

Styringsrettens begrunnelse og karakter

*A single violin player is his own conductor; an orchestra requires a separate one.*¹

Av Alexander S. Skjønberg

1. Introduksjon

Arbeidsgivers styringsrett er en sentral mekanisme i vårt økonomiske system, og er anerkjent som en selvstendig rettsnorm. Striden om dens grunnlag er for lengst tilbakelagt.² Styringsretten representerer i en forstand heller ikke noe nytt med den moderne arbeidsretten; makt for en til å bestemme over en annens arbeidskraft har eksistert i ulike former – også rettslige – opp gjennom historien.³ Samfunnet har samtidig bare akseptert en begrenset styringsrett; rettsnormer i arbeidsretten oppstiller skranker for arbeidsgivers makt. På en måte er dette et paradoks ved arbeidsretten: styringsretten er på den ene siden en nødvendig og legitim figur innen rettsområdet, og på den andre siden er det styringsretten som forklarer behovet for vesentlige deler av rettsområdet.

Kjernen i styringsretten er, rettslig sett, at den ene kontraktsparten, arbeidsgiveren, har en kompetanse til å treffe løpende beslutninger med virkninger overfor kontraktspartnern, arbeidstageren. Korresponderende til arbeidsgivers rett følger en plikt for arbeidstager til å følge den beslutningen som fattes.⁴ At det gjelder en slik *ensidig* kompetanse for den ene kontraktsparten, og betydningen dette har for kontraktspartnern, er fremfor alt det som særpreger arbeidsforholdet.

Hovedspørsmålet i denne artikkelen er hva som begrunner styringsretten (avsnitt 3). Dette er i seg selv et omfattende tema, fordi forestillingen om styringsrett er knyttet til grunnleggende kjennetegn ved arbeidsavtalen og arbeidsrettens formål. Den andre problemstillingen jeg vil ta opp, er hvilken betydning styringsrettens begrunnelse og karakter har for måten vi tilnærmer oss aktuelle styringsrettslige problemstillinger på (avsnitt 4). Før jeg tar opp disse to spørsmålene, er det nødvendig å klarlegge hva som nærmere ligger i begrepet om styringsrett (avsnitt 2).

¹ K. Marx, *Capital: A Critique of Political Economy*, Volume 1, Chapter 13, s. 231 [1867]. <https://www.marxists.org/archive/marx/works/download/pdf/Capital-Volume-I.pdf>.

² Se nærmere om styringsrettens historiske utvikling i Harald Espelis artikkel i denne boken. Striden om styringsretten og anerkjennelsen av den i arbeiderbevegelsen er også viktig som del av styringsrettens bakgrunn og forklaring. Jeg går imidlertid ikke inn på dette i min artikkel.

³ Se for eksempel S. Evju, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett* 2010, s. 49–65 (Evju 2010), s. 50.

⁴ Etersom styringsretten er et eget rettsgrunnlag som gir arbeidsgiver en slik løpende rett, er jeg enig i at det er overflødig å operere med en generell «lydighetsplikt» i tillegg, se S. Evju, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1, 2003, s. 3–32 (Evju 2003), s. 18.

2. Begrep og terminologi

Styringsrett er ikke legaldefinert, og det kan vanskelig oppstilles en entydig definisjon. Når konkrete rettsspørsmål skal løses, er det grunn til å ta utgangspunkt i en vid forståelse av styringsretten. Høyesteretts kjente formulering er at den innebærer en «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».⁵ Stein Evju har lagt til grunn at arbeidsgivers styringsrett er en rett til å treffe bestemmelser «som angår arbeidsforholdet og virksomheten».⁶ Vi kan med det som basis skille mellom to hovedtyper av beslutninger.⁷ Den ene, som ofte betegnes «arbeidsledelse», er en heteronom kompetanse til å normere med bindende virkning for motparten. Den andre hovedtypen, «foretaksledelse» eller «virksomhetsledelse», er en kompetanse til «å treffe beslutninger med virkning for seg selv».⁸ Vi kan dermed si at styringsretten i vid forstand omfatter enhver beslutning arbeidsgiver tar som kan ha direkte eller indirekte virkninger for arbeidsforhold.

Når styringsrettens begrunnelse skal diskuteres, er ikke skillet mellom arbeidelse og foretaksledelse uten videre tilstrekkelig. Skillet mellom heteronom og autonom kompetanse kan derimot være fruktbart som et utgangspunkt, fordi det tydeliggjør hva som er den særegne kompetanseformen, nemlig den *heteronome*. Den autonome kompetansen er prinsipielt sett ikke spesiell for en arbeidsgiver, selv om også denne typen beslutninger kan ha store konsekvenser for arbeidstagerne. Arbeidstager har også autonom kompetanse, nemlig til å inngå arbeidsavtale; arbeidstagers autonome kompetanse har imidlertid ikke den samme vesentlige betydningen under arbeidsforholdet.

Som Evju diskuterer i denne boken, omfatter arbeidsgivers autonome kompetanse to elementer: avtalekompetanse, herunder ansettelseskompetanse, og eierrådighet.⁹ En autonom «styringsrettsbeslutning» behøver imidlertid ikke å være begge deler. En

⁵ Se for eksempel Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk* (s. 1609).

⁶ Evju 2003 s. 15.

⁷ Se særlig Evju 2003 s. 15–17 som utvikler og begrunner skillet mellom kompetanseformene. Skillet mellom «arbeidsledelse» og «virksomhetsledelse» er alminnelig i Skandinavia, jfr. J. Fougner, *Endring i arbeidsforhold*, 2. utgave, Oslo 2016, s. 160 med videre henvisninger og A. N. Skjønberg, *Fredsplikten i tarifforhold*, Oslo 2019 (Skjønberg 2019), s. 213 (i note 814). Se også nærmere A. N. Skjønberg, E. Hognestad og M. J. Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2017 (Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017), s. 99, og dessuten P. K. Nerdrum, «Demonstrasjonsaksjoner: En studie av de materielle vilkår for rettmessighet etter alminnelige tariffrettslige normer», i S. Evju (red.), *Aktuell arbeidsrett*, Oslo 1989, s. 143–214.

⁸ Evju 2003, s. 17. Se S. Eng, *Rettsfilosofi*, Oslo 2007 (Eng 2007), s. 81–86 mer generelt om kompetanse og skillet mellom heteronom og autonom kompetanse. Se også for eksempel T. Eckhoff og N. K. Sundby, *Rettsystemer*, Oslo 1971, s. 93–99, særlig s. 96–97.

⁹ Se også her T. Opsahl, «Grunnlovens eiendomsvern og bankdemokratisering», i N. Høstmælingen, H. Jakhelln og C. Smith (red.), *Statsmakt og menneskerett*, Bind 1, Oslo 1995 (Opsahl 1995), s. 531–574. Opsahls artikkel er en utredning og finnes som vedlegg til NOU 1976: 52 *Om demokratisering av forretningsbankene*, s. 285–309. Her viser jeg til sidetallene i opptrykket fra 1995.

beslutning om for eksempel virksomhetsnedleggelse vil kun være utøvelse av eierrådighet, ikke utslag av avtalekompetanse.

