistnevnte lov vil blant annet være relevant i spørsmålet om tariffbundethet og ufravikelighet, og hvordan dette påvirker løsningen av problemstillingen. Det er faren for omgåelse og undergraving, dersom partenes medlemmer fritt kunne inngå avtaler som avviker fra avtalen,<sup>13</sup> som er bakgrunnen for disse reglene.

Det følger av arbtvl. § 3 nr. 3 at ”hvis en avtale mellom en arbeider og en arbeidsgiver, som begge er bundet av en tariffavtale, inneholder noen bestemmelser, som strider mot tariffavtalen er denne bestemmelsen ugyldig.” Til tross for at bestemmelsen er formet som en ugyldighetsregel, er den også uttrykk for tariffavtalens bestemmelser er ”tvingende for de tariffbundne medlemmene og får direkte anvendelse for dem.”<sup>14</sup> I motsetning til ufravikelighetsregelen i aml. § 1 – 9 gjelder arbtvl. § 3 nr. 3 både punkter som er til gunst og/eller ugunst for arbeidstakeren. Spørsmålet om en regulering er i strid med en tariffavtale beror på en fortolking av tariffavtalen og dens aktuelle reguleringer<sup>15</sup> holdt opp mot den aktuelle bestemmelsen eller avtalen. Det er således det enkelte punkt som er avgjørende, ikke om arbeidsavtalen samlet sett gir tilsvarende vilkår.<sup>16</sup> Dersom det blir inngått en avtale med avvikende lønns – og arbeidsvilkår kan tariffparten påtale dette som et tariffbrudd mot han.<sup>17</sup>

Arbtvl. § 3 nr. 3 begrenser seg til det tilfellet hvor både arbeidsgiver og arbeidstaker er *bundet* av samme tariffavtale. Det er imidlertid ikke uvanlig at kun arbeidsgiver er bundet av tariffavtalen, mens arbeidstakeren er *ubundet*. Dersom en arbeidsgiver gir en uorganisert arbeidstaker vilkår som avviker fra det den tariffbundne arbeidstakeren har, vil det sviktet tariffavtalens virkninger, og kunne undergrave organisasjonens virksomhet.<sup>18</sup> I tillegg ville arbeidsgiver kunne presse de organiserte arbeidstakerne ut av arbeidslivet, ved for eksempel å skaffe seg billigere arbeidskraft enn det som er bestemt i tariffavtalen.<sup>19</sup> I norsk rett operer vi derfor med en ulovfestet ufravikelighetsnorm som går ut på at arbeidstakere som ikke er

---

<sup>13</sup> SBDL, 2006 s. 479

<sup>14</sup> Stokke, Evju, Frøland, 2003 s. 126

<sup>15</sup> Fougner, 1999 s. 58

<sup>16</sup> Jakhelln, 2006 s. 581

<sup>17</sup> Fougner, 2004 s. 236

<sup>18</sup> Ibid s. 236

<sup>19</sup> SBDL, 2006 s. 480

organisert, ikke skal forskjellsbehandles av arbeidsgiver, men få tilsvarende lønns – og arbeidsvilkår som den tariffbundne arbeidstaker.<sup>20</sup> ARD 1922 – 50 er den grunnleggende dom for det ulovfestede ufravikelighetsprinsippet, og i ARD 1983 – 301 blir det slått fast at prinsippet også gjelder der de uorganiserte får bedre vilkår enn de organiserte. I dag kan man si at denne normen har utviklet seg i en veksling mellom juridisk praksis og teori.

I praksis tas det ofte inn en henvisning til en bestemt tariffavtale slik at denne vil gjelde direkte mellom arbeidsgiver og den uorganiserte arbeidstakeren. Arbeidstaker kan da gjøre krav på tariffmessige vilkår, på lik linje med en arbeidstaker som er bundet av samme tariffavtale som sin arbeidsgiver. Forskjellen ligger imidlertid i at de tariffmessige kravene følger av den individuelle arbeidsavtalen og ikke av tariffavtalen eller arbeidstvistloven.<sup>21</sup>

Ønsker partene å fravike tariffavtalen må avtalen selv gi grunnlag for det.<sup>22</sup> Det kan gjøres blant annet ved å anvende minimumsbestemmelser som åpner for at fravikelser til arbeidstakers ugunst. En vanlig eksempel er at det tas inn et vilkår om at en bestemt arbeidsgruppe skal ha minimumslønn.

#### 1.2.4 Reelle hensyns betydning for problemstillingen

Selv om kravet til skriftlig arbeidsavtaler er hjemlet i loven, utredet i forarbeider og vurdert i rettspraksis kommer man ikke utenom at det er sparsomt med rettskilder hva angår spørsmålene som ligger litt utenfor kjernen av regelens anvendelsesområde. Når det gjelder rettskildebildet i forhold til hovedproblemstillingen er denne svært mager. Reelle hensyn vil kunne være med på å løse, eller i hvert fall gi en pekepinn på hvilken forståelse som vil gi det mest hensiktsmessige resultat.

I motsetning til de øvrige rettskildefaktorene betegnes de reelle hensynene som den enkelte rettsanvenderens eget rettssyn. Det hersker noe uenighet rundt bruken av reelle hensyn som rettskildefaktor. Likevel er det ingen tvil om at de blir lagt vekt på av både lovgiver og

---

<sup>20</sup> Denne normen får også betydning for overfor de konkurrerende tariffavtalene idet en arbeidsgiver ikke kan inngå konkurrerende avtaler som avviker fra den man alt er bundet til, jfr. bl.a SBDL 2006 s. 481.

<sup>21</sup> Fougner, 2004 s. 237

<sup>22</sup> Fougner, 2004 s. 231

domstolene. Særlig aktuelt vil det være når det er gitt en henvisning med en uklar ordlyd eller andre omstendigheter åpner for flere tolkingsalternativer.<sup>23</sup>

### 1.2.5 Juridisk teori som rettskildefaktor

Juridisk teori har i utgangspunktet liten vekt som rettskildefaktor.<sup>24</sup> Hvor stor vekt den har vil imidlertid variere ut fra det øvrige rettskildebildet på det enkelte området. På rettsområder uten lovregulering vil rettslitteraturens betydning således kunne være av større betydning enn på områder som er lovregulert.<sup>25</sup>

Rettskildesituasjonen vedrørende problemstillingen i denne fremstillingen er som nevnt sparsom. Spørsmålet er så å si ikke drøftet. Visse forfattere berører imidlertid problemstillingen, om ikke direkte, så indirekte. Blant annet artikkelen *Endringer av tjenestepensjon m. v.* av Professor Stein Evju vil kunne være av betydning i forsøket på å stadfeste rettstilstanden. Om og hvilken verdi juridisk litteratur skal tillegges vekt vil blant annet variere ut fra hvilken forfatter det er som har vurdert spørsmålene, herunder forfatterens erfaring. Det er ikke uvanlig at Høyesterett viser til juridisk litteratur. Andenæs mener at dersom en dommer gjør det, skyldes det at dommeren ” anser standpunktet for å være riktig”, og at det er et uttrykk for hans eget standpunkt, ikke fordi det hevdes i litteraturen.<sup>26</sup> I Rt. 2002 s. 1576 viser førstvoterende til den nevnte artikkelen som bakgrunn for sitt eget standpunkt. Selv om litteraturen ikke har like stor vekt som andre rettskildefaktorer, er det liten tvil om at slike artikler om de ikke er avgjørende for hva som er gjeldende rett, er sterke retningslinjer for hva som skal og ikke minst bør være rettstilstanden.

---

<sup>23</sup> Woxholth, 2003 s. 270

<sup>24</sup> Eckhoff, 2001 s. 270

<sup>25</sup> Andenæs, 1997 s. 130

<sup>26</sup> Andenæs, 1997 s. 132

## 2 Arbeidsavtalen

### 2.1 Arbeidsforhold og arbeidsavtale – kort om forholdet dem imellom

Et arbeidsforhold karakteriseres ofte som et avtaleforhold hvor den ene part forplikter seg til å utføre arbeid for den annen part i henhold til dennes ledelse, og hvor arbeidsgiveren har risikoen for at arbeidsinnsatsen resulterer i et arbeidsresultat.<sup>27</sup> En mer presis angivelse er kanskje at arbeidsforholdet karakteriseres som den *relasjonen* arbeidsgiver og arbeidstaker har seg imellom, nærmere bestemt partsrelasjonen. Med relasjon siktes det til den forbindelse eller det forholdet to parter har.<sup>28</sup>

Arbeidsforholdet etableres normalt av en arbeidsavtale. Det er de gjensidige rettighetene og pliktene som blir vedtatt i avtalen som konstituerer arbeidsforholdet. Arbeidsavtalen er således utgangspunktet for de forpliktelsene partene har overfor hverandre, men den alene regulerer ikke nødvendigvis arbeidsforholdet uttømmende.

Når en avtale konstituerer et arbeidsforhold skjer dette ved muntlig – eller skriftlig avtale, eller ved konkludent atferd.<sup>29</sup> En avtale er først rettslig bindende når to eller flere parter har blitt enige om å stifte eller endre et rettsforhold, og det beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper å avgjøre om en avtale er rettslig bindende. Særpreget ved en rettslig bindende avtale ligger i at avtalen kan gjennomføres ved domstolenes hjelp.<sup>30</sup>

Både begrepet arbeidsforhold og arbeidsavtale kan forstås på flere måter enn det som hittil er nevnt. Disse må ikke forveksles med det som er beskrevet ovenfor.

Begrepet *arbeidsforhold* kan avgrenses i to retninger. For det første skal begrepet *ikke* forstås som arbeidsmiljøet på arbeidsplassen, herunder de fysiske og psykiske omstendighetene. For det andre må begrepet avgrenses mot oppdragsforhold. Sistnevnte går ut på at en person påtar seg et arbeid på egen regning og risiko.<sup>31</sup> Hvor grensen mellom arbeidsforhold og oppdragsforhold går, er imidlertid ikke lett å avgjøre. Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet hvor en rekke momenter er av betydning.<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> Jakhelln, 2006 s. 23

<sup>28</sup> www.caplex.no

<sup>29</sup> Jakhelln, 2006 s. 218

<sup>30</sup> Woxholth, 2003 s. 23

<sup>31</sup> Jakhelln, 2006 s. 33

<sup>32</sup> Ibid

Begrepet *arbeidsavtale* har to betydninger. I tillegg til at den konstituerer det rettslige forholdet mellom partene, skal begrepet arbeidsavtale forstås som den skriftlige arbeidsavtalen loven krever at skal komme på plass, jfr. aml. § 14 – 5. Disse to forskjellige forståelsene av begrepet må holdes fra hverandre. Hva som nærmere ligger i denne distinksjonen, vil komme klart frem i det følgende.

## 2.2 Den skriftlige arbeidsavtalen

### 2.2.1 Innledning

Kravet til skriftlig arbeidsavtale bygger som nevnt på EØF – direktivet om arbeidsgivers plikt til å *informere* arbeidstaker om vilkårene i arbeidsavtalen eller i arbeidsforholdet. Norge er visstnok det eneste landet som valgte denne gjennomføringsmåten. Det innebærer blant annet at begge partene må skrive under, i motsetning til ved de to alternative måtene å implementere direktivet på, nemlig ved et ansettelsesbrev eller annet skriftlig dokument.

Kravet retter seg mot *alle* arbeidsforhold. Det vil si at både faste og midlertidige ansatte, og ansatte i privat og offentlig sektor skal ha en skriftlig arbeidsavtale.<sup>33</sup> Av direktivets art. 1 nr. 2 følger det at visse typer begrensede arbeidsforhold kan unntas. Typisk eksempel er midlertidige ansettelser. Det er behovet for et fleksibelt arbeidsforhold som er bakgrunnen for denne åpningen. Dette var opprinnelig rettstilstanden i Norge også, men dette ble endret etter at Kommunal – og arbeidsdepartementet i høringsbrev av 13. juni 1995 foreslo at kravet burde gjelde for alle arbeidsforhold.<sup>34</sup>

Av direktivet fremgår det at formålet med å gi skriftlig informasjon er å bedre arbeidstakers vern mot eventuelle krenkelser av deres rettigheter og skape et mer oversiktlig arbeidsmarked.<sup>35</sup>

Det er særlig to forhold som generelt preger arbeidsretten, og som gjennomsyrrer et overveiende antall av reglene i arbeidsmiljøloven, herunder reglene om kravet til skriftlig arbeidsavtale.