Arbeidsretten oppstiller skranker i både den heteronome og den autonome kompetansen, men de materielle begrensningene er langt færre i eierrådigheten.¹⁰ Skranker i eierrådigheten vil også kunne reise spørsmål om inngrep i eiendomsretten, jfr. Grunnloven¹¹ § 105, slik diskusjonen om bedriftsdemokrati på 1960–70-tallet illustrerer. Jeg går ikke inn på dette,¹² men vil komme tilbake til forholdet mellom styringsretten og eiendomsretten. Dette er sentralt i diskusjonen om hvordan styringsretten kan begrunnes.

Selve termen «styringsrett» har lang tradisjon i norsk arbeidsrett. I Arbeidsrettens praksis dukker den opp første gang i ARD 1953 s. 48 (s. 53). I doktrinen går sporene lenger tilbake. Ferdinand Rømcke er antagelig den som introduserte termen.¹³ Han bruker den i sin bok *Industriarbeiderens arbeidstid: efter offentlig og privatrett* fra 1934.¹⁴ Han uttaler der at «[a]v arbeidsavtalens rettslige natur følger det således at arbeidsgiveren har rett til å lede og fordele arbeidet i bedriften, «styringsretten» eller «direksjonsretten» (s. 30–31, forfatterens kursivering). Kursiveringen tyder på at termen ikke var brukt tidligere, eller iallfall ikke innarbeidet. Rømcke hentet på dette punkt, slik som Paal Berg, betydelig inspirasjon fra samtidig tysk arbeidsrettsteori, hvor blant annet termen «Direktionsrecht» ble brukt om styringsrett.¹⁵ Termen er også brukt i forarbeidene til arbeidervernloven 1936, jfr. Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 46.

3. Styringsrettens begrunnelse

3.1 Nærmere om problemstillingen

Styringsretten er ikke positivt regulert i lov,¹⁶ men har sitt grunnlag i ulovfestet rett.¹⁷ Den er som nevnt anerkjent som en selvstendig rettsnorm, og er et eget rettsgrunnlag. En tariffavtale vil i alminnelighet forutsette arbeidsgivers styringsrett.¹⁸ Hverken lovgivning eller rettspraksis gir noen nærmere begrunnelse av styringsretten. I arbeidsrettslig litteratur knyttes styringsretten typisk til at arbeidstager går inn i et

¹⁰ Se Evjus artikkel, «Styringsrett – analytisk sett» i denne boken [s. xxx] og hans videre henvisninger der til Fougner.

¹¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹² Se for eksempel J. Andenæs og A. Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave, Oslo 2017, s. 560–562.

¹³ Skjønberg 2019 s. 212(i note 808).

¹⁴ Termen var dermed brukt før B. Ulsaker, *Ferieloven av 14. november 1947*, 4. utgave, Oslo 1947, sml. Evju 2010 s. 53.

¹⁵ Se for eksempel K. H. Stenschke, *Das Direktionsrecht des Arbeitgebers*, Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

¹⁶ Lov 17. juli 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, aml.) forutsetter styringsretten, og elementer av den kommer frem i ulike bestemmelser, se for eksempel § 9-1: «Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker ...». Se også den tidligere lov 30. mai 1975 nr. 18 om sjømenn (sjømannsloven) § 39 hvor det fremkom uttrykkelig at «[e]n sjømann skal rette seg etter de ordrer som han mottar i tjenesten ...»

¹⁷ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 96 med videre henvisning til rettspraksis.

¹⁸ Se for eksempel ARD 2014 s. 25 avsnitt 159. Se nærmere Skjønberg 2019 s. 211–212.

avhengighets- og underordningsforhold. Høyesterett har også knyttet styringsretten an til dette i saker om arbeidstagerbegrepets forståelse og hva som kjennetegner arbeidsforhold.¹⁹ Etter rettspraksis er det særlig den underordningen som arbeidsgivers rett til ledelse og kontroll innebærer for arbeidstager, som begrunner behovet for vernet, og at kontraktsforholdet derfor klassifiseres som et arbeidsforhold.²⁰

Det er en sammenheng mellom styringsrett og makt- og avhengighetsstrukturer. Styringsretten er hovedgrunnen til maktubalansen, asymmetrien, i arbeidsforholdet.²¹ Det er styringsretten som gir grunnlag for å karakterisere arbeidsforholdet som et underordningsforhold. Men det er ikke alene underordningen i arbeidsforholdet som er viktig for å forklare styringsretten; det er også sentralt å trekke inn hvilke avhengighetsstrukturer som kjennetegner arbeidsmarkedet som sådan. Dette er særlig diskutert i klassisk arbeidsrettsteori. Det sentrale spørsmålet var hvilke særpreg ved arbeidsforhold som begrunnet den tradisjonelle kontraktsrettens utilstrekkelighet som regulering av avtaletypen.

For å diskutere styringsrettens begrunnelse er det nødvendig å klarlegge disse kjennetegnene, og hva de skyldes. I det følgende vil jeg først drøfte hva som kjennetegner avhengigheten og underordningen, se punkt 3.2. Deretter er spørsmålet hva som gjør at arbeidstager «aksepterer» å gå inn i et underordningsforhold, se punkt 3.3. Her tar jeg opp avhengighetsstrukturene som kjennetegner arbeidsmarkedet, og som ligger forut for arbeidsavtaleinngåelsen.

Felles for avhengighetsformene er at de prinsipielt sett kan føres tilbake til en ulikhet i rådighet over eiendom og ressurser. Hugo Sinzheimers kjente formulering er at «[d]er Grund der abhängigen Arbeit ist das Eigentum» («eiendomsretten er grunnen til det avhengige arbeidet».²² Eiendom skaper med andre ord makt. Den klassiske begrunnelsen for styringsretten er at den kan føres tilbake til denne markedsmakten, og styringsretten har sånn sett en kobling til eiendomsretten. I punkt 3.4 diskuterer jeg dette resonnementet nærmere, før jeg avslutningsvis i punkt 3.5 vil få frem hvordan arbeidsrettslige regler, som avgrenser styringsretten, er det som gir styringsretten legitimitet.

Kjennskap til grunnteoriene om makt- og avhengighetsstrukturer i arbeidslivet er generelt vesentlig å ha med seg når arbeidsrettslig regulering diskuteres. Dette er ikke ensbetydende med

¹⁹ Se for eksempel Rt. 1958 s. 1229: «...at denne lovgivning hovedsakelig har hatt for øye mer underordnede lønnsinntagere som etter sine arbeids- og tilsetningsvilkår står i et avhengig tjenesteforhold, – en avhengighet som særlig får uttrykk ved at arbeiderne i fremtredende grad er undergitt arbeidsgiverens tilsyn og instruksjoner» (s. 1230) og HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 65.

²⁰ Se nærmere for eksempel M. J. Hotvedt, *Arbeidsgiverbegrepet*, Oslo 2016 (Hotvedt 2016), s. 372–380 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 51–52.

²¹ S. Evju, «Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsretten», *Arbeidsrett* 2011, s. 143–163 (Evju 2011), på s. 154.

²² H. Sinzheimer, *Grundzüge des Arbeitsrechts*, Jena 1927 (Sinzheimer 1927), s. 26–27 og s. 147. Min oversettelse.

at det eksisterende uten videre må legges til grunn. Formålet med tilnærmingen er å få en forståelse for hva som begrunner og eventuelt særpreger eksisterende arbeidsrettslige regler, og hva som er eventuelle svakheter ved dem.²³ Et sentralt spørsmål er i hvilken grad grunnteoriene fortsatt er anvendelige.

Judy Fudge hevder at «[m]uch of the discussion of the role or purpose of labour law is remarkably ahistorical».²⁴ Det samme kan nok sies om enkelte nyere arbeidsrettslige diskusjoner i norsk rett.²⁵ Sviktende kunnskaper om det rettsgenetiske kan bli ensbetydende med manglende innsikt i arbeidsrett, fordi rettsanvenderen vil mangle kjennskap til de hensynene som begrunner rettsområdet egne normer og falle for fristelsen til å ukritisk overføre resonnementer fra andre rettsområder. Særlig i tariffretten er det utviklet regler som i stor grad skiller seg fra alminnelig kontraktsrett, og en ren kontraktsrettslig tilnærming vil fort føre galt av sted.²⁶ Ragnar Knoph var inne på dette allerede i *Oversikt over Norges rett* i 1934. Han pekte blant annet på at «[t]ariffavtalene er nyskapingen i rettslivet, som ikke lar sig tvinge inn i noen av de gamle, kjente rettskategorier» og at «man [skal] være forsiktig med å overføre de vanlige avtaleregler og avtaleforestillinger på tariffavtalene».²⁷ Også den individuelle arbeidsretten er på viktige punkter særpreget. Den ulovfestede permitteringsadgangen er et godt eksempel på en regel som skiller seg fra kontraktsretten.²⁸

3.2 Hva kjennetegner avhengighet og underordning i arbeidsforholdet?

3.2.1 Innledning

Arbeidsavtalen er en kontrakt, men den er særegen. Med utviklingen av arbeidsmarkedet på 1800-tallet ble kontraktsfrihetsprinsippet lagt til grunn også for arbeidsforhold. Utvikling av markeder forutsetter kontraktsfriheten. Ideologisk sett stod en liberalistisk kontraktsrettslig tilnærming sterkt i vestlige land i perioden.²⁹ Arbeideren og arbeidsgiver ble ansett som likeverdige kontraktsparter, og innholdet i kontrakten ble

²³ Sml. S. Deakin, «The Comparative Evolution of Employment» i G. Davidov and B. Langille (eds.), *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford-Portland 2006 (Deakin 2006), s. 89–108 og s. 91.

²⁴ J. Fudge, «Labour as a 'Fictive Commodity': Radically Reconceptualizing Labour Law», i G. Davidov and B. Langille (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford 2011, s. 120–136 (Fudge 2011), s. 121.

²⁵ Jfr. A. N. Skjønberg, «Ettervirkning – grunnlag, rekkevidde og betydning», *Arbeidsrett* 2020, s. 75–99 (særlig s. 98–99).

²⁶ Se til illustrasjon Borgarting lagmannsretts avgjørelse 28. august 2020 i Grefsenhjemmet.

²⁷ R. Knoph, *Oversikt over Norges rett*, Oslo 1934, s. 267.

²⁸ S. Evju, «Permittering og trygd», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 2, 2007, s. 135–184 og s. 135. Se mer inngående T. Mehl, *Permitteringer*, Oslo-Bergen-Stavanger-Tromsø 1982, s. 6–8.

²⁹ Hvor «liberalistisk» den «liberalistiske» perioden var, er et annet spørsmål. Det sies gjerne at den liberale ideologien var kjennetegnet ved et prinsipp om *laissez-faire*. Dette ble predikert, men hvor reelt det var, er noe annet. Et syn er at staten tvert imot hadde en aktiv rolle i utviklingen av markeder, se særlig K. Polanyi, *The Great Transformation*, Boston 2001 [1944]. Når det gjelder regulering av norsk arbeidsliv i denne perioden, var det innen landbruk, sjøfart og for tjenestefolk betydelig lovregulering, og innen disse delene av arbeidslivet var kontinuitet mer fremtredende enn avregulering. Det var først og fremst for arbeidsforholdene i de nye industriene den liberale ideologien slo igjennom. Den liberalistiske perioden er tvetydig. Se nærmere V. Aubert, *Retten sosiale funksjon*, Oslo-Bergen-Tromsø 1976, s. 76–79 og Evju 2011 s. 148–149.

overlatt til forhandlinger mellom dem. De var formelt sett like for loven, begge hadde autonomi til å binde seg ved kontrakt.

I norsk rett ble de nye arbeidsformene som vokste frem med industrialiseringen i siste halvdel av århundret, rubrisert under «arbeidsleie», og da en del av obligasjonsretten.³⁰ Rettighetene og pliktene mellom partene ble regulert av kontrakten. Samtidig anerkjente de fleste systemer en makt for arbeidsgiver til å lede og kontrollere arbeidet, og dermed også arbeideren, altså i praksis en styringsrett.³¹ I *Personretten* fra 1865 skrev Collett at ikke bare i tyendeforhold, men også i andre tjenesteforhold er det

«en Forpligtelse for den Tjenede til udelukkende og gjennem et vist Tidsrum ... at anvende sine Kræfter og Ævner i en privat Mands Tjeneste, og som en Følge heraf til i en vis Grad at være hans Villie og Godtbefindende underkastede».³²

En slik ensidig kompetanse for den ene kontraktsparten er vanskelig å forene med en liberalistisk kontraktsrettstanke der partene er likestilte.³³ Sentralt for utviklingen av arbeidsrett som egen juridisk disiplin er anerkjennelsen av det maktforholdet som eksisterer i arbeidsforholdet, og den sterke personlige og sosiale tilknytningen som relasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstager faktisk innebærer. Med etableringen av arbeidsrett som juridisk disiplin ble disse realitetene, som på et tidlig tidspunkt ble påpekt i sosialpolitisk teori,³⁴ tatt opp i rettssystemet gjennom utvikling av nye *tilpassede* rettsregler.³⁵ Ut fra dette perspektivet er arbeidsrettens utvikling en reaksjon på 1800-tallets kontraktsrettslige tilnærming.

En som i rettsvitenskapen tidlig fremhevet essensen ved arbeidsforholdet, var Otto von Gierke, som er regnet som datidens mest berømte tyske rettsforsker.³⁶ Ifølge Sinzheimer var han den første i tysk rettsvitenskap som anerkjente arbeidsavtalens særpreg.³⁷ I det

³⁰ Se for eksempel F. Hallager, *Den norske obligationsret*, Christiania 1860, s. 164–165 og G. W. Gram og H. H. Vogt, *Den nordiske obligationsret*, Kjøbenhavn 1888, s. 301–305.