---

<sup>33</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 664

<sup>34</sup> Innst.O. nr 6 (1996 – 1997)

<sup>35</sup> 91/533/EØF

For det første er arbeidsforholdet som nevnt preget av et over/underordningsforhold, i det arbeidsgiver har en mye sterkere forhandlingsposisjon som den profesjonelle part, enn det arbeidstakeren har, som karakteriseres som den svake part.<sup>36</sup> Ved å inngå en skriftlig arbeidsavtale vil arbeidstaker være bedre sikret mot dårligere arbeidsforhold. Han kan anvende det skriftlig dokument som et bevis på hva som er avtalt, noe som lettere vil skape effektivitet og ryddighet, fremfor krangel. På samme måte vil arbeidsgiver også kunne benytte den skriftlig avtalen som bevis for de gjensidige rettigheter og plikter partene har i avtaleforholdet. Den skriftlige arbeidsavtalen vil altså bidra til å klargjøre de forhold som regulerer relasjonen mellom partene.<sup>37</sup>

For det andre bærer arbeidsretten preg av at det er snakk om mennesker og menneskelige forhold, og deres behov for forutberegnelighet.<sup>38</sup> Dersom man har en avtale og denne er kommet til uttrykk i et skriftlig dokument er sjansene for å bli overrumpet av arbeidsgiver mindre. I Direktivet er det uttalt at det er nødvendig å arbeide for ”improved working conditions and an improved standard of living for workers”. Å sikre arbeidstakers forutberegnelighet vil være med på å sikre bedre leve – og arbeidsvilkår. Økonomisk stabilitet, fritid og familieliv er verdier de fleste mennesker setter høyt, og ved forutberegnelige leve – og arbeidsvilkårene vil dette nettopp være sikret, i den grad det er mulig.

### 2.2.2 Er kravet til skriftlig arbeidsavtale et unntak fra formfrihetsprinsippet?

Til tross for skriftlighetskravet i aml. § 14 – 5, er utgangspunktet i norsk kontraktslovgivning formfrihetsprinsippet.<sup>39</sup> I dette ligger det at det ikke kan kreves at avtaler inngås i en spesiell form for at den skal anses som gyldige. Mest praktisk er kanskje at muntlig avtaler er like bindende som skriftlige, men det samme gjelder også for avtaler som blir inngått ved konkludent atferd. Det finnes imidlertid unntak fra dette utgangspunktet.<sup>40</sup> Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt kravet til skriftlig arbeidsavtale i aml. § 14 – 5 et slikt unntak.

---

<sup>36</sup> Jakhelln, 2006 s. 131

<sup>37</sup> Fougner, Holo, Friberg, 2003 s. 491

<sup>38</sup> Jakhelln, 2006 s. 132

<sup>39</sup> Woxholth, 2005 s. 26

<sup>40</sup> Det følger for eksempel av finansavtaleloven at skriftlighet er et gyldighetskrav for kausjonsavtaler regulert av loven.

Flere hensyn vil kunne tale for at skriftlighetskravet skal være et gyldighetskrav. Hensynet til klarhet og forutberegnelighet er særlig fremtredende, og kan betegnes som et utslag av et av hovedformålene med arbeidsmiljøloven, å verne arbeidstaker. Usikkerheten rundt hvilke rettigheter og plikter som består mellom partene vil minimeres. Det vil også føre til at både arbeidsgiver og arbeidstaker innretter seg etter det som kommer til uttrykk i den skriftlige avtalen, hvilket vil føre til et mer stabilt arbeidsforhold. På den andre siden vil hensynet til fleksibilitet tale for motsatt løsning. Videre vil forhold partene har avtalt muntlig eller ved konkludent atferd, ikke gjelde dersom skriftlighetskravet er et gyldighetskrav, hvilket vil kunne skape problemer i en rekke arbeidsforhold der partene i utgangspunktet er enige. At en arbeidsavtale er en dynamisk avtale hvor det ikke er mulig å fastsette rettigheter og plikter en gang for alle vil også tale mot at skriftlighetskravet er et gyldighetskrav.

Det naturlige utgangspunktet ved vurderingen er lovteksten. Arbeidsmiljøloven § 14 – 5 regulerer ikke spørsmålet direkte, men tidsmomentet i paragrafens andre ledd gir en viss veiledning. Det følger av andre ledd at skriftlig arbeidsavtale skal inngås innen en måned etter at arbeidsforholdet begynte.<sup>41</sup> Arbeidsgiver er altså gitt en viss tid til å områ seg før den skriftlige avtalen må være inngått. Dersom skriftlighetskravet skal anses som et gyldighetskrav, ville da avtaleforhold som har begynt ikke være gyldige før den skriftlige avtalen er på plass. Dette ville være svært uheldig og urimelig.

Tidsmomentet i aml. § 14 – 5 andre ledd er strengere enn det direktivets art. 3 første ledd krever. Etter denne bestemmelsen skal informasjonen til arbeidstakerne om hovedinnholdet i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet gis ”senest to måneder” etter at vedkommende begynte i arbeid. Dette vil tale for at formålet med direktivet ikke er at skriftlighetskravet er et gyldighetskrav. I og med at direktivet var et minimumsdirektiv og de nasjonale lovgiverne kunne fastlegge strengere regler, vil dette *kun* tjene som et støtteargument.

I forarbeidene uttaler ikke lovgiver seg om spørsmålet. I avgjørelsen tatt inn i Rt. 2007 s. 129 tar imidlertid Høyesterett stilling til betydningen av at lovgiver ikke drøftet spørsmålet.

---

<sup>41</sup> Arbeidsforhold som skal vare korter enn en måned eller ved utleie er kravet *umiddelbart*.

Saken gjaldt hvorvidt en midlertidig ansatt hadde krav på fast<sup>42</sup> ansettelse som en følge av unnlattelse av å etterleve kravet om skriftlig arbeidsavtale.

Førstvoterende sier at ”etter min mening har departementets taushet særlig interesse.” Når lovgiver i forarbeidene hadde en anledning, kanskje til og med en oppfordring til å ta stilling til om skriftlighetskravet er et gyldighetskrav, og de ikke benytter seg av denne, ”trekker det i retning av at det ikke var tilsiktet (...),” jfr. premiss 41. Dette vil ikke være ubetinget avgjørende, men kunne være en veiviser i samme retning som tidsargumentet i loven er.

Rt. 2007 s. 129 bygger på en nøye gjennomgang av en rekke rettskildefaktorer, og Høyesterett bygger sitt svar på en totalvurdering av disse. Blant annet tar de stilling til hvordan

EF – domstolen i sak C – 350 – 99, *Wolfgang Lange mot Georg Schunemann GmbH* har løst spørsmålet ved tolking av direktivet.

Saken gjaldt en fortolking av direktivets art. 2 annet ledd bokstav i), etter at en arbeidstaker anla sak mot sin arbeidsgiver vedrørende lovligheten av oppsigelsen, når denne ble begrunnet med at han nektet å arbeide overtid. Det ble for domstolen lagt frem tre prejudisielle spørsmål, hvorav det ene gikk på avtalens gyldighet.

Domstolen slo klart fast at arbeidsvilkårene ikke er ugyldige selv om vesentlige punkter ikke er nevnt i et skriftlig dokument. Retten bygger denne avgjørelse på at formålet med bestemmelsen ville blitt borte dersom direktivet skulle tolkes slik at punkter i arbeidsforholdet arbeidstaker ikke har blitt opplyst om, skulle anses ugyldige fordi disse ikke kan godtgjøres/bevises.

Høyesterett bruker blant annet denne avgjørelsen til å underbygge sitt standpunkt til at skriftlighetskravet ikke er et gyldighetskrav.

Underrettsdomstolen i Norge har også tatt stilling til spørsmålet, men med en litt annen innfallsvinkel. I LE – 2001 – 738 var spørsmålet om det overhode var inngått en avtale, og om unnlattelse av å opprette skriftlig avtale har noe å si for gyldigheten av arbeidsforholdet.

---

<sup>42</sup> Aml. § 14 – 9 første ledd. Lovens hovedregel.



Saken gjaldt arbeidstakers krav om gjeninnsettelse i stilling etter å ha blitt utelukket fra sin stilling i BenAir As. Tvisten oppsto etter at eieren av flyselskapet og flygeren hadde en uoverensstemmelse om et forhold som ikke angikk flygerens opptreden i selskapet. Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt det var inngått en arbeidsavtale mellom flyselskapet og flygeren.

Lagmannsretten slo fort fast at unnlattelse av å inngå en skriftlig arbeidsavtale ikke tilsa at det ikke forelå noen avtale overhode. Domstolen begrunner ikke dette, hvilket kan tas til inntekt for at de anser dette spørsmålet som uproblematisk. Hvorvidt det forelå en arbeidsavtale vil bero på alminnelige avtalerettslige prinsipper, og ikke på om skriftlig arbeidsavtale er inngått eller ikke.

Til tross for at dette kan karakteriseres som en motsatt situasjon hvor skriftlig arbeidsavtale ikke er inngått, så vil det på samme måte som der skriftlig arbeidsavtale er inngått, ikke ha noe å si for gyldigheten av arbeidsforholdet.

Når det gjelder spørsmålet om kravet er et unntak fra formfrihetsprinsippet er det ingen tvil om at det ville være hensiktsmessig at kravet til skriftlig arbeidsavtale er et gyldighetskrav der det oppstår uenighet om hva som er avtalt, eller uenighet om endringer som ønskes gjennomført i arbeidsforholdet. Avtalen kan være inngått for lenge siden og det kan være vanskelig å huske detaljer, eller arbeidstaker kan ha fått en ny arbeidsgiver. Når en arbeidskontrakt er nedfelt skriftlig vil de bevismessige hensynene trekke i retning av at det *bør* være et gyldighetskrav. Kravet til forutberegnelighet og klarhet vil som nevnt trekke i samme retning. På den andre siden vil hensynet til partenes behov for å inngå muntlig avtaler eller avtaler som følger av konkludent atferd trekke i motsatt retning. Ikke sjelden hender det at nye rettigheter og plikter oppstår på denne måten, og det vil være uheldig om disse ikke får virkninger på grunn av at skriftlighet er et gyldighetskrav.

Bortsett fra noen av de reelle hensynene, særlig hensynet til klarhet og forutberegnelighet, trekker alle de nevnte rettskildefaktorene i én retning, at skriftlighetskravet er *ikke et gyldighetskrav*. Dette er også slått fast i teorien.

Til tross for at skriftlighetskravet i arbeidsmiljøloven § 14 – 5 ikke er et gyldighetskrav er det unntak fra dette.

Det følger av arbeidsmiljøloven § 14 – 6 bokstav f) at eventuelle prøvetidsbestemmelser skal tas inn i den skriftlige arbeidsavtalen. Rådsdirektivet pålegger ikke dette, men det fremgår av både av aml. § 14 – 6 første ledd bokstav f), § 15 – 3 syvende ledd og av § 15 – 6 første ledd, som går lengre enn direktivet, at avtaler om prøvetid må være skriftlig for at den skal være gyldig. Er den ikke det vil de alminnelige reglene om oppsigelsesvern komme til anvendelse.<sup>43</sup> Prøvetidsbestemmelsene utvider arbeidsgivers adgang til å prøve ut arbeidstakers egnethet i virksomheten, samtidig som arbeidstaker gjennom sitt behov for forutsigbarhet blir beskyttet mot at arbeidsgiver bruker og kaster dem som en følge av at det er enklere å si opp en person som er på prøvetid enn de som ikke er det, jfr. stillingsvernsreglene. Dersom det ikke er inngått en skriftlig avtale om prøvetid, vil de alminnelige reglene om oppsigelse i aml. § 15 – 7 komme til anvendelse.<sup>44</sup> Bakgrunnen for denne regelen må sies å ligge i nettopp de reelle hensynene, som trekker i retning av at skriftlighetskravet i aml. § 14 – 5 bør være et gyldighetskrav, men som der kommer til kort i forhold til øvrige rettskildefaktorer.

### 2.2.3 Hva skal en skriftlig arbeidsavtale inneholde?

Arbeidsmiljøloven § 14 – 6 angir hva den skriftlige arbeidsavtalen som et minimum skal inneholde. Partene har full avtalefrihet innenfor de grenser som følger av ufravikelig lov og avtalelovens bestemmelse, og kan derfor ta inn mer detaljerte bestemmelser.<sup>45</sup>

Det essensielle i paragrafen er at forhold av *vesentlig betydning* må tas inn i den skriftlige avtalen. Hva som er av vesentlig betydning vil selvsagt variere fra arbeidsforhold til arbeidsforhold. Bestemmelsen angir selv en rekke forhold som er av vesentlig betydning og som derfor *skal* tas inn i den skriftlige avtalen i alle arbeidsforhold. Denne oppregningen blir ofte omtalt som *katalogen*<sup>46</sup>. Det følger av ordet ”herunder” i paragrafens første ledd at bestemmelsen ikke er uttømmende. Det vil si at det som er oppregnet *må* tas med, men

---

<sup>43</sup> Jakhelln, 2006 s. 236 og § 15 – 7 jfr. § 15 – 6

<sup>44</sup> I motsetning til oppsigelse av arbeidsavtaler med bestemt prøvetid, skal det mer til for å si opp en person etter § 15 – 7. Forutsigbarheten er mindre og arbeidstaker er bedre vernet.

<sup>45</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 667

<sup>46</sup> Paragraf § 14 – 6 første ledd bokstav a) til m) blir ofte omtalt som katalogen. I denne fremgår de opplysninger den skriftlige avtalen *må* inneholde.

dersom det er andre forhold som er av *vesentlig betydning* som ikke er uttrykkelig nevnt, må *også disse* komme til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen. Den allerede berørte EF – dommen C – 350/99, *Wolfgang Lange mot Georg Schünemann GmbH* illustrerer dette.

Det vesentlige i denne forbindelse er spørsmålet om en arbeidstaker pliktet å utføre overtidarbeid etter en ensidig beslutning fattet av arbeidsgiver, når informasjon om overtidarbeid ikke fremkom av den informasjonen arbeidsgiver pliktet å gi arbeidstakeren etter direktivets art. 2.