³¹ Deakin 2006 s. 99.

³² P. J. Collett, *Forelæsninger over Personretten efter den norske Lovgivning*, Christiania 1865, s. 327–328.

³³ Evju 2010 s. 51.

³⁴ Se for eksempel L. Brentano, *Das Arbeitsverhältniss gemäss dem heutigen Recht. Geschichtliche und ökonomische Studien*, Leipzig 1877.

³⁵ Weber: «passend spesialiserte Rechtsnormen», jfr. M. Weber, «Lotmar, Philipp, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiche. – Ersten Band. Leipzig, Duncker & Humblot 1902, gr. 8, 827 S» [bokanmeldelse], *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik*, 1902, s. 723–734, på s. 725.

³⁶ D. Michalsen, *Romerrettsideologi*, Oslo 2008 (Michalsen 2008), s. 289.

³⁷ H. Sinzheimer, «Otto von Gierkes Bedeutung für das Arbeitsrecht» [1922], opptrykk i T. Ramm, *Hugo Sinzheimer: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*. Band I, Frankfurt-Köln 1976, s. 402–407 (Sinzheimer 1922). Sinzheimer 1927, s. 11 (i note 1) og H. Sinzheimer, *Der korporative Arbeitsnormenvertrag*, Leipzig 1907 (Sinzheimer 1907), s. 16–17. Se dessuten for eksempel Deakin 2006, s. 100–102 og M. Kumlien, *Continuity and Contract*, Stockholm 2004 (Kumlien 2004), s. 157.

følgende tar jeg utgangspunkt i Gierkes grunnsyn på arbeidsforholdet. Deretter diskuterer jeg hvordan Sinzheimer videreutviklet dette til det vi kan si er en klassisk tilnærming til arbeidsforholdet som et avhengighets- og underordningsforhold,³⁸ som Paal Berg bygget på i 1930, og som har vært rådende i norsk arbeidsrett.³⁹ Berg var den som først definerte arbeidsrett som et eget rettsområde, adskilt fra formueretten, i norsk rett.⁴⁰ Jeg vil samtidig ta opp hvorvidt denne klassiske begrunnelsen står seg i dag. Det siste er et krevende spørsmål, og rammene for artikkelen tilsier at jeg bare kan peke på noen utgangspunkter.

3.2.2 Den klassiske tilnærmingen

Gierke gikk til felts mot den sterkt individualistiske formueretten som, med sin basis i romerretten, rådet i tysk rett på 1800-tallet.⁴¹ Han forfektet at formueretten hadde, og måtte ha, sosiale formål og funksjoner. En grunntanke hos ham var at formueretten – og ikke bare offentlig rett – måtte tjene samfunnet.⁴² Den skulle ikke alene, slik romerrettens «usociale» privatrett, tjene den individuelle nytten. Hverken eiendomsretten, den liberale periodens «kjæledegge»,⁴³ eller avtalefriheten kunne, fremholdt Gierke, betraktes som ubegrensede fordi:

«[u]begrenset kontraktsfrihet ødelegger seg selv. Et forferdelig våpen for de sterke, et svakt verktøy for de svake, som blir et middel til undertrykkelse av den ene ... Mer enn noen gang har også privatretten som formål å beskytte de svake mot de sterke, fellesskapet mot den individuelle egoisme».⁴⁴

Gierke var del av en utvikling i rettsvitenskapen og rettsordener fra siste halvdel av 1800-tallet og utover på 1900-tallet hvor rettens sosiale funksjon kom i forgrunnen, og

³⁸ Se O. Kahn-Freund, «Hugo Sinzheimer (1875–1914)», i T. Ramm, *Hugo Sinzheimer: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*. Band I, Frankfurt-Köln 1976, s. 1–31, som på s. 5 påpeker at Sinzheimers diskusjon av avhengighet bygget på Gierkes undersøkelser. I sitt begrep om *arbeit* var Sinzheimer, som Kahn-Freund påpeker, derimot betydelig influert av Karl Marx, se også på dette punkt R. Dukes, *The Labour Constitution: The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford 2014, s. 14–15.

³⁹ Her var det et betydelig antall andre som bidro til den teoretiske utviklingen.

⁴⁰ Se nærmere for eksempel Evju 2012 s. 9.

⁴¹ Men romerretten var ikke enerådende. Man skilte mellom romerretten og «den tyske privatretten», der den siste delen omfattet regler som var av germansk – ikke romersk – opphav. Dem som behandlet romerretten, ble betegnet «pandekister» (romanister). Gierke var en sentral forfatter innen «den tyske privatretten». Se om skillet for eksempel F. Stang, *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo 1935, s. 127–130. Se også D. Michalsen, *Retten: En internasjonal historie*, Oslo 2011 (Michalsen 2011), s. 358–359. Se for øvrig om «romerrettsideologien» i norsk rett, Michalsen 2008.

⁴² O. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Berlin-Heidelberg 1889 (Gierke 1889).

⁴³ R. Knoph, *Utviklingslinjer i moderne formuerett*, Oslo 1934 (Knoph 1934), s. 12.

⁴⁴ Gierke 1889, s. 28–29: «Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird zum Mittel der Unterdrückung des einen durch den anderen ... Mehr als je hat heute auch das Privatrecht den Beruf, den Schwachen gegen den Starken, das Wohl Gesamtheit gegen die Selbstsucht der einzelnen zu schützen». Min oversettelse.

reglene fikk en mer «samfundsmessig farve».⁴⁵ Både individets ansvar overfor samfunnet og samfunnets ansvar overfor individet ble sentralt.⁴⁶ Med den sosiale rettsutviklingen ble eiendomsretten «degradert til en relativ rettighet» som måtte «bøies og begrenses under hensyn til ... hele samfundets interesser».⁴⁷

Gierke var en av de argeste kritikerne av det første utkastet (1874) til den tyske sivillovbok,⁴⁸ *Bürgerliches Gesetzbuch* (vedtatt 1896, ikraft 1900), som han mente var for «romersk».⁴⁹ Etter utkastet ville det være fullstendig kontraktsfrihet for partene i «arbeidsavtalen» («Dienstvertrag»)⁵⁰ BGB bygget på et *formelt* likhetsprinsipp. Men for langvarige kontraktsforhold, som arbeidsforhold, påpekte Gierke at det kontraktsrettslige forholdet gikk over i et *personrettslig*.⁵¹ Derfor måtte også kontraktsretten sette personen i sentrum. Etter hans syn kunne ikke arbeidsavtalen sammenlignes med formuerettslige avtaler om salg eller leie, slik utkastet la opp til, men var en særpreget avtale.⁵²

Gierkes innsikt på dette punkt ledet ham tidlig til en forståelse av at arbeidskontrakten ikke uttømmende regulerte forholdet mellom arbeidstager og arbeidsgiver. Mellom dem var det også en sosial relasjon der andre normer enn de kontraktsfestede hadde betydning. En moderne virksomhet, påpekte Gierke allerede i 1867, består ikke av en sum av individer, men *en organisert enhet* hvor kapitaleieren er den «absolute wirtschaftliche Herr».⁵³ Gjennom kontrakt trådte arbeidstageren, fremholdt han videre, inn som *et tjenende ledd* i denne enheten. Et arbeidsforhold innebar i realiteten ikke en

⁴⁵ R. Knoph, *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*, Kristiania 1921, s. 172. Se også Knoph 1934 om mer generelt om utviklingen, og dessuten kort Berg 1930 s. 1–5.

⁴⁶ Berg 1930 s. 2.

⁴⁷ Knoph 1934 s. 22.

⁴⁸ Se generelt om denne omfattende diskusjonen, Michalsen 2011 s. 359–361.

⁴⁹ F. Stang, «Det tyske Udkast til borgerlig Lov», *Tidsskrift for Retsvidenskab* 1896, s. 241–312 (s. 265). Gierke betegnet utkastet som «ein in Paragraphen gefaßtes Pandektenkompendium», jfr. W. Kilian, *Soziale Selbstbestimmung und Tarifvertrag : Eine Untersuchung über das Verhältnis Hugo Sinzheimers zu Otto v. Gierke*, Frankfurt am Main 1965 (Kilian 1965), s. 16. Pandektvitenskapen var den delen av rettsvitenskapen som la romerretten til grunn, se note 42 over. Den prinsipielle og abstrakte tilnærmingen som lå i denne retningen, gjorde at kritikerne betegnet den som «konstruktivisme», og mer nedsettende, «begrepsjurisprudens», se Michaelsen 2011 s. 358.

⁵⁰ *Dienstvertrag* må ikke forveksles med *Arbeitsvertrag*. Den moderne kontraktsformen, slik vi kjenner den, ble først utviklet senere. Se om utviklingen Evju 2012, s. 6–7. Se mer generelt om *Dienstvertrag* for eksempel Kumlien 2004 s. 149–151.

⁵¹ For det følgende se Sinzheimer 1922, s. 402–407. Se også for eksempel Kilian 1965 s. 24–26 og s. 55–57, og Kumlien 2004 s. 152–157.

⁵² Han betegnet den som en «Gemeinschaftsvertrag». Forståelsen av arbeidsforholdet var knyttet til hans teori om «Gemeinschaft». Anvendelsen av den på arbeidsforhold har flere sider enn det er rom for å gå inn på i denne artikkelen.

⁵³ Kilian 1965 s. 56–57.

kontraktsinngåelse mellom to likestilte parter, men at arbeidstager går inn i og er del av et sosialt maktforhold, et «Herrschaftsverband».

Gierkes betoning av essensen ved arbeidsforholdet var nyskapende i tysk rettsvitenskap.⁵⁴ Hans forståelse ble viktig i den videre utviklingen av avhengighets- og underordningsteorien, og for forståelsen av den moderne arbeidsavtalen i tysk arbeidsrett.⁵⁵ Sinzheimer var sentral her. Han gav Gierke honnør for å ha påpekt «das herrschaftliche Element» («herredømmeelementet») i arbeidsforholdet.⁵⁶ Han tok utgangspunkt i at betingelser i arbeidsforhold kunne sorteres i to grupper.⁵⁷ Den ene omfattet betingelser i det individuelle forholdet mellom arbeidsgiveren og arbeidstageren, slik som for eksempel lønn, arbeidstid, arbeidssted, mens den andre siden dreiet seg om betingelser overfor arbeidstagerne som fellesskap, for eksempel hvordan arbeidslokalene skal innrettes, virksomhetens produksjonsform.⁵⁸

Den individuelle siden ved arbeidsforholdet var, påpekte Sinzheimer, fremfor alt karakterisert ved at arbeidstager går inn i et faktisk og rettslig underordningsforhold ved ansettelsen.⁵⁹ I utførelsen av den kontraktsmessige ytelsen, arbeidsutførelsen, og ellers på arbeidsplassen, underordner arbeidstager seg arbeidsgivers ledelse. Arbeidsgiver har «[ein] Direktionsrecht», som ikke behøver å være uttrykkelig avtalt, men som følger som en *ensidig* rett av arbeidsavtalens «vesen».⁶⁰ Også betingelsene overfor arbeidstagerne som fellesskap var det arbeidsgiver som ensidig fastsatte.⁶¹ Dette gjaldt medmindre noe annet var fastsatt i lov eller avtale.⁶²

Av dette sluttet Sinzheimer at arbeidstager i liten grad var i posisjon til å bestemme arbeidsforholdets innhold. For arbeidstager var kontraktsfriheten begrenset til det å slutte selve avtalen; kjennetegnet ved arbeidsforhold var ikke *avtaleforhandlinger*, men

⁵⁴ Sinzheimer 1922, s. 404–405. Det var Gierkes fortjeneste at *BGB* fikk bestemmelser om arbeidsgivers omsorgsplikt («Fürsorgepflicht») og arbeidstagers lojalitets- og lydighetsplikt («Treuepflicht»).

⁵⁵ Forenklet kan vi si at det var to linjer i den videre utviklingen. Den ene tok, som Sinzheimer, utgangspunkt i arbeidsavtalen som særegen kontrakt, den andre i arbeidsforholdet som «Gemeinschaftsvertrag» hvor arbeidstager ved inntreden i arbeidsforholdet oppnådde en status og fikk en rekke rettigheter og plikter. Gemeinschaftsvertragtanken ble dominerende og fremtrådte i en pervertert versjon under det tredje riket hvor «Fürsorgepflicht» og «Treuepflicht» ble kombinert med «Führerprinzip». På 1960-tallet forlot man Gemeinschaftsvertragteorien og vendte tilbake til et mer kontraktsrettslig utgangspunkt. Se nærmere Kumlien 2004 s. 154–164. Se også s. 29–31.

⁵⁶ Sinzheimer 1927 s. 11 (i note 1). Min oversettelse.

⁵⁷ Sinzheimer 1907 s. 2–7.

⁵⁸ Han betegnet disse to gruppene som betingelser i henholdsvis «das Individualverhältnis» og «das Solidarverhältnis».

⁵⁹ Sinzheimer 1907 s. 12.

⁶⁰ Sinzheimer 1907 s. 12–13.

⁶¹ Sinzheimer 1907 s. 6–7.

⁶² Sinzheimer 1907 s. 6 og s. 13.

underordning.⁶³ Denne ensidige retten for arbeidsgiver til løpende å fastsette arbeidsforholdets innhold hadde ikke sidestykke i andre kontraktsforhold, påpekte han. Den var vesensforskjellig fra den instruksjonsretten som en kontraktspart ville ha ved avtaler om specieytelser.⁶⁴ Arbeidsavtalen kunne derfor ikke karakteriseres *bare* som en *gjensidig* kontrakt, men også som en «Herrschaftsvertrag» («herredømmekontrakt»)⁶⁵ Å utøve makt over andre har også en forvaltningsrettslig funksjon («eine verwaltungsrechtliche ... Funktion») og skaper *personlig avhengighet*.⁶⁶ Denne siden ved arbeidsforholdet har naturlig sammenheng med at arbeidskraft, i motsetning til varer, ikke kan skilles fra personen; å stille sin arbeidskraft til disposisjon innebærer også å stille seg selv, sin person, til rådighet for en annen.