Domstolen kom til at bestemmelser om overtidarbeid ikke var omfattet av art. 2 nr. 2 bokstav i), om arbeidstid. Det de imidlertid kom til var at overtidarbeid, i dette tilfellet, var et forhold av *vesentlig betydning*, og således omfattet av skriftlighetskravet selv om det ikke er listet opp i art. 2 nr. 2 bokstav i). Når overtidarbeid var en så sentral del av arbeidsforholdet måtte det anses for å være av *vesentlig betydning* for arbeidstaker. Blant annet av hensyn til klarhet og forutberegnelighet.

Av de forholdene som anses å være av *vesentlig betydning* i *alle* arbeidsforhold er de 13 punktene som er listet opp i katalogens bokstav a) – m). Grunnen til at de enkelte forholdene skal tas inn varierer selvsagt, men alle anses å være av så stor betydning i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker at det anses nødvendige å spesifisere disse. Følgende opplysninger skal fremkomme av den skriftlige arbeidsavtalen:

- a) partenes identitet,
- b) arbeidsplassen. Dersom det ikke eksisterer noen fast arbeidsplass eller hovedarbeidsplass skal arbeidsavtalen gi opplysning om at arbeidstakeren arbeider på forskjellige steder, og oppgi forretningsadressen eller eventuelt hjemstedet til arbeidsgiver
- c) en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori,
- d) tidspunktet for arbeidsforholdets begynnelse,
- e) forventet varighet dersom arbeidsforholdet er midlertidig,
- f) eventuelle prøvetidsbestemmelser, jf. § 15 – 3 sjuende ledd og § 15 – 6,
- g) arbeidstakerens rett til ferie og feriepenger og reglene for fastsettelse av ferietidspunktet,
- h) arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrister,
- i) den gjeldende eller avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen, for eksempel pensjonsinnbetalinger og kost- eller nattgodtgjørelse, utbetalingsmåte og tidspunkt for lønnsutbetaling,

- j) lengde og plassering av den avtalte daglige og ukentlige arbeidstid,
- k) lengden av pauser
- l) avtale om særlig arbeidstidsordning, jf. § 10 – 2 andre, tredje og fjerde ledd,
- m) opplysninger om eventuelle tariffavtaler som regulerer arbeidsforholdet. Dersom avtale er inngått av parter utenfor virksomheten skal arbeidsavtalen inneholde opplysninger om hvem tariffpartene er

Ytterligere krav til innholdet stilles dersom arbeidstakeren skal arbeide i utlandet, jfr. aml. § 14 – 7.

Det er imidlertid ikke nødvendig at alle disse opplysningene kommer *direkte til uttrykk* i den skriftlige arbeidsavtalen. Enkelte av opplysningen kan gis ved en *henvisning* til et eksternt regelverk slik som lover, forskrifter eller tariffavtale.

Det som må komme *direkte til uttrykk* i den skriftlige arbeidsavtalen er de opplysningene som er oppgitt i bokstav a) til og med f), og bokstav l). Selv om disse opplysningene *må* tas inn i den skriftlig avtalen er det ikke til hinder for at det i tariffavtalen fastsettes nærmere regulering av de enkelte vilkår. Et eksempel der opplysninger om arbeidsplassen, jfr. bokstav b), er utdypet gjennom regulering av en tariffavtale er Verkstedsoverenskomsten 2006 – 2008 kapittel VII om arbeid utenfor bedriften. I avtalens § 7 beskrives blant annet arbeidets omfang og arbeidsoppdrag hvor overnatting utenfor hjemmet er nødvendig eller ikke nødvendig. Den utfyller den individuelle arbeidsavtalen hva angår bokstav b) i aml. § 14 – 6.

Det er de opplysningene vedrørende arbeidsforholdet i katalogens bokstav g) til k) som *kan* gis ved en *henvisning* til tariffavtale, lover eller forskrifter som regulerer disse forholdene. En av grunnene til dette er at disse opplysningene kan bli svært omfattende og dermed føre til en uoversiktlig arbeidsavtale.<sup>47</sup> Partene er derfor gitt en anledning til å velge om de ønsker å regulere alt direkte i arbeidsavtalen, eller om enkelte forhold skal reguleres ved en henvisning til tariffavtale, lov eller forskrift.

Bruk av henvisninger er særlig praktisk når det gjelder tariffavtaler som regulerer lønns – og arbeidsvilkårene til arbeidstakeren. Innholdet i den enkelte tariffavtale er derimot ikke

---

<sup>47</sup> SBDL, 2006 s. 57

nødvendig å oppgi. Heller er det ikke nødvendig å vise til alle tariffavtaler arbeidstaker kan tenkes å bli berørt av.<sup>48</sup> Det er tilstrekkelig med en henvisning til den tariffavtale som regulerer den enkelte arbeidstakers ansettelsesforhold. Enkelte tariffavtaler regulerer kun enkeltforhold. Det vil være svært upraktisk å måtte vise til slike avtaler. For eksempel vil en avtale om smusstillegg kun være aktuell dersom arbeidstaker en gang kommer i kontakt med et slikt arbeid.<sup>49</sup> Innenfor staten vil en tjenestemann ofte være berørt av en mengde tariffavtaler. Da er det tilstrekkelig med en henvisning til hovedavtalen og til sentrale særavtaler som er av direkte betydning for vedkommendes arbeidsforhold. Et eksempel på utformingen av en henvisning er: *Arbeidsforholdet er regulert av den til enhver tid gjeldende hovedtariffavtale, hovedavtale og andre sentrale tariffavtaler i staten – inngått av staten ved Administrasjonsdepartementet og Statstjenestemannskartellet, Akademikernes Fellesorganisasjon, Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund – Seksjon Stat og Norsk Lærerlag*. Henvisningen er så utfyllende at det ikke er noen tvil om hvilke tariffavtaler som gjelder i arbeidsforholdet. Samtidig er det ikke vist til enhver tariffavtale en tjenestemann i staten kan tenkes å være bundet av.

Jakhelln stiller spørsmål ved om en generell henvisning til gjeldende arbeidsvilkår er i overensstemmelse med kravene etter aml. § 14 – 6. Han hevder at det etter alminnelige avtalerettslige tolkingsregler ikke er grunn til å legge avgjørende vekt på en slik avtaleklausul med mindre andre omstendigheter også taler for det.<sup>50</sup> I kapittel 4.2 som omfatter ulike måter å gi henvisninger på, vil jeg berøre dette.

### 2.3 Hvilke konsekvenser medfører kravet til skriftlig arbeidsavtale?

I dette kapittelet vil jeg ta for meg spørsmålet om kravet til skriftlig arbeidsavtale medfører noen bestemte konsekvenser ut over det at skriftlig avtale skal inngås i ethvert arbeidsforhold. Jeg vil kun vurdere eventuelle konsekvenser som er av betydning for hovedproblemstillingen.

---

<sup>48</sup> Jakhelln og Aune, 2005 s. 674

<sup>49</sup> Karnov pkt. 2.4.5.1

<sup>50</sup> Jakhelln, 2006 s. 113

### 2.3.1 Er det som kommer til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen bestemmende for innholdet i arbeidsforholdet?

Arbeidsmiljøloven § 14 – 6 angir som nevnt under punkt 2.2.3 hvilke opplysninger den skriftlige avtalen *skal* inneholde, samtidig som den åpner for at parten *kan* ta inn flere og mer detaljerte bestemmelser. Det er som nevnt full avtalefrihet innenfor de grenser som følger av ufravikelig lovgivning og avtalelovens bestemmelser.<sup>51</sup>

I og med at formålet med innføringen av kravet til skriftlig arbeidsavtale blant annet er å klargjøre arbeidstakers stilling og unngå krenkelser, er det naturlige utgangspunktet at det som står i den skriftlige arbeidsavtalen skal gjenspeile det virkelige avtaleforholdet mellom partene. Til en viss grad må dette sies å stemme. Det følger imidlertid av direktivets art. 6 at det enkelte lands regler om bevis skal anvendes dersom det er uenighet om den skriftlige avtalens innhold. Som en følge av dette, må det kunne føres bevis for at det som kommer til uttrykk i den skriftlige avtalen ikke stemmer. Første gang EF – domstolen hadde oppe en sak om tolking av direktiver var i sak C – 253 – 98, *Kampelmann – saken*.

Saken gjaldt tolking av direktivets art. 2 første ledd. Domstolen ble forelagt en rekke prejudisielle spørsmål fra Landesarbeitsgericht Hamm i Tyskland.

Ved vurderingen av hvorvidt det som kommer til uttrykk i den skriftlige informasjonen arbeidsgiver plikter å gi arbeidstakeren er bestemmende for hva innholdet i arbeidsavtalen er, tok domstolen stilling til to spørsmål. Hvorvidt det ved innføringen av art. 2 var tilsiktet/meningen å begrense bevisbyrden i arbeidstakers favør, og om en arbeidsgiver som har utstedt en ny ensidig skriftlig erklæring kom i konflikt med en tidligere utstedt erklæring, må bevise at den siste er den som gjelder/er korrekt.

Domstolen konkluderte med at det må gjelde en formodning om at det som er tatt inn i det skriftlige dokumentet er sant, likevel slik at arbeidsgiver er gitt en mulighet til å føre motbevis for at opplysningene i dokumentet er uriktig eller at vilkårene har blitt borte som en følge av de faktiske omstendighetene. Domstolen uttaler blant annet at formålet med direktivet ikke vil bli oppnådd dersom arbeidstakeren ikke ”hadde adgang til at anvende opplysningene i den i art. 2, stk 1 (...)”, jfr. premiss 32.

---

<sup>51</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 667

Dette viser at man ikke kan stole blindt på det som er tatt inn i den skriftlig arbeidsavtalen. Det vil bero på en tolking, ikke bare av den skriftlige arbeidsavtalen, men omstendigheter rundt avtaleinngåelsen, muntlige avtaler, konkludent atferd og praksis for å avgjøre hva som er innholdet i avtalen mellom partene. Det som kommer til uttrykk i den skriftlige arbeidsavtalen kan dermed *ikke* sies å være *bestemmende* for innholdet i arbeidsavtalen.

## 2.4 Noen bemerkninger

Kravet til skriftlig arbeidsavtale medfører en rekke tolkingsspørsmål hvor rettstilstanden er mer eller mindre fastslått. Noen av disse har jeg drøftet nå, andre vil jeg ta for meg i oppgavens kapittel 4.

Konsekvensene knyttet til kravet til skriftlig arbeidsavtale medfører først og fremst at arbeidsgiver er gitt et ansvar med å utforme et utkast som skal gjenspeile den avtalen han har med sin arbeidstaker. Den skriftlige arbeidsavtalen er imidlertid kun et utslag av et formelt krav lovgiver stiller. Innholdet i den skriftlige avtalen er ikke avgjørende for det materielle forholdet mellom partene. Paragrafen er kun en ordensforskrift og ikke en gyldighetsregel. Et eksempel på det kommer blant annet frem i punkt 4.5.2.2.

Den skriftlige arbeidsavtalen kan brukes som bevis for hva den individuelle avtalen inneholder, men som vi har sett kan den part som mener at dette ikke stemmer overens med det den individuelle avtalen virkelig inneholder, føre motbevis. I Rt. 2004 s. 53 uttalte domstolen ”her vil manglende skriftlighet ikke gjøre avtalen ugyldig, men dette vil blant annet kunne føre til at avtalen ved tvil om innholdet blir tolket i arbeidsgivers disfavør.” Arbeidsgiver har altså risikoen for mangelfullt innhold og manglende klargjøring. Det kan ikke være noen tvil om at en skriftlig arbeidsavtale skaper forutberegnelighet og stabilitet, og ikke minst bidrar den til å hindre krenkelser av arbeidstakers rettigheter, hvilket er et av direktivets formål.

### 3 Forholdet mellom skriftlig arbeidsavtale og tariffavtale

Mens den skriftlige arbeidsavtalen som regel er *uttrykk* for innholdet i den individuelle avtalen, er tariffavtalen en avtale mellom en arbeidsgiver, eller en arbeidsgiverorganisasjon, og en arbeidstakerorganisasjon om arbeids – og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold.

Tariffavtalen er med på å trekke opp rammene for innholdet i den individuelle arbeidsavtalen.<sup>52</sup> Det blir normalt gjort ved en henvisning i den skriftlige arbeidsavtalen, jfr. punkt 2.2.3, men tariffavtalen kan også ”inkorporeres” ved en fortolking eller en utfylling av arbeidsavtalen.<sup>53</sup> En tariffavtale utvider som regel det vernet arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven.<sup>54</sup> Hvis det i en tariffavtale skal avtales mindre gunstige vilkår enn det som følger av loven, krever det særskilt hjemmelsgrunnlag i arbeidsmiljøloven. Det følger av ufravelighetsregelen i aml. § 1 – 9. Vilkår som gir arbeidstakerne bedre vern enn det som følger av loven, kan tariffavtalepartene fritt inngå.

Til tross for at en tariffavtale kan regulere mange sider ved et arbeidsforhold, kan den ikke etabler arbeidsforholdet. Arbeidsforholdet konstitueres ved inngåelsen av den individuelle arbeidsavtalen.

En skriftlig arbeidsavtale er en avtale mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker. Den binder ingen andre, så fremt annet ikke kommer frem av avtalen. Tariffavtalen derimot har et litt mer komplisert system. Som andre gjensidig bebyrdende avtaler er en tariffavtale bindende mellom partene som inngår avtalen. En tariffavtale binder imidlertid medlemmene av organisasjonene også. Hvem som skal anses bundet er ikke lovregulert, men må fastsettes i den aktuelle tariffavtalen. Det vil således bero på en tolking av tariffavtalen, for å fastslå hvem som er bundet av tariffavtalen og hvem som kan opptre med bindende virkning for medlemmene.

Det er de arbeidstakere som er medlemmer av organisasjonen når avtalen inngås som blir bundet. Arbeidstakere som ikke er medlemmer av organisasjonen blir naturlig nok ikke bundet og får ingen rettigheter eller plikter etter den.<sup>55</sup> Indirekte kan imidlertid tariffavtalen

---

<sup>52</sup> Jakhelln, 2006 s. 113. Det gjelder også lov, forskrifter og arbeidsreglement.

<sup>53</sup> Stokke, Evju, Frøland, 2003 s. 127

<sup>54</sup> NOU 2004:5 s. 131

<sup>55</sup> Fougner, 2004 s. 229



få betydning også for utenforstående arbeidstakere, jfr. punkt 1.2.3 om ufravikelighetsnormene.

Illustrerende er domstolens behandling av spørsmålet i ARD 1950 s. 113 hvor retten uttaler at ”en individuell arbeidsavtale mellom en organisert arbeider og en arbeidsgiver som strir mot tariffavtalen, er ugyldig i forholdet mellom arbeideren og arbeidsgiveren. Arbeideren kan fragå arbeidsavtalen for så vidt den strir mot tariffavtalen, og kreve sin tariffmessige lønn. En uorganisert arbeider er derimot selv bundet til den individuelle avtalen han har sluttet, men tariffparten – har krav på at tariffavtalen gjennomføres også overfor ham.”

Her kommer det frem at den individuelle arbeidsavtalen fremdeles vil være gyldig i forholdet mellom den organiserte arbeidsgiveren og den uorganiserte arbeidstakeren, til tross for at arbeidsgiver begår et tariffbrudd overfor sin tariffmotpart.<sup>56</sup>

Det er arbeidstakerorganisasjonen som er part i avtalen som kan kreve at arbeidsgiver oppfyller tariffavtalen også overfor de uorganiserte arbeidstakerne.

Hvis ny arbeidsgiver blir medlem av tariffbundet arbeidsgiverforening blir han omfattet og forpliktet til å følge tariffavtalens bestemmelser dersom den ene parten krever det.<sup>57</sup> Er arbeidsgiver allerede er bundet av en tariffavtale vil den fortsette å gjelde til den eventuelt opphører. Tilsvarende gjelder for forening som blir medlem av overordnet forening med tariffavtale, og hvor arbeidsgiver i løpet av tariffperioden setter i gang virksomhet som ikke er omfattet av en tariffavtale.<sup>58</sup> Det følger av arbtvl. § 3 nr. 4 at et medlem av en forening, arbeidsgiverforening eller fagforening for arbeidstakere, er bundet også etter uttredelse. Tariffavtalen slik den gjelder på uttredelsestidspunktet, forblir gjeldende inntil den utløper.<sup>59</sup>

Den skriftlige arbeidsavtalen gjelder i utgangspunktet til den blir sagt opp eller på annen (avtalt) måte opphører, mens en tariffavtale er sluttet for tre år hvis ikke annet er fastsatt. Dersom en tariffavtale ikke blir sagt opp innen den tid som er fastsatt i tariffavtalen for

---

<sup>56</sup> SBDL, 2006 s. 481

<sup>57</sup> Jakhelln, 2006 s. 557

<sup>58</sup> Ibid

<sup>59</sup> Ibid

oppsigelse, anses tariffavtalen for forlenget ett år.<sup>60</sup> Den må alltid sies opp med fastsatt eller lovbestemt frist.<sup>61</sup>

Dersom det i den skriftlige arbeidsavtalen og i tariffavtalen er avtalt noen som strider mot hverandre oppstår spørsmålet om hvilken av de to avtalene som skal gjelde. Dette løses av ufravikelighetsregelen i arbtvl. § 3 nr. 3 eller den ulovfestede ufravikelighetsregelen som nevnt under punkt 1.2.3.

## **4 Henvisning, statisk eller dynamisk?**

### **4.1 Problemstillingen**

Det er ingen tvil om at det er tillatt å henvise til en tariffavtale i den skriftlige arbeidsavtalen. Å henvise til et eksternt regelverk kan imidlertid volde tolkingsproblemer i forhold til spørsmålet om hvilke gjensidige rettigheter og plikter som skal gjelde i det individuelle arbeidsforholdet mellom partene. Utgangspunktet er at en avtale er bindende mellom partene som inngår den.<sup>62</sup> Når det blir foretatt endringer i tariffavtalen, slik at det materielle innholdet i denne endres, faller bort, eller tariffavtalen blir erstattet av en ny avtale, oppstår spørsmålet om disse endringene får betydning for de gjensidige rettighetene og pliktene mellom partene i den individuelle avtalen.

De vanligste uformingene er at det blir henvist til en bestemt tidsbegrenset avtale, eller til den til enhver tid gjeldende tariffavtale. Disse er imidlertid ikke eksklusive. Henvisninger med en uklar eller en nøytral utforming forekommer også. Hvorvidt en slik referanse skal forstås som statisk eller dynamisk kan volde problemer. Først må det foretas en tolking av henvisningen, for å bestemme om det er en statisk eller dynamisk referanse, før virkningene av denne eventuelt kan bidra til å bestemme innholdet i den individuelle avtalen.

Dersom en henvisning i en skriftlig arbeidsavtale skal anses å ha en statisk effekt vil dette normalt føre til at endringer, utfyllinger osv. i en tariffavtale ikke er bindende for

---

<sup>60</sup> Også kalt prolongasjon.

<sup>61</sup> Se punkt 4.3.2 om tariffavtalens ettervirkninger.

<sup>62</sup> Woxholth, 2003 s. 22

avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, men at en bestemt tariffavtale, den tariffavtale det er henvist til slik den var på tidspunktet for henvisningen, skal gjelde. Det blir vanskelig for arbeidstaker å hevde at arbeidsgiver plikter å gi han en høyere lønn enn det som fremkommer av tariffavtalen det er henvist til, selv om dette har blitt oppjustert i en tariffavtale i etterkant.

Dersom en henvisning skal anses å ha en dynamisk effekt vil det på den andre siden bety at det er uvesentlig om det blir foretatt endringer i den tariffavtalen det er henvist til. Disse endringene vil gjelde som vilkår mellom partene.

I ”Kommentarer til arbeidsmiljøloven”<sup>63</sup> hevder forfatterne at slike henvisninger normalt kun vil være ha opplysningsverdi. Videre sier de at ”Henvisningen vil ikke innebære at vedkommende bestemmelse fastfryses som avtalebestemmelser, men må leses som en henvisning til de til enhver tid gjeldende bestemmelser, med mindre noe annet måtte fremgå og dessuten være lovlig avvik.” Uten en nærmere gjennomgang synes dette som en for generell og bastant uttalelse som ikke kan tillegges særlig vekt før problemstillingen er drøftet mer inngående, og eventuelt avslører forhold som strider med dette.

Spørsmålene som søkes besvart i dette kapittelet er om henvisningen skal forstås som statisk eller dynamisk og i så fall hvilke henvisninger som skal forstås som statisk og hvilke som skal forstås som dynamisk. Videre er spørsmålet om en henvisning som normalt anses som statisk alltid skal anses som statisk og tilsvarende ved dynamiske henvisninger. Dette vil lede til svaret på om utformingen av henvisningen er avgjørende for innholdet i den individuelle avtalen.

#### 4.2 Ulike måter å gi henvisninger på

Som påpekt kan en henvisning til en tariffavtale i den skriftlige arbeidsavtale utformes på ulike måter. Ordlyden *kan* være avgjørende for hvordan henvisningen skal forstås, og i hvert fall som et utgangspunkt være retningsgivende.

Den første måten å henvise til en tariffavtale på kan karakteriseres som en dynamisk henvisning. Når en slik henvisning blir gitt bærer den preg av at så lenge en tariffavtale

---

<sup>63</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 674

gjelder for arbeidsgivers virksomhet, skal den også gjelde som lønns – og arbeidsvilkår mellom arbeidsgiver og arbeidstaker uansett om det blir foretatt endringer eller utfyllinger. Dette kan ses på som et resultat av tariffbundethet og ufravikelighetsreglene på kollektivt nivå.

En referanse som normalt blir karakterisert som en dynamisk henvisning er der termen *den til enhver tid gjeldende tariffavtale* blir anvendt. Dette er en så klar ordbruk at det levner liten tvil om at denne skal forstås som dynamisk.

Den andre måten å henvise til en tariffavtale på er den som karakteriseres som en statisk henvisning. I motsetning til en dynamisk henvisning bærer denne preg av at det er en bestemt tidsbegrenset referanse det er snakk om. Endringer, utfyllinger og lignende i denne tariffavtalen vil ikke være av betydning for den individuelle avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Typisk ordbruk ved en statisk henvisning er; *tariffavtale X 2006 – 2008 mellom y og z*. En naturlig forståelse av denne referansen vil være at det er henvist til er en bestemt tidsbegrenset avtale. Hvorvidt resultatet av en statisk referanse alltid er at det kun er den bestemte tidsbegrensede avtalen som gjelder i forholdet mellom partene, er imidlertid ikke klart. I punkt 4.5.2.2 blir denne problemstillingen drøftet nærmere.

Den tredje typen henvisning, og kanskje den som volder mest tankevirksomhet, er den som ved første øyekast verken synes å være statisk eller dynamisk. Denne typen kan karakteriseres som en *uklar* eller en *nøytral referanse*. Hvorvidt den skal forstås som det ene eller det andre beror på en tolking, med utgangspunkt i ordlyden, men også omstendigheter rundt avtaleforholdet og praksis i virksomheten.

I punkt 2.2.3 kommer det frem at Jakhell er skeptisk til at en generell henvisning er i overensstemmelse med innholdskravet i aml. § 14 – 6. I rettspraksis har ikke dette spørsmålet vært oppe, men Rt. 1985 s. 78 illustrerer både hvordan en generell henvisning er i overensstemmelse med innholdskravet, *dersom* flere omstendigheter taler for det, og hvordan en tilsynelatende nøytral henvisning blir tolket som en dynamisk henvisning.

Twisten sto mellom en gruppe arkitekter som ikke var organiserte og deres arbeidsgiver om endringer i arbeidstiden som en følge av endringer i en tariffavtale skulle få virkning også overfor de uorganiserte. I de ansattes arbeidsavtale var det vist til ”de vanlige vilkår for vårt personale”.

De ”vanlige vilkår” gir ingen umiddelbar pekepinne på hvorvidt henvisningen skal forstås som statisk eller dynamisk, men førstvoterende uttalte på side 82 at det etter hans oppfatning ”naturlig forstås slik at det refererer seg til de arbeidsvilkår som til enhver tid gjelder for kategorier av ansatte som det er rimelig å sammenligne med.” Han bygger sitt standpunkt på at dette har vært praksis og at dette er i overensstemmelse med ordlyden. I tillegg legger han vekt på at når arbeidstakerne har nytt godt av tariffbestemmelsen uten å ha hatt motforestillinger så lenge disse har vært til deres gunst (til tross for endringer etter forhandlinger), kan de ikke motsette seg at den skal gjelde når den nå blir endret til deres ugunst. Høyesterett mener da at forutsetningen er at det er den til enhver tid gjeldende tariffavtale som skal legges til grunn. Tariffavtaler blir forhandlet frem og resultatet er ofte et kompromiss mellom de to partenes ønsker. Det ville vært urettferdig om en arbeidstaker kunne hevdet seg ubundet så snart en endring var til hans ugunst, mens han samtidig skal kunne nyte godt av endringer som er til hans gunst.

En lignende sak var opp i Rt. 2001 s. 1193. Av arbeidstakers antagelsesbevis fremgikk det at hun var ansatt ”på vilkår som inneholdes i overenskomst mellom Store Norske (...) og Norske Arbeidsermandsforbund (...) angående lønns – og arbeidsforhold.” Her legger Høyesterett til grunn, at dette skal forstås om ”de til enhver tid gjeldende tariff – og arbeidsavtaler mellom Store Norske og arbeidstakerorganisasjonen”. Til tross for at det er vist til en bestemt tariffavtale, er det ikke vist til en tidsbestemt avtale. Altså må denne henvisningen forstås som dynamisk

Disse to sakene<sup>64</sup> viser at en dynamisk forståelse ikke bare skal legges til grunn når henvisningen uttrykkelig har karakter av at det er de tariffavtalene som til enhver tid skal gjelde. Det kan tyde på at når ordbruken er nøytral, slik den var i disse to tilfellene, etter en tolking, vil føre til at også disse skal forstås som forstås som dynamiske. Nærmer om dette og Rt. 1985 s. 78 i punkt 4.5.2.2.