Forestillingen om arbeidsavtaleforholdet som et underordnings- og avhengighetsforhold, ble basis for arbeidsretten i mange land. Her hjemme tok Paal Berg tilsvarende utgangspunkt i at arbeidsavtalen ikke bare er en obligasjonsrettslig kontrakt, men også skaper «et personlig maktforhold»,⁶⁷ og «et organisatorisk avhengighetsforhold».⁶⁸ Han poengterte at det som særpreger arbeidsforholdet, er at arbeidstager «for en viss tid går inn i en annen virksomhet som et tjenende ledd» der denne gir «slipp på sin personlige selvstendighet» og «må vise lydighet overfor arbeidsgiverens befalinger og ordrer».⁶⁹ Som Sinzheimer pekte Berg på at avhengigheten skyldes arbeidskraftens særlige karakter.⁷⁰ Arbeidsavtalen er derfor, slo Berg fast, en «Unterwerfungsvertrag» («underkastelsesavtale»)⁷¹ Ferdinand Rømcke, som altså antagelig er den første som bruker termen «styringsrett», begrunnet også arbeidsavtalens særpreg, avhengighet og underordning, som en funksjon av arbeidsgivers styringsrett.⁷²

I tillegg til den personlige og organisatoriske underordningen ble det tidlig fremhevet at arbeidstager normalt vil være *økonomisk* avhengig av lønnen fra arbeidsgiver. Sinzheimer, blant flere, påpekte at arbeidstager er avhengig av å skaffe seg inntekt til

⁶³ Sinzheimer 1907 s. 15.

⁶⁴ Sinzheimer 1927 s. 147.

⁶⁵ Her viste Sinzheimer til Gierke, se Sinzheimer 1907 s. 16–17. Min oversettelse.

⁶⁶ Sinzheimer 1927, s. 15 og H. Sinzheimer, «Der Mensch im Arbeitsrecht» [1930], opptrykk i T. Ramm, *Hugo Sinzheimer: Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*. Band II, Frankfurt-Köln 1976, s. 50–52 (Sinzheimer 1930), s. 50.

⁶⁷ Berg 1930 s. 6.

⁶⁸ Berg 1930 s. 39–40. Berg diskuterte ikke styringsretten inngående, men underordnings- og avhengighetstematikken tas opp spredt i ulike deler av boken. Berg har også flere henvisninger til Gierke og særlig hans kritikk av den klassiske formueretten, se s. 1–3. Berg var velkjent med Gierkes arbeider. Fra oktober 1899 til mars 1900 fulgte Berg hans forelesninger i Berlin, se P. E. Hem, *Megleren. Paal Berg 1873–1968*, Oslo 2012, s. 96.

⁶⁹ Berg 1930 s. 39–40.

⁷⁰ Berg 1930 s. 6.

⁷¹ Berg 1930 s. 40.

⁷² Rømcke 1934 s. 30–31.

livsopphold, og at denne avhengighetsformen ligger *forut* for arbeidsforholdet. Den forplanter seg imidlertid inn i arbeidsforholdet, fordi arbeidstager normalt ikke vil være i posisjon til uten videre å kunne skaffe seg en ny arbeidsgiver, og dermed fortsatt inntekt, hvis han eller hun er misfornøyd med arbeidsforholdet. Denne økonomiske siden er også et element som påvirker maktbalansen i arbeidsforholdet.

3.2.3 Den klassiske tilnærmingen som utgangspunkt i dag

Den klassiske avhengighetsteorien er fortsatt viktig for å forstå vesentlige deler av styringsrettens grunnlag og begrunnelse. Videre er de ulike avhengighetsformene tjenlige som utgangspunkt også i dagens diskusjon om regulering av arbeid,⁷³ selv om de også må suppleres med andre perspektiver.⁷⁴ Dessuten må vi ta i betraktning at hva som skal forstås med avhengighet og underordning, kan ha utviklet seg.⁷⁵ Det samme gjelder hvordan avhengighetsformer utspiller seg i ulike deler av arbeidslivet. Det er som nevnt ikke mulig å drøfte dette i bredden her, og jeg nøyer meg derfor med å peke på noen utgangspunkter.

Hvorvidt det foreligger et underordningsforhold, er etter høyesterettspraksis fortsatt sentralt i vurderingen av om kontraktsforholdet er et arbeidsforhold, slik at vernereglene kommer til anvendelse.⁷⁶ I HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 63 uttalte Høyesterett:

«I lovforarbeidene er det, slik jeg allerede har gjort rede for, i opptakten til sjupunktlisten pekt på at et fremtredende trekk ved en arbeidsavtale er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Blant de mange momentene som inngår i helhetsvurderingen, vil spørsmålet om arbeidsgiverens ledelse og kontroll derfor stå særlig sentralt.»

⁷³ Se for eksempel Evju 2003 s. 3–32, Hotvedt 2016 s. 48–66, Fougner 2016 s. 71–74, Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 36–40 og Skjønberg 2019 s. 73–79. Ofte fremkommer dette mer indirekte, se for eksempel A. Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, 4. utgave, Oslo 2015 (Fanebust 2015), s. 22–25.

⁷⁴ Se for eksempel N. Bruun, «The Old and New Foundations of Labour Law», in K. Ahlberg and N. Bruun (eds.), *The New Foundations of Labour Law*, Frankfurt am Main – New York 2017, s. 17–35 og M. Weiss, «Re-Inventing Labour Law?» in G. Davidov and B. Langille (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford 2011, s. 43–56. Internasjonalt er det en større arbeidsrettsteoretisk diskusjon om hvorvidt den tradisjonelle tilnærmingen er tilstrekkelig. Dette er det ikke grunn til å gå inn på her.

⁷⁵ Lilleholt problematiserer også underordningsterminologien, se K. Lilleholt, «Tilsetjingsforholdet som kontrakt – «den almindelige Civilrets Vanmagt?»» i B. J. Mulder, M. J. Hotvedt, M. Nesvik og T. L. Sundet (red.), *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Oslo 2016, s. 411–419 (Lilleholt 2016), særlig s. 417. Selve termen underordning springer ut av sin tid. Men den er viktig for ikke å tilsløre realitetene, og termen er så innarbeidet at det ikke er grunn til å gå bort fra den. Det er vanskelig å finne en annen terminologi som tydeliggjør særpreget ved arbeidsforholdet.

⁷⁶ I tillegg er personlig arbeidsplikt et sentralt moment, se HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 70.