---

<sup>64</sup> Til tross for at dette gjelder forhold før kravet til skriftlig arbeidsavtale ble lovfestet, er ikke problemstillingen annerledes i dag.

### 4.3 Når kommer spørsmålet om en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk på spissen?

#### 4.3.1 Generelt

Ordet *endring* står sentralt i spørsmålet om når problemstillingen er aktuell. Med endring sikter jeg her til at det blir foretatt en forandring i den eksisterende arbeidsavtalen eller tariffavtalen, eller at sistnevnte opphører. Endringer i en tariffavtale etter en virksomhetsoverdragelse vil i den oppgaven betraktes som en egen type endring.

Undertiden vil det kunne være behov for å foreta endringer. Endringer kan være så mangt, men typiske eksempler er endringer i arbeidsoppgaver, arbeidssted, arbeidstid eller økonomiske vilkår. Grunnen til det er utviklingen i samfunnet som fører med seg nye arbeidsmetoder, nytt utstyr ny organisering osv. I Rt. 1985 s. 78 uttaler førstvoterende på side 83 at det ikke kan anses "(...)upåregnelig at arbeidsvilkårene etter hvert i noen grad endres. I atskillig utstrekning vil det nok også være ønskelig." Forandringer blir altså gjort ikke bare fordi det er et behov, men også fordi det til tider er ønskelig.

Dersom det skal foretas endringer, forutsetter det at innholdet i avtalen er fastlagt, og at partene i utgangspunktet er bundet til å opprettholde avtalen. Dette løses som et fortolkingsspørsmål. Det er spørsmålet om arbeidsgivers ensidige adgang til å foreta endringer jeg vil se på i punkt 4.3. Både endringer i den individuelle avtalen, i tariffavtalen og endringer i forbindelse med virksomhetsoverdragelse vil bli vurdert. De to sistnevnte er særlig interessant av hensyn til problemstillingen, men endringer i den individuelle avtalen må drøftes for å se de store linjene og for å illustrere utgangspunktet. I tillegg vil endringer i en tariffavtale og endringer som følge av en virksomhetsoverdragelse påvirke den individuelle avtalen mellom partene, og endringer i tariffavtalen må ikke kunne gjøre at den individuelle avtalen kommer i strid med aml. § 1 – 9 om ufravikelighet.

#### 4.3.2 Endring i den individuelle arbeidsavtalen

En arbeidsavtale kan som enhver annen avtale reforhandles.<sup>65</sup> Innenfor loven og tariffavtalens grenser har partene full frihet. Når begge er enig, byr ikke dette på noen problemer. Hvorvidt en arbeidsgiver ensidig kan forta endringer i arbeidsavtalen overfor arbeidstakeren er imidlertid ikke like problemfritt.

Utgangspunktet er at en arbeidsgiver har rett til å organisere, lede og fordele arbeid.<sup>66</sup> Dette må imidlertid skje innen den rammen av det arbeidsforholdet som er inngått, jfr. Rt. 2000 s. 1602, og er en konsekvens av det lydighets – og underordningsforholdet til arbeidsgiveren som avtalen etablerer. Hva som ligger i formuleringen må vurderes i det konkrete tilfellet. De grenser som lovgivning, tariffavtaler og den individuelle arbeidsavtalen setter for hvilke beslutninger arbeidsgiver kan treffe i kraft av styringsretten, omtales ofte som arbeidsgivers *restkompetanse*.<sup>67</sup> Det er således den kompetanse arbeidsgiver står igjen med etter at hensynet til de nevnte begrensningen er tatt. Innenfor disse grensene har arbeidsgiver et visst spillerom for hva han kan foreta seg.

Dersom endringer ikke kan gjennomføres i kraft av styringsretten, må arbeidsgiver eventuelt gå veien om oppsigelse av arbeidsavtalen.<sup>68</sup> De vanlige reglene om oppsigelse kommer da til anvendelse. Hvis arbeidsgiver fremdeles ønsker at arbeidstaker skal jobbe for han må han gi tilbud om ny avtale. Denne kombinasjonen kalles endringsoppsigelse

Tradisjonelt har det vært vanlig å si at arbeidsgiver ikke kan foreta endringer slik at stillingens *grunnpreg* blir vesentlig endret.<sup>69</sup> Det er idéen om at stillingen har en kjerne eller visse karakteristika som gir den et bestemt preg.<sup>70</sup> Hvorvidt grunnpreget endres besluttet etter en sammenligning, der innholdet vurderes i arbeidet før og etter endringsbeslutningen.<sup>71</sup> Nyere rettspraksis indikerer imidlertid et slags brudd med grunnpregstandarden.

---

<sup>65</sup> Fougner, 1999 s. 251

<sup>66</sup> Også kalt styringsretten

<sup>67</sup> Jakhelln, 2006 s. 49

<sup>68</sup> SBDL, 2006 s. 229

<sup>69</sup> Ibid s. 232

<sup>70</sup> Fougner, 2007 s. 133

<sup>71</sup> Ibid

I Rt. 2000 s.1602, Nøkk – dommen, legges det til grunn en videre rimelighetsvurdering, likevel slik at utgangspunktet tas i grunnpregstandarden.

Nøkk – dommen omhandlet en gruppe maskinister, ansatt som brannmestere om bord på kommunens brannbåt Nøkk, som ble pålagt å flytte til hovedbrannstasjonen og integreres i hovedbrannstyrken.

Spørsmålet i saken var om kommunen med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kan treffe vedtak om at maskinistene skal integreres i hovedbrannstyrken. Høyesterett uttalte at det ”må avgjøres på grunnlag av en tolking og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler”. Retten kom enstemmig, men under tvil, til at arbeidsgiver hadde mulighet å endre arbeidstakernes arbeidsoppgaver selv om disse var betydelige.

Rt. 2001 s. 418, Kårstø – dommen, illustrere hvordan styringsretten også må holdes innenfor det generelle saklighetskravet.<sup>72</sup>

I Kårstø – dommen hadde det funnet sted en omorganisering ved Statoils anlegg på Kårstø, slik at mønstrings – eller fremmøtested til en del arbeidstaker ble endret til et sted som var lenger unna portene inn til anlegget enn tidligere.

Spørsmålet var om den forlengede reise – og gangtiden inngikk som en del av arbeidstiden i forhold til de individuelle arbeidsavtalene. Det kom Høyesterett til at det ikke gjorde, men at det ville bero på arbeidsgivers styringsrett om endringene ensidig kunne foretas. Først sa de at ”styringsretten begrenses (...) av mer allmenne saklighetsnormer (...) det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.” Vider uttalte Høyesterett at uttrykket ” arbeidstakerne skal stå til disposisjon” måtte forstås slik ”at det forutsetter at arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver for å utføre arbeidsoppgaver i henhold til arbeidsavtalen”, slik at reise til og fra arbeidet ikke regnes som arbeidstid. Som en følge av styringsretten hadde arbeidsgiver dermed anledning til å foreta disse endringene.

Både Nøkk – og Kårstø – dommen, illustrerer at vurderingen av arbeidsgivers styringsrett er meget skjønnspreget og at arbeidsgivers behov for fleksibilitet i form av omstillinger, og

---

<sup>72</sup> Jakhelln, 2006 s. 50



endringer må veies opp mot arbeidstakers behov for beskyttelse, særlig i form av forutberegnelighet. I tillegg må det tas hensyn til det alminnelige saklighetskravet.

SBDL uttaler i sin bok på side 234 at det kan virke som om dette behovet for omstillinger kan tyde på en gradvis endring til at avtaler skal forstås mer dynamisk enn det som tidligere var vanlig. Dette stemmer godt overens med vurderingen og resultatet i de to dommene.

#### 4.3.3 Endring i tariffavtalen

Endring i tariffavtalen kan kun skje av partene på kollektivt nivå, og endringene får da virkning for de berørte arbeidsforhold.<sup>73</sup> Når endringer blir foretatt i tariffperioden forutsetter det at partene er enige. Da er det ikke nødvendig å gå veien om å endre vilkårene i den individuelle avtalen slik som beskrevet ovenfor. Det har arbeidsgiver for så vidt ikke mulighet til heller, da han er bundet av tariffavtalen og ikke ensidig kan foreta endringer.<sup>74</sup>

I artikkelen *Endring av tjenestepensjon m.v* av professor Stein Evju forklarer han hvilke muligheter tariffpartene har til å endre tariffavtalen dersom partene ikke er enige.

Hvis partene ikke kommer til enighet har de mulighet til å få endret avtalen ved hjelp av de ordinære oppsigelsesreglene eller ved en revisjon av tariffavtalen. Dersom de benytter seg av disse midlene betyr det imidlertid ikke at arbeidsgiver eller arbeidstakers gjensidige rettigheter og plikter faller bort. Det følger av arbtvl. § 6 nr. 3 andre ledd at tariffavtalen har ettervirkninger. Den fortsetter å gjelde til meglingsfristen er løpt ut.

En tariffavtale kan også ha virkninger for den individuelle arbeidsavtalen etter at tariffavtalen definitivt har falt bort. Tariffavtalen trer inn i (inngår) i den enkelte arbeidsavtale som gjensidige forpliktelser i disse. Hvorvidt den faktisk har en slik virkning vil bero på en fortolking av tariffavtalens bestemmelser. Det aktuelle spørsmålet er om den/de aktuelle bestemmelse(ne) regulerer det individuelle eller det kollektive rettsforholdet partene imellom. Det vil blant annet være av betydning om den aktuelle bestemmelsen ga rettigheter og plikter som ”etter sin art kan bestå uavhengig av at tariffavtalen er bortfalt”, og hva formålet med bestemmelsen var.

---

<sup>73</sup> Moderne forretningsjus, 2001 s. 45

<sup>74</sup> Ibid

Dersom det er slik at tariffavtalen har en slik *residualvirkning*<sup>75</sup> etter at den er opphørt, består de gjensidige forpliktende bestemmelsene på arbeidsavtalenivå. Det vil da si at arbeidsgiver ikke ensidig kan gjennomføre endringer selv om tariffavtalen er falt bort. Dersom arbeidsgiver likevel gjennomfører endringer vil dette kunne føre til erstatningsmessige og avtalemessige sanksjoner.

Et alternativ til oppsigelsesadgangen for å foreta endringer i arbeidsavtaler kan være å anvende reglene om kontraktsrevisjon. Det følger for eksempel av generalklausulen i Avtl.<sup>76</sup> § 36 at det er adgang til å endre avtaler eller ensidige disposisjoner dersom det vil være urimelig eller i strid med god forretningssikk å gjøre den gjeldende. Hvorvidt den kan endres beror på en tolking av kontrakten. Ved å undersøke kontrakten vil man dels kunne trekke grensen mot kontraktsbrudd og dels undersøke om det er noe i kontrakten som kan bidra til løsning av problemet.<sup>77</sup> Paragraf 36 er en skjønnsregel og det er således ikke mulig å angi et fast innhold.<sup>78</sup> Selv om det ikke er meningen heller, så vil en redegjørelse for alle momentene som kan være relevante sprengte oppgavens grenser.

Det er ingen tvil om at man kan anvende reglene om kontraktsrevisjon, og særlig § 36 på arbeidskontrakter. Det følger både av avtl. § 41 og av Rt. 2006 s. 420. Hvor hensiktsmessig det er å anvende disse reglene har imidlertid blitt diskutert i teorien.

Det fremgår av forarbeidene<sup>79</sup> at tariffavtaler faller inn under virkeområdet, men at det må stilles strengere krav dersom bestemmelsen skal anvendes overfor tariffavtaler. Både Høyesterett og arbeidsretten har opprettholdt dette synet.<sup>80</sup> Noe av grunnen til det kan være som Evju påpeker at partene i kraft av forhandlingssituasjonen selv må ta risikoen for de løsninger de har gått inn på, og at det vil være en tung vei å gå<sup>81</sup> idet søksmålsbyrden veltes over på arbeidsgiver. I følge Hagstrøm viser rettspraksis at det kan være problematisk å operere med en konkret rimelighetsstandard der ”individuelle særdrag inndras sentralt i

---

<sup>75</sup> Den virker etter at ettervirkningen etter tariffavtalen har løpt ut.

<sup>76</sup> Lov av 31. mai 1918 nr. 4 om avtaler og fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtl.)

<sup>77</sup> Hagstrøm, 2003 s. 243

<sup>78</sup> Ibid s. 288

<sup>79</sup> Fougner, 2004 s. 133 med henvisning til forarbeidene.

<sup>80</sup> Ibid s. 133 – 135

<sup>81</sup> Moderne forretningsjus, 2001

vurderingen” og at prejudikatsdannelsen således kan bli svak.<sup>82</sup> Å anvende kontraktrevisjonsreglene (i hvert fall § 36) for å revidere en avtaleklausul i en arbeidsavtale vil således *ikke* være særlig *praktisk*.

#### 4.3.4 Endring i forbindelse med virksomhetsoverdragelse

Det kan, som vist ovenfor, bli foretatt endringer på individuelt nivå, som regel i kraft av arbeidsgivers styringsrett, og det kan bli foretatt endringer på kollektivt nivå, ved endringer eller bortfall av tariffavtale. En tredje og aktuell endringstype er der en bedrift er gjenstand for en virksomhetsoverdragelse,<sup>83</sup> og det blir foretatt en endring i en tariffavtale som gjaldt mellom den tidligere arbeidsgiveren og arbeidstakeren.

Det er i kraft av styringsretten at arbeidsgiver kan overføre sin virksomhet.<sup>84</sup> En virksomhetsoverdragelse kan medføre usikkerhet hos arbeidstaker, blant annet i forhold til hvilke rettigheter og plikter som skal gjelde i arbeidsforholdet etter overdragelsen. For å motvirke dette ble EU – direktiv 2001/23/EF vedtatt.<sup>85</sup> Formålet er å verne arbeidstakere ved å fastslå en hovedregel som går på at arbeidstakernes arbeidsforhold skal opprettholdes uendret.<sup>86</sup> Direktivet blir gjennomført i arbeidsmiljølovens kapittel 16.

Ved en virksomhetsoverdragelse oppstår spørsmålet om den individuelle arbeidsavtalens – og tariffavtalens stilling, og hvilke virkninger en slik overføring vil medføre. Den nye arbeidsgiveren er ikke alltid positiv til å måtte forplikte seg til avtaler han selv ikke har inngått. Dette knytter seg både til den individuelle arbeidsavtalen og til tariffavtalen.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver er forpliktet til å opprettholde den individuelle arbeidsavtalen slik tidligere arbeidsgiver var forpliktet, jfr. aml. § 16 – 2 første ledd. Dette omfatter ikke bare den skriftlig arbeidsavtalen, men også muntlige avtaler, rettigheter som har utviklet seg gjennom praksis, og lignende rettigheter som følger av arbeidsforholdet.<sup>87</sup> Det er uvesentlig om den nye arbeidsgiveren er kjent med disse rettighetene og pliktene.

---

<sup>82</sup> Hagstrøm, 2003 s. 282

<sup>83</sup> Vilkårene for når det foreligger en virksomhetsoverdragelse beror på tre hovedvilkår som alle må være oppfylt. Det faller utenfor oppgavens rammer å gå inn på det her.

<sup>84</sup> Jakhelln, 2006 s. 496

<sup>85</sup> Avløste 77/187/EØF og 98/ 50/EF

<sup>86</sup> SBDL, 2006 s. 341

<sup>87</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 1058

Rettsstilstanden rundt *tariffavtalers stilling* ved virksomhetsoverdragelse var lenge uklar, men ved vedtagelsen av den nye arbeidsmiljøloven ble det slått fast at tariffavtaler som hovedregel også overføres til den nye arbeidsgiveren, jfr. aml. § 16 – 2. Ny arbeidsgiver har imidlertid mulighet til å gjøre reservasjonsrett gjeldende innen tre uker etter overdragelsestidspunktet dersom han ønsker å være ubundet.

Uansett hva den nye arbeidsgiveren velger, vil han være bundet av de individuelle arbeidsvilkårene som følger av tariffavtalen, i henhold til samme avtale som gjaldt for overdrageren. Det vil typisk være de bestemmelsene som omfatter lønn, permisjon og ferie som inngår i den individuelle delen. Dette gjelder inntil tariffavtalen utløper eller avløses av en annen tariffavtale.<sup>88</sup> Når det skjer, vil ikke lenger de individuelle vilkårene kreves opprettholdt. Bestemmelsene i arbtvl. § 6 nr. 3 og § 3 nr. 2 om tariffavtalens ettervirkninger og prolongasjon vil ikke få anvendelse dersom den nye arbeidsgiveren ikke trer inn i tariffavtalen.<sup>89</sup> Hvis den nye arbeidsgiveren allerede er bundet av en tariffavtale, plikter han å ha forskjellige arbeidsvilkår for sine arbeidstakere inntil den overtatte tariffavtalen er utløpt eller avløst.<sup>90</sup>

Hvordan endringer i den opprinnelige tariffavtalen påvirker arbeidsforholdet mellom ny arbeidsgiver og arbeidstaker er derimot ikke regulert. Hvordan det skal løses vil jeg komme tilbake til i punkt 4.5.4.

#### 4.4 Reelle hensyn som veileder for om en henvisning skal forsås som statisk eller dynamisk

##### 4.4.1 Innledning

I og med at verken hovedproblemstillingen eller spørsmålet om en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk er lovregulert, og det generelt er sparsomt med rettskilder på området, vil en vurdering av de reelle hensynene kunne være relevant som moment ved et forsøk på å finne et svar. Hva som vil gi det beste, eller mest hensiktsmessige resultat vil imidlertid kunne variere. De ulike hensynene vil ikke nødvendigvis peke i samme retning

---

<sup>88</sup> Jakhelln, 2006 s. 519

<sup>89</sup> Jakhelln, Aune, 2005 s. 1063

<sup>90</sup> Jakhelln, 2006 s. 519

og det kan være at et og samme hensyn vil tale for begge løsningene. Videre kan det være at vurderingen av generell – og individuell godhet ikke faller sammen. Generelt kan man si at det vil bero på omstendighetene rundt det enkelte arbeidsforhold som er avgjørende.

Temaet i dette kapitlet er en vurdering av hvorvidt de reelle hensynene, til tross for individuelle forskjeller i det enkelte arbeidsforhold, trekker i retning av at en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk.

De hensynene som vil bli drøftet er rettferdighetshensyn, ulike avveininger og formålsbetraktninger. Grensen mellom de to sistnevnte er ganske flytende, men jeg vil forsøke å holde de fra hverandre.

#### 4.4.2 Rettferdighetshensyn

Hvorvidt det er en statisk eller en dynamisk henvisning som er mest rettferdig er det ikke noe klart svar på. Ulike prinsipper og sammenligningsgrunnlag gjør at en generell karakteristik ikke er lett å gi. Avgjørelsen inntatt i Rt. 1985 s. 78 illustrerer imidlertid hvordan rettferdighetshensynet kan ha noe å si ved vurderingen av om en henvisning skal forstås som statisk eller dynamisk.

Saken gjaldt gyldigheten av pålegg om forlengelse av en gruppe uorganiserte arkitekters ordinære arbeidstid.<sup>91</sup>

På side 87 blir det uttalt at dersom ”arkitektene ikke skulle ha fått sin arbeidstid forlenget ville det ha betydd en forskjellsbehandling i forhold til andre med betydelig følger (...)”<sup>92</sup>. Det blir altså lagt vekt på hensynet til likebehandling som er et rettferdighetshensyn. Det er ingen tvil om at det ved dette tilfelle trekker i retning av at en dynamisk henvisning er mest rettferdig. Se mer om dette i punkt. 4.5.2.2. Også i Rt. 2001 s. 1193 legger Høyesterett vekt på at rettferdighetshensynet skal tas til inntekt for at en henvisning skal forstås som dynamisk.<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Se punkt 4.2 og 4.5.2.2 for nærmere redegjørelse

<sup>92</sup> Se også side 83

<sup>93</sup> Se punkt 4.5.2.1

#### 4.4.3 Avveininger

Hvorvidt en statisk eller en dynamisk henvisning er god eller dårlig vil kunne bero på en avveining av hvilke virkninger den ene eller den andre fører med seg, og/eller en avveining av hvilke positive eller negative virkninger alternativene antas å ha. Førstnevnte omtales som virkningsorienterte vurderinger, mens sistnevnte kalles interesseavveininger. Grensen mellom disse er ganske flytende, og skille mellom disse vil kun medføre en rekke gjentakelser. Jeg har derfor ikke ansett det nødvendig å holde dem atskilt.

Når man foretar en avveining blir det gjort opp en mening om hvilke virkninger et bestemt valg vil føre med seg, og hvilke valg som er de gode eller dårlige valgene.<sup>94</sup> Å måle dette er imidlertid ikke lett. Det knytter seg alltid en viss usikkerhet til fremtiden, og selv om en virkning isolert sett kan virke rettferdig, kan virkningen i kombinasjon med andre løsninger være mindre heldige, eller det er mulig å oppnå en bedre virkning ved andre løsninger. Hva vil virkningen av at en henvisning skal anses som statisk være. Tilsvarende, hva vil virkningen av at en henvisning skal anses som dynamisk være. Og hvorvidt disse er gode eller dårlige er vurderinger som må tas.

Dersom en henvisning skal forstås som statisk vil den føre med seg flere virkninger for de berørte partene. Først og fremst vil en statisk henvisning føre med seg en stor grad av forutberegnelighet. Både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Det vil ikke være noen tvil om hvilke rettigheter og plikter<sup>95</sup> partene har, og det vil skape stabile rammer rundt arbeidsforholdet.

Vanskeligheter med å implementere endringer gjort i tariffavtalen vil på den andre siden være negativt. Noen ganger går dette ut over arbeidsgiver, ved at han sliter med å få gjennomført endringer som er viktig for å opprettholde en lønnsom bedrift. Andre ganger vil det gå ut over arbeidstaker ved at han for eksempel går glipp av en lønnsforhøyelse.

Hvis henvisningen skal forstås som en dynamisk referanse er det flere faktorer som spiller inn. En dynamisk henvisning vil først og fremst føre til et mer fleksibelt arbeidsforhold.

---

<sup>94</sup> Ibid s. 385

<sup>95</sup> Dette må selvsagt modifieres, jfr. pkt 2.4.2 der det blir diskutert om det som står i den skriftlige arbeidsavtalen er det samme som arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Muligheter for å implementere endringer i arbeidsforholdet mellom partene lar seg lettere gjennomføre.

For *arbeidsgiver* vil en dynamisk henvisning gjøre det enklere å foreta endringer som kan føre til at lønnsomheten blir opprettholdt. Det økonomiske aspektet er selvsagt svært viktig for arbeidsgiver, i og med at det er det som holder hjulene i gang.

Mindre heldige virkninger av at en henvisning skal forstås som dynamisk er at det kan være ressurs – og tidskrevende dersom endringer må bli foretatt. Forhandlinger må bli gjort og endringer implementeres i arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Av arbeidsmiljøloven § 14 – 8 andre punktum følger det imidlertid at endringer i arbeidsforholdet som skyldes forandringer i blant annet tariffavtaler ikke må tas inn i arbeidsavtalen.<sup>96</sup> Paragrafen regulerer kun de formelle sidene ved endringer. Hvorvidt slike endringer er materielt berettiget blir ikke regulert. Altså vil en endring i tariffavtalen ikke være ressurs – og tidskrevende hva angår implementeringen av endringene, men eventuell deltagelse i forhandlingen vil kunne være det.

For *arbeidstaker* vil det også være en rekke positive virkninger av å ha en dynamisk henvisning. Når arbeidstaker ved en statisk henvisning går glipp av lønnsforhøyelser, vil han nyte godt av det dersom henvisningen forstås som dynamisk. En arbeidstaker som er tariffbundet, og som gjennom sin arbeidstakerforening kanskje har bidratt i forhandlingene, vil gjerne høste av det han har sådd.

På den andre siden vil en arbeidstaker som *ikke er tariffbundet*, men som har en henvisning til en tariffavtale vil kunne være negativt innstilt i og med at han ikke kan øve innflytelse gjennom forhandlinger, og således har dårligere forutsetninger for å ivareta sine rettigheter. Et eksempel er den tidligere nevnte dommen inntatt i Rt. 1985 s. 78, hvor saken gjaldt gyldigheten av pålegg om forlengelse av den ordinære arbeidstiden i en bedrift. En gruppe ansatte, som ikke var organisert, ble berørt av denne endringen på grunn av en, etter Høyesteretts mening, dynamisk henvisning. Likevel kan anførselen om at uorganiserte arbeidstakere ikke kan ivareta sine interesser på samme måte være litt søkt. De har muligheten til å organisere seg og de nyter alltid godt av forhandlinger som ender opp i positive endringer for de tariffbundne.

---

<sup>96</sup> Sml. første punktum

For arbeidstakere, uavhengig om de er tariffbundet eller ikke, vil den fleksibiliteten en dynamisk henvisning gir være negativt der det blir foretatt endringer som fører til mindre gunstige vilkår enn det de hadde tidligere. Dette vil imidlertid som regel jevne seg ut over tid.

#### 4.4.4 Formålsbetraktninger

Overveielser av hvordan formålet med loven eller den enkelte bestemmelse skal fremmes blir omtalt som formålstjenelige betraktninger.<sup>97</sup>

I fortalen til direktivet ble det uttalt at hensikten med blant annet utarbeidelsen av bestemmelsen om skriftlig informasjon til arbeidstaker, er å gi arbeidstaker bedre vern mot eventuelle krenkelser av deres rettigheter. Videre er det i forarbeidene<sup>98</sup> uttalt at en av målsettingene ved innføringen av kravet til skriftlig arbeidsavtale, er å klargjøre arbeidstakers rettstilling.

Hvilken forståelse av henvisninger vil da være mest hensiktsmessig dersom målet er å fremme vernet mot krenkelser av rettigheter – og klargjøre arbeidstakers rettstilling.