Når det gjelder vurderingen av om det foreligger styringsrett, er utgangspunktet at faktisk utøvelse av ledelse og kontroll kan være tilstrekkelig.⁷⁷ Et annet utgangspunkt er at det er tilstrekkelig for å konstatere underordning at arbeidsgiveren etter kontrakten har rettslig adgang til å utøve ledelse og kontroll, uavhengig av om denne adgangen er benyttet eller ikke.⁷⁸ I såkalte trepartsrelasjoner, slik saken i *Avlaster II* gjaldt, har Høyesterett bygget på en helhetlig vurdering av ledelse og kontroll; at styringen utføres av andre enn arbeidsgiveren (familien som mottar avlastning), har ikke blitt tillagt betydning. Hotvedt fremholder at poenget med denne tilnærmingen må være at «man ikke skal kunne omgå vernereglene ved å organisere arbeidet i komplekse relasjoner», og hun hevder at Høyesteretts tilnærming i avlastersakene også er relevant «i andre typer tre- eller flerpartsrelasjoner der avtalemotparten legger til rette for at en bruker eller kunde skal kunne lede og kontrollere arbeidet».⁷⁹ Generelt kan vi, slik jeg ser det, si at disse sakene om arbeidstagerbegrepet nettopp illustrerer at vurderingen av avhengighet og underordning følger utviklingen i samfunnet, og det er i alminnelighet grunn til å operere med en vid forståelse av begrepene.

Et annet forhold er at graden av underordning vil kunne variere for ulike stillinger. Dette er for såvidt ikke et nytt poeng,⁸⁰ men er tydeligere i dagens arbeidsmarked enn på begynnelsen av 1900-tallet, da den klassiske avhengighetsteorien ble diskutert. Historisk har kjernen i underordning vært at arbeidstager er underlagt daglig ledelse og kontroll i hvordan arbeidet utføres; arbeidsgiver gir «befalinger og ordrer» om arbeidsutførelsen, for å bruke Bergs ord fra 1930.⁸¹ For mange er daglig arbeidsledelse fortsatt en realitet. For noen kan dessuten den teknologiske utviklingen bidra til mer intens og økt styring og kontroll. Ulike dataverktøy vil i flere sammenhenger kunne erstatte «befalinger og ordrer» fra en arbeidsleder, og underordning er tydelig.⁸²

For andre arbeidstagerer er det mindre grad av daglig ledelse. Mange har stor frihet til selv å bestemme hvordan arbeidet skal utføres, og ofte både hvor og når. Det er gjerne arbeidstageren som sitter med den nødvendige fagkunnskapen, og der arbeidsoppgavene er spesialiserte, og ikke nødvendigvis behøver å utføres fra et bestemt sted, eller på en bestemt tid av døgnet, er det ikke like naturlig med instruksjoner fra andre som ikke

⁷⁷ HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 72. Se nærmere M. J. Hotvedt, «Arbeidstaker – quo vadis?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2018, s. 42–103 (Hotvedt 2018), på s. 67. Se også s. [10] i Hotvedts artikkel, «Styringsrett og domstolsprøvelse», s. [sidetall] i denne boken (Hotvedt 2021).

⁷⁸ HR-2016-1366-A *Avlaster II* avsnitt 65. Se nærmere Hotvedt 2018 s. 68.

⁷⁹ Hotvedt 2018 s. 69.

⁸⁰ Dette er tvert imot påpekt i den klassiske litteraturen, se for eksempel Berg 1930 s. 40.

⁸¹ Berg 1930 s. 39. Se også for eksempel Rt. 1958 s. 1229.

⁸² De mange vitnesbyrdene fra arbeidere ved ulike Amazon-lagre i blant annet Tyskland gir et innblikk i hvordan arbeidsgivers bruk av dataverktøy kan medføre utstrakt ledelse og kontroll i det daglige arbeidet, se f. eks. J. Bloodworth, *Innleid og underbetalt*, Oslo 2019.

nødvendigvis besitter kompetansen. Normalt vil likevel arbeidsgiver ha rettslig adgang til å utøve ledelse.⁸³

Begrepet om underordning omfatter imidlertid ikke bare daglig ledelse og kontroll med arbeidsutførelsen. Selv en arbeidstager som har større frihet i arbeidsutførelsen, vil normalt være del av en organisasjon. Dette aspektet er særlig fremhevet av Hugh Collins, som poengterer at selv om arbeidstager har en sterk forhandlingsposisjon, vil det gjerne foreligge en form for «byråkratisk» underordning, fordi arbeidstager går inn i en organisasjon og får en rolle i et mer eller mindre hierarkisk system der det gjelder normer og regler som arbeidstager bindes av.⁸⁴ Dette gjelder først og fremst virksomheter av en viss størrelse. Med den teknologiske utviklingen og nye måter å organisere arbeid på, kan det tenkes at tradisjonell organisatorisk struktur blir mindre fremtredende. Det betyr nødvendigvis ikke at underordning er fraværende der arbeidstageren ikke er del av en organisatorisk struktur. Som avlastersakene antyder, kan underordning også følge av krav og forventninger som tredjemenn stiller.

Etter den klassiske tilnærmingen ble ikke økonomisk avhengighet trukket frem som et «vilkår» for at et kontraktsforhold skal anses som et arbeidsforhold, men ble fremhevet som noe som normalt vil være til stede.⁸⁵ Behovet for å skaffe seg arbeidsinntekt er fortsatt grunnleggende.⁸⁶ Men utbyggingen av et offentlig sikkerhetsnett i form av arbeidsledighetstrygd og andre ytelser innebærer at den enkelte arbeidstager ikke rammes like hardt økonomisk ved å stå uten arbeid i en kortere periode. Sånn sett vil graden av økonomisk avhengighet kunne være svakere.

3.3 *Hvorfor aksepterer arbeidstager å gå inn i et underordningsforhold?*

Generelt kan frivillig kontraktsinngåelse legitimere etablering av maktforhold.⁸⁷ De fleste kontrakter innebærer makt i en eller annen form. Maktforholdet i arbeidsforholdet er imidlertid særpreget. I få andre kontraktsforhold – om enn i noen – griper den ene kontraktspartens makt og kompetanse like sterkt inn i den andres *person*. Det er sånn sett illustrerende at den ene kontraktsparten, arbeidsgiveren, er gitt en lovfestet plikt til å ivareta den andre kontraktspartens «integritet» og «verdighet», jfr. arbeidsmiljøloven § 4-3.⁸⁸ En rekke beslutninger dreier seg ikke bare om når og hvordan selve arbeidet

⁸³ Men hvor langt det rekker, kan variere etter profesjon. Se nærmere om forholdet mellom styringsrett og faglig autonomi i denne bokens **del III**.

⁸⁴ H. Collins, «Market power, Bureaucratic Power and the Contract of Employment», *Industrial Law Journal* 1986, s. 1–14 (Collins 1986). Dette er egentlig ikke et nytt moment i diskusjonen. Som Collins selv viser til, var Otto Kahn-Freund inne på dette på 1950-tallet, se Collins 1986 s. 9–10. Se også her Evju 2003 s. 15–16 og Davidov 2017 s. 7.