En umiddelbar tanke er at en statisk henvisning vil bidra til å verne arbeidstaker mot at hans rettigheter blir krenket av arbeidsgiver. På den andre siden er det ikke automatisk slik at en dynamisk henvisning medfører at endringer krenker arbeidstakers rettigheter. Som regel blir endringer i en tariffavtale foretatt til arbeidstakers gunst. For eksempel vil en økning i lønn på ingen måte krenke arbeidstakers rettigheter. Andre ganger vil en endring klargjøre arbeidstakers rettsstilling, slik at uklarheter blir ryddet av veien. Derfor er det ikke gitt at en statisk henvisning vil verne arbeidstakerne best, og således ikke nødvendigvis den mest hensiktsmessige.

Når arbeidstaker er *tariffbundet* og tariffavtalen er kommet i stand etter forhandlinger fra begge partene, vil dette kunne trekke i retning av at formålet med å verne arbeidstaker ikke blir forringet ved å ha en dynamisk henvisning. Arbeidstakeren ivaretar da sine rettigheter

---

<sup>97</sup> Eckhoff, 2001 s. 387

<sup>98</sup> Ot.prp. nr. 78 (1993 – 1994) s. 8



ved hjelp av den organisasjonen han er medlem av. For en arbeidstaker som er *ubundet* vil derimot en statisk henvisning bidra til å verne hans rettigheter. I hvert fall vil det klargjøre arbeidstakerens rettsstilling idet han slipper å uroe seg for at en avgjørelse blir tatt over hode på han uten at han kan øve innflytelse. Til tross for at den ubundne arbeidstakeren kan ivareta sine interesser ved å organisere seg, vil det virke urettferdig at han skal påtvinges endringer en tid ut i arbeidsforholdet.

#### 4.4.5 Noen bemerkninger

De hensynene som er vurdert, kan grovt sett deles inn i to kategorier som ikke alltid lar seg oppfylle samtidig. Forutsigbarhet og stabilitet på den ene siden, og fleksibilitet (og behovet for endringer) på den andre. Forutsigbarheten og stabiliteten vil typisk tale for at en statisk henvisning er mest hensiktsmessig, mens fleksibilitet (og behovet for endringer) på den andre siden som regel vil tale for at dynamisk henvisning er mest hensiktsmessig.

De reelle hensynene trekker i ulik retning. At arbeidsmiljøloven er en vernelov som skal beskytte arbeidstaker overfor rettighetskrenkelses fra arbeidsgiver må alltid ligge i bunden ved en vurdering. Likevel er det ingen tvil om at behovet for å foreta endringer og nødvendigheten av å ha et fleksibelt arbeidsforhold også veier tungt. Bruken av rettferdighetshensynet i Rt. 1985 s. 78 vitner om at dynamisk henvisning kanskje bør være hovedregelen, mens hensynet til den uorganiserte arbeidstakeren vil kunne trekke i motsatt retning. Antagelig vil imidlertid ikke sistnevnte være utslagsgivende i og med at det er opp til arbeidstaker selv å velge om han ønsker å øve innflytelse ved å melde seg inn i fagforeningen. Jeg vil komme nærmere tilbake til den nevnte dommen i punkt 4.5.2.2.

En klar slutning ut fra en vurdering av de reelle hensynene er vanskelig å trekke. Vernehensynet står veldig sterkt, samtidig som behovet for fleksibilitet bare øker. Hensynene må derfor veies opp mot de andre rettskildefaktorene.

#### 4.5 Noen typetilfeller

Hvorvidt utformingen av henvisningen er avgjørende for hvordan innholdet i den individuelle avtalen skal forstås, og om denne henvisningen eventuelt skal forstås som statisk eller dynamisk vil enklest illustreres ved hjelp av noen typetilfeller. Fokuset er på de tilfellene hvor problemstillingen er aktuell, nemlig ved endringer i tariffavtalen og hvordan

dette vil påvirke de gjensidige rettighetene og pliktene mellom partene. Men også tilfellet hvor det er blitt foretatt en virksomhetsoverdragelse og spørsmålet om endringer i tariffavtalen vil påvirke arbeidsforholdet. jfr. punkt 4.3. Enkelte skaper få problemer, mens andre tilfeller bidrar til en rekke vurderinger og drøftelser, hvor svaret på problemstillingen ikke er klart.

#### 4.5.1 Mellom gjensidig tariffbundne parter

Dersom det foreligger et arbeidsforhold hvor både arbeidsgiver og arbeidstaker er tariffbundet, vil en dynamisk henvisning til en tariffavtale sjelden by på problemer. Hvis tariffpartene velger å forandre på innholdet i tariffavtalen vil arbeidsgiver og arbeidstaker, som medlemmer, være bundet av tariffavtalen, jfr. blant annet prinsippet om at avtaler skal holdes. Endringene som blir foretatt vil således gjelde på lik linje som de gamle, jfr. punkt 4.3.2 om partsbundethet.

Er henvisningen derimot statisk, kan det oppstå en normkollisjon. På den ene siden må partene forholde seg til den bestemte tidsbegrensede tariffavtalen. På den andre siden står ufravikelighetsregelen i arbtvl. § 3 nr. 3.

Problemstillingen blir da om det er den skriftlige arbeidsavtalen som har forrang eller tariffavtalen. Det kan ikke være tvil om at ufravikelighetsregelen har forrang. Det følger som kjent av regelen at vilkår i den individuelle avtalen som strider mot tariffavtalen skal anses ugyldig når det er gitt en statisk henvisning. Partene er bundet til å følge tariffavtalen.

Når begge partene er bundet av tariffavtalen kan det altså se ut som at det er uvesentlig om utformingen av henvisningen er gjort statisk eller dynamisk. Reglene om tariffbundethet og ufravikelighet gjør at de gjensidig bundne partene plikter å følge hva som står i tariffavtalen uansett. Resultatet etter dette må trolig bli at alle henvisningene, til tross for at ordlyden i utformingen er statisk, i realiteten er å anses som en dynamisk henvisning.<sup>99</sup> Dette må også gjelde der henvisningen er uklar eller nøytral.

---

<sup>99</sup> Se for øvrig punkt 4.3.4 hvor hensynet til organisasjonsretten gjorde at endringer i en tariffavtale etter en virksomhetsoverdragelse er et unntak fra dette.

#### 4.5.2 Tariffbundet arbeidsgiver, men ikke tariffbundet arbeidstaker

Det er ikke uvanlig at arbeidsgiver er tariffbundet, mens arbeidstaker ikke er fagorganisert. Som det fremgår av punkt 1.2.3 er arbeidsgiver forpliktet til å gi den uorganiserte arbeidstakeren like rettigheter som en arbeidstaker som er organisert. Derfor er det antatt at tariffavtalen er inngått under den forutsetning av de lønns – og arbeidsvilkår som fremkommer av tariffavtalen også skal gjelde for de uorganiserte arbeidstakerne.<sup>100</sup>

##### 4.5.2.1 Dynamisk henvisning

Når en henvisning til en tariffavtale er dynamisk er utgangspunktet at eventuelle nye vilkår, som følge av en endring, vil gjelde på lik linje med de vilkårene som var fastsatt i tariffavtalen ved avtaleinngåelsen. Spørsmålet videre er om det har noe å si at arbeidstaker ikke er bundet til den tariffavtale han utleder noen av sine rettigheter og plikter fra.

Rt. 2001 s. 1193 illustrerer at det ikke har noe å si at arbeidstaker ikke er direkte bundet til tariffavtalen. Når en dynamisk henvisning er gitt, vil den gjelde uansett om arbeidstaker er organisert eller ikke.

Avgjørelsen gjaldt spørsmålet om arbeidstaker, A, sine pensjonsrettigheter fulgte av den individuelle avtale hun hadde med sin arbeidsgiver Coop Svalbard, tidligere Svalbardbutikken og Store Norske, eller om disse rettighetene var knyttet til *den til enhver tid gjeldende tariffavtale*.

Høyesterett oppsummerer det faktiske forholdet i en setning. ”A gikk fra en arbeidsavtale i Store Norske hvor pensjonsordningen (...) gjaldt for alle ansatte, og det var knyttet opp til den til enhver tid gjeldende tariffavtale og den til enhver tid gjeldende forsikringsavtale, til et ansettelsesforhold i Svalbardbutikken hvor de ansatte hadde en kollektiv pensjonsordning med tilsvarende pensjonsvilkår”

A hevdet at hun ved ansettelsen i Svalbardbutikken fikk en individuell basert pensjonsordning siden hun ikke var bundet av tariffavtalen og at endringer av den grunn ikke kunne endres ved en senere tariffavtale. Høyesterett var ikke enig i dette.

---

<sup>100</sup> SBDL, 2006 s. 480

Etter en fortolking av avtalen og omstendighetene rundt den, la Høyesterett avgjørende vekt på at den kollektive pensjonsordningen var ment å være lik for alle av bedriftens ansatte og at deres rettigheter avhang av hva som til enhver tid fulgte av tariffavtalen. Dette illustrerer hvordan rettferdighetshensynet veileder domstolen. Videre la de til grunn at dersom pensjonsordningen skulle endres, måtte det skje på kollektivt basis, og forutsetningen måtte være at endringene fikk virkning for alle bedriftens ansatte. De bemerker også at As rettigheter avhang av hva som til enhver tid fulgte av tariffavtalen.

#### 4.5.2.2 Statisk henvisning

Dersom arbeidsgiver og arbeidstaker har inngått en arbeidsavtale hvor det i den skriftlige arbeidsavtalen er henvist til en statisk, en bestemt tidsbegrenset tariffavtale, oppstår spørsmålet om endringer i denne tariffavtalen får virkning for den individuelle avtalen mellom partene. Dette selv om det ikke er noen holdepunkter i den individuelle avtalen for at disse endringene skal få betydning for avtaleforholdet.

Utgangspunktet er at den individuelle avtalen er gyldig og ikke kan settes til side, slik at den bestemte tidsbegrensede avtalen det er henvist til i den skriftlig arbeidsavtalen fortsetter å gjelde.<sup>101</sup>

I praksis vil imidlertid dette stride med den forpliktelse arbeidsgiver har overfor sin tariffmotpart, arbeidstakerforeningen. Som en følge av den ulovfestede ufravikelighetsnormen plikter arbeidsgiver å gi også de uorganiserte arbeidstakerne tilsvarende lønns – og arbeidsvilkår som de organiserte.

I den flere ganger nevnte dommen inntatt i Rt. 1985 s. 78 er en slik situasjon oppe, og Høyesterett løser denne kollisjonen blant annet ved å fokusere på omstendigheter rundt avtalforholdet og ikke kun ved en tolking av ordlyden.

Som nevnt i punkt 4. 2. hadde en gruppe arbeidstakere i sitt ansettelsesbrev<sup>102</sup> en henvisning til ”de vanlige vilkår for vårt personale.” De uorganiserte hevdet at den arbeidstid som fulgte av deres ansettelsesvilkår da de ble ansatt var avtafefestet for deres vedkommende, altså at henvisningen til ”de vanlige vilkår (...)” måtte forstås som statiske.

---

<sup>101</sup> Fougner, 2004 s. 237

<sup>102</sup> Før kravet til skriftlig arbeidsavtale ble lovfestet.

Høyesterett var ikke enig i den forståelsen de uorganiserte hevdet måtte legges til grunn, og uttaler at dette måtte ”naturlig forstås slik at det referer seg til de arbeidsvilkår som til enhver tid gjelder for kategorier av ansatte som det er rimelig å sammenligne med”.

Dommerne bygger blant annet denne avgjørelsen på praksis som har vært fulgt i bedriften. Av byrettens dom følger det at ”arbeidsavtalen (...) består av noe mer enn det som umiddelbart kan leses ut av selve ansettelsesbrevet” og at ”henvisningen i ansettelsesbrevet må bety at ansettelsesbrevet må utfylles (suppleres) med tariffavtalen (...)”.

Videre legger de som nevnt i punkt 4.4.2 vekt på hensynet til rettferdighet. De uttaler ”det ikke anses upåregnelig at arbeidsvilkårene etter hvert i noen grad endres. I atskillig grad vil det nok også være ønsket. Ikke minst når det gjelder forlengelse av arbeidstiden er det dessuten innlysende at det lett vil kunne by på problemer på arbeidsplassen dersom et mindretall av de ansatte skulle få beholde den kortere arbeidstid.” Av byrettens dom er også dette tatt inn, jfr. s. 87.

Anførsler om at de ikke er organisert blir ikke lagt vekt på. Av lagmannsrettens dom er det blant annet tatt inn at arkitektene ”hadde full anledning til å organisere seg og dermed til gjennom forhandlinger ivareta sine interesser”, hvilket tyder på at man ikke kommer noen vei med en slik anførsel.

”Det er rett og slett ikke ”hjemmel” for noen særbehandling av arkitektene”, som blir uttalt på side 88, vitner om at ufravikelighetsregelen ”går foran” henvisningen.

Som en følge av denne dommen vil en henvisning som tilsynelatende virker statisk likevel forstås som dynamisk. På side 88 i dommen blir det uttalt at ”selv om det på et teoretisk plan er tenkelig å inngå personlige arbeidsavtaler som avviker fra tariffavtale og i og for seg er gyldig partene imellom, så er det på det praktiske plan lite mulig (...)”. Denne uttalelsen som ikke begrunner resultatet, et obiter dictum, gir et signal om at dette standpunktet vil bli lagt til grunn i senere saker hvor en tilsvarende problemstilling kommer opp.

#### 4.5.3 Ingen er bundet av tariffavtalen

En tredje partskonsultasjon kan tenkes å foreligge. Når både arbeidsgiver og arbeidstaker er ubundet av en tariffavtale, men arbeidsgiver likevel i den skriftlige arbeidsavtalen viser til lønns – og/eller arbeidsvilkår i en tariffavtale, oppstår spørsmålet om henvisningen skal anses for å ha en statisk eller dynamisk funksjon. Det er for eksempel ikke utenkelig at det blir vist til en tariffavtale som for eksempel fastsetter en minimumslønn for arbeidstakere.

Utgangspunktet her som ellers er at det kun er partene og medlemmene som er direkte bundet av tariffavtalen. Løsningen vil bero på en tolking av den individuelle avtalen, med utgangspunkt i ordlyden. Momenter som vil kunne være med på å løse spørsmålet er de reelle hensynene nevnt i kapittel 4.4, med vekt på distinksjonen mellom arbeidstakers behov for sikkerhet og forutberegnelighet, og arbeidsgivers behov for fleksibilitet. Videre vil omstendigheter rundt avtaleinngåelsen og eventuell tidligere praksis i bedriften kunne spille inn. Foruten disse momentene som er knyttet opp mot den skriftlige arbeidsavtalen, vil alminnelige tolkingsmomenter – og tolkingsprinsipper på avtalerettens område kunne bidra til en løsning der det er uenighet om hvordan henvisningen skal forstås.

#### 4.5.4 Endringer i opprinnelig tariffavtale etter virksomhetsoverdragelse

Reglene vedrørende tariffavtalers virkning overfor arbeidstaker i forbindelse med virksomhetsoverdragelser er presentert i punkt 4.3.4. De nevnte reglene regulerer imidlertid ikke hvorvidt endringer i den opprinnelige tariffavtalen, avtalen mellom tidligere arbeidsgiver og arbeidstakerforeningen, påvirker arbeidsforholdet mellom den nye arbeidsgiveren og arbeidstakeren.

En avgjørelse som bidrar til løsning på dette er EF – domstolens sak C – 499 – 04.

Sakens faktum gikk kort gjenfortalt ut på at en det ble foretatt en virksomhetsoverdragelse fra A – B. A var bundet av en tariffavtale, mens B var ubundet. Arbeidstaker C som fulgte med ved virksomhetsoverdragelsen hadde i sin ansettelsesavtale en henvisning til en tariffavtale. Denne fortsatte å gjelde også etter virksomhetsoverdragelsen som følge av bakenforliggende regler. Etter en stund ble det foretatt en endring i tariffavtalen. Arbeidstaker C hevdet at disse endringene skulle få virkning for han.

Den tyske domstolen Landesarbeitsgericht Dusseldorf la frem to spørsmål til

EF – domstolen vedrørende tolkingen av 1977/187/EEC.<sup>103</sup> Jeg gjengir kun det første, da domstolen ikke så det nødvendig å ta stilling til det andre spørsmålet etter å ha svart på det første.

Spørsmålet var om den nye arbeidsgiveren ble bundet av en endring i tariffavtalen, som den tidligere arbeidsgiveren hadde inngått, når endringen ble foretatt etter virksomhetsoverdragelsen og den nye arbeidsgiveren ikke var tariffbundet av avtalen.

Arbeidstaker C hevdet at på grunn av at det i hans individuelle avtale var en henvisning til en tariffavtale i en spesielle industriell sektor, må denne henvisningen forstås som dynamisk, og må også gjelde påfølgende tariffavtaler forhandlet frem etter virksomhetsoverdragelsen.

Den nye arbeidsgiveren B på sin side hevdet at den eneste avtalen som kan binde dem var den avtalen som allerede var i kraft på det tidspunktet virksomhetsoverdragelsen ble gjort.

EF – domstolen uttaler i premiss 23 at utgangspunktet, som en følge av kontraktsfrihetsprinsippet, er at bindende forhandlinger mellom to parter ikke kan påtvinges en tredje part. Likevel, sier de i premiss 24 at denne reglen kan undergrave arbeidstakers rettigheter ved en virksomhetsoverdragelse. Domstolen viser til at det i en rekke tidligere avgjørelser er lagt vekt på at reglene rundt virksomhetsoverdragelse har som formål å påse at arbeidstaker skal fortsette sitt arbeid og opprettholde de lønns – og arbeidsvilkår han har. Dette skal inkludere lønns – og arbeidsvilkår i en eventuell tariffavtale. Som et resultat av dette sa domstolen at “the rights and obligations arising from a collective agreement to which the contract of employment refers are automatically transferred to the new owner, even if (...) the latter is not a party to any collective agreement”, jfr. premiss 27.

Spørsmålet som ble diskutert videre var hva som skjer etter virksomhetsoverdragelsen. Domstolen sa at tariffavtalen kun måtte overholdes til ”its end or another one comes into force”. Direktivet kan altså ikke binde den nye arbeidsgiveren til andre tariffavtaler enn de som gjaldt på tidspunktet for overdragelsen.

---

<sup>103</sup> Tilsvarende 1977/187/EØF, som gjelder for medlemmer av EØS. Nå 01/23/EØF.

Domstolen begrunnet dette med at ny arbeidsgivers plikt til å overholde fremtidige tariffavtaler ville undergrave den negative organisasjonsretten, retten til å la være å organisere seg, slik at en statisk forståelse av en henvisning ved en virksomhetsoverdragelse vil være gjeldende.

## 5 Avsluttende bemerkninger

Hvorvidt utformingen av en henvisning, i en skriftlig arbeidsavtale til en tariffavtale, er avgjørende for hvordan innholdet i individuelle avtalen skal forstås har vært temaet i denne oppgaven. At kravet til skriftlig arbeidsavtale ikke er et gyldighetskrav ble klart slått fast i punkt 2.2.2. Som en følge av dette er *ikke utformingen* av henvisningen *nødvendigvis den avgjørende faktor*.

Mye tyder imidlertid på at henvisninger i en skriftlig arbeidsavtale til en tariffavtale skal forstås som en dynamisk henvisning, uansett om henvisningen tilsynelatende fremstår som en statisk henvisning. Det samme må gjelde for henvisninger med en uklar eller en nøytral henvisning.

Det må imidlertid skilles mellom tilfeller der begge partene i arbeidsforholdet er bundet av en tariffavtale og tilfeller der kun arbeidsgiver er bundet av tariffavtalen. Sistnevnte skaper større utfordringer enn førstnevnte. Dette gjelder særlig hvor det er snakk om en statisk eller en nøytral eller uklar henvisning.

Løsningen på den motstriden som oppstår mellom den ulovfestede ufravikelighetsnormen og den gyldige individuelle avtalen slik problemstillingen var i punkt. 4.5.2.2, kan forklares på to måter. På den ene siden kan man si at ufravikelighetsnormene, *i praksis* utkonkurrerer den skriftlige arbeidsavtalen, i den utstrekning man kan kalle det utkonkurrering, til tross for at den individuelle avtalen ikke blir ugyldig. På den andre siden kan man si at den individuelle avtalen blir tolket slik at den åpner for at endringer i tariffavtalen får virkninger overfor det individuelle arbeidsforholdet. På den måten unngår man motstriden med ufravikelighetsprinsippet.



Når det gjelder de tilfellene hvor ingen er bundet av tariffavtalen eller i virksomhetsoverdragelsestilfellene, vil løsningen kunne avvike noe fra de ovenfor nevnte typetilfellene. Det vil antagelig være større rom for en alternativ løsning enn det som i praksis viser seg der begge partene er bundet eller kun arbeidsgiver er bundet. Når det gjelder førstnevnte vil en ren tolking av avtalen og omstendigheter rundt denne i hvert enkelt tilfelle være avgjørende.

Tilsvarende vil det ved en virksomhetsoverdragelse bero på en tolking av den individuelle avtalen, omstendigheter rundt den, og praksis på området. Partenes forutsetninger vil også være relevante, og de reelle hensynene vil også kunne bidra til å avgjøre om endringer i tariffavtalen får betydning for det individuelle forholdet eller ikke. Altså om henvisningen skal forstås som statisk eller dynamisk. Som EF – domstolens sak C – 499 – 04 viser, vil imidlertid hensynet til arbeidstakers negative organisasjonsrett begrunner tilfellene der det foretas en endring etter virksomhetsoverdragelse, slik at henvisningen skal forstås som statisk slik at endringer foretatt i den opprinnelige tariffavtalen ikke får virkning for partene i det nye arbeidsforholdet. (ny arbeidsgiver og samme arbeidstaker).

Etter dette er det nærliggende å konkludere med at en *henvisning* skal forstås som at den *har en dynamisk karakter*, uansett utforming av den, så *fremt ingen konkrete objektive holdepunkter tale for en annen oppfatning*. Likevel slik at det *ikke* er selve *utformingen alene som er avgjørende* for hvordan innholdet i den individuelle arbeidsavtalen er å forstå.

## 6 Litteraturliste og kilder

### Litteratur

Andenæs, Mads Henry (1997): *Rettskildelære*. Oslo. Grafisk Hus a.s, Bergen

Andenæs 1997 s.

Benson, Thomas (2008): *Arbeidsrettsboka*. Bodø: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS

Benson, 2008 s.

Eckhoff, Torstein (2001): *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget 2001. 5. utgave

Eckhoff 2001 s.

Fougner, Jan Tron Sundet m.fl, (2004): *Kollektiv arbeidsrett*. Oslo: Universitetsforlaget

Fougner 2004 s.

Fougner, Jan, Lars Holo og Odd Friberg, (2003): *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*.

Oslo: Universitetsforlaget.

Fougner, Holo, Friberg 2003 s.

Fougner, Jan (1999): *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo: Tano Aschenhoug

Fougner 1999 s.

Hagstrøm, Viggo (2003): *Obligasjonsrett*. Oslo: Universitetsforlaget

Hagstrøm, 2003 s.

Jakkhell, Henning (2006): *Oversikt over arbeidsretten*. Oslo: N. W. DAMM & SØN.

Jakkhell, 2006 s.

Jakkhell, Henning (2005): *Oversikt over arbeidsretten*. Oslo: N. W. DAMM & SØN.

Jakkhell, 2005 s.

Jakkhelln, Hennning og Helga Aune (2005): *Arbeidsretten.no Kommentarutgave til arbeidsmiljøloven*. Oslo: N. W. DAMM & SØN.

Jakkhelln, Aune 2005 s.

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

Universitetsforlaget

Stokke, Evju, Frøland 2003 s.

Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund (2006): *Arbeidslivets spilleregler*. Oslo:

Universitetsforlaget.

SBDL, 2006 s.

Woxholth, Geir (2003): *Avtalerett*. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

Woxholth, 2003 s.

## Lovgivning

Arbeidsmiljøloven (Aml.)

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

Arbeidsloven

Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.

Arbeidstvistloven (Arbtl.)

Lov av 5. mai 1927 om arbeidstvister

Avtaleloven (Avtl.)

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

N.L. 5 – 1 – 2

Lov av 15. april 1687 – Kong Christian Den Femtis Norske Lov

Tjenestetvistloven (Tjtl.)

Lov av 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27 nov. 1992 nr. 109 (EØS)

## Direktiver

EFs – rådsdirektiv 91/533/EØF av 14. oktober 1991 om arbeidsgivers plikt til å informere arbeidstakerne om vilkårene i arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet

EFs – rådsdirektiv 01/23/ EØF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstaters lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakers rettigheter ved overdragelse av foretak, virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter

## Forarbeider

Innstilling til Odelstinget

Innst. O. nr. 6 (1996 – 1997)

Odelstingsproposisjoner

Ot. Prp. Nr. 78 (1993 – 1994)

Ot. Prp nr. 49 (2004 – 2005)

Norges offentlige utredninger

NOU 2004: 5

## Domsregister/ Avgjørelser

Rt. (Norsk Retstidende)

Rt. 2007 s. 129

Rt. 2006 s. 420

Rt. 2004 s. 53

Rt. 2002 s. 1576

Rt. 2001 s. 1193

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 1985 s. 78

Rg (Rettens gang)

LE – 2001 – 738

ARD (Arbeidsretten)

ARD 1995 – 228

ARD 1983 – 301

ARD 1950 – 113

ARD 1922 – 50

EF – domstolen

Sak C – 499 – 04. EF – dom av 9. mars 2006, *Hans Werhofmot Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*,

Sak C – 350 – 99. EF – dom av 8. februar 2001, *Wolfgang Lange mot Georg Schunemann GmbH*

Sak C – 253 – 98. EF – dom av 4. desember 1997, *Helmut Kampelmann m.fl.*

Tariffavtaler

Verkstedsoverenskomsten 2006 – 2008

Artikler

Evju, Stein (2008): *Utstasjonering og sosial dumping – et skandinavisk perspektiv*: Nytt i Privatretten nr. 3 s. 14

Fougner, Jan (2007): *Endringer i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*:

Evju, Stein (2001): *Endring av tjenestepensjon m.v*: Moderne forretningsjus s. 41 flg.

Internettsider

[www.caplex.no](http://www.caplex.no)

Norsk lovkommentar (Karnov) [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no)