⁸⁵ Berg 1930 s. 39–40.

⁸⁶ Se også Lilleholt 2016 s. 412.

⁸⁷ Collins 1986 s. 1.

⁸⁸ Den direkte foranledningen til bestemmelsen, som kom inn i arbeidsmiljøloven 1977 i 1995, var ønsket om å forby toppløs servering. Uttrykket «integritet» kom inn med arbeidsmiljøloven 2005, og departementet la til grunn at bestemmelsen innebærer «et generelt krav om respekt for arbeidstakers

skal utføres, men berører også grunnleggende sider ved personen som skal utføre arbeidet.⁸⁹ Arbeidsgiverbeslutninger om for eksempel overvåkning og kontroll, krav om helseundersøkelser, krav knyttet til arbeidstagers helse (helseundersøkelser mv.), utseende (krav til uniform eller nøytral fremtoning) og ytringer (til og med på fritiden) er noen eksempler.⁹⁰

Med kontraktsfrihetens gjennombrudd ble kontrakten det eneste legitime grunnlaget for å ha plikt til å utføre arbeid for en annen. I tidligere tider var det arbeidstvang, og dermed en rettsplikt til å tre inn i underordningsforhold. Spørsmålet er om kontraktsfriheten kan begrunne at arbeidstager går inn et underordningsforhold, og dermed aksepterer motpartens styringsrett.

Styringsretten er knyttet til arbeidsavtalen, og er klart en nødvendig forutsetning ved arbeidsforholdet. Arbeidstager kan dermed sies å «akseptere» styringsretten ved avtaleinngåelsen. I så fall kan det hevdes at den heteronome kompetansen som arbeidsgiver er tildelt, bygger på autonom kompetanse.⁹¹ Å begrunne styringsretten ut fra en «aksept» eller som en «kontraktsforutsetning», blir likevel noe enkelt. Grunnlaget for styringsretten ligger reelt sett ikke her. En slik tilnærming tar ikke inn over seg de sosiale realitetene.⁹² Realiteten er at de færreste vil være i en posisjon der de kan fremforhandle større begrensninger i styringsretten. Som nevnt vil også arbeidstager som har stor frihet i arbeidsutførelsen, normalt tre inn i et organisatorisk avhengighetsforhold der de må forholde seg til ulike interne normer og regler i virksomheten. I en forstand *må* arbeidstager «akseptere» styringsretten. Dersom det ikke er personlig eller organisatorisk avhengighet i kontraktsforholdet, vil det normalt heller ikke være et arbeidsforhold.⁹³ I realiteten ligger styringsrettens forklaring forut for arbeidsforholdet, i den markedsmakten som arbeidsgiver har.⁹⁴ Styringsretten må derfor sees i sammenheng med ulike former for strukturell avhengighet på arbeidsmarkedet.

Etter den klassiske tilnærmingen, er et sentralt utgangspunkt at arbeidstager er avhengig av arbeidsgivers produksjonsmidler for å få utnyttet arbeidskraften og derved skaffe nødvendige midler til livsopphold. Det første er en form for *tinglig*, saklig, avhengighet,

egenverd og således har langt videre nedslagsfelt enn bestemmelsens forhistorie kan indikere», jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 101.

⁸⁹ Lilleholt 2016 s. 417 undervurderer etter mitt syn dette. Styringsrett og underordning dreier seg om mer enn å fastsette «kva som konkret skal gjerast» og sammenligningen med entreprenøren og byggherren treffer ikke så godt.

⁹⁰ Det er derfor typisk at vernelovgivningen stiller strenge krav for at slike arbeidsgiverbeslutninger skal være legitime, se for eksempel arbeidsmiljøloven § 9-4.

⁹¹ Eng 2007 s. 85.

⁹² Evju 2003 s. 12 med videre henvisninger.

⁹³ Se for eksempel HR-206-1366-A *Avlaster II*.

⁹⁴ Se også Evju 2003 s. 12.

fordi arbeidsgiveren eier, besitter, noe arbeidstager ikke har, men er avhengig av.⁹⁵ Det andre dreier seg om økonomisk avhengighet.⁹⁶ Som nevnt vil en økonomisk avhengighet fortsatt være tilstede, selv om de økonomiske konsekvensene ved å stå uten arbeid kan være noe mindre for den konkrete arbeidstager i dag enn tidligere. Å få utnyttet arbeidskraften dreier seg på den annen side ikke bare om det økonomiske; arbeid anses å ha en verdi i seg selv for den enkelte.⁹⁷

Den tinglige avhengigheten vil også fortsatt være tilstede. Men det er muligens for snevert å operere med «produksjonsmidler» i betydningen fysiske driftsmidler som det eneste grunnlaget for slik avhengighet i dagens arbeidsliv. Innen for eksempel industri og transport er dette riktignok langt på vei dekkende. Her dreier det seg om produksjon og tjenester som krever store kapitalinvesteringer i maskiner, lokaler, fysisk infrastruktur og lignende. Det samme kan gjelde aktiviteter som krever mer omfattende teknologisk eller digital infrastruktur. For noen arbeidskraftintensive aktiviteter kan imidlertid graden av tinglig avhengighet være mindre; arbeidstager er ikke nødvendigvis like avhengig av kapitalinvesteringer for å få utnyttet arbeidskraften. Men også slike aktiviteter krever ofte ressurser (investeringer for få tilstrekkelig arbeidskraft, markedsføring etc.) som den enkelte arbeidstager ikke besitter. Generelt kan vi si at arbeidsgiver besitter *ressurser* som arbeidstager er avhengig av for å få utnyttet arbeidskraften.

Arbeidsgiver er imidlertid også avhengig av arbeidstager for å drive virksomheten. Det er bare ved hjelp av andre at økonomiske mål kan realiseres.⁹⁸ Sånn sett er den tinglige avhengigheten gjensidig. Den er likevel ulik for arbeidstagerne og arbeidsgiverne. Det skyldes at normalsituasjonen er at arbeidsgiver har langt flere «selgere» å velge mellom enn arbeidstager har kjøpere. Arbeidsmarkedet har oftere preg av *monopsoni*, kjøpermonopol.⁹⁹ Typisk sett får derfor arbeidsgiver tilgang til den arbeidskraften denne har behov for.¹⁰⁰ Markedstilstanden gjør at det er arbeidstagerne som konkurrerer om arbeid, mens arbeidsgivere sjeldnere konkurrerer om arbeidskraften. Hvilke betingelser en arbeidstager i realiteten kan forhandle frem, vil – på grunn av konkurranse-situasjonen – avhenge av hva andre arbeidstilbydere er villige til å tilby. Dette kan føre

⁹⁵ Sinzheimer 1930 s. 50–51. Sinzheimer brukte uttrykket «dingliche Abhängigkeit».

⁹⁶ Se for eksempel W. Gast, «Arbeitsrecht und Abhängigkeit», *Betriebs-Berater* 1993 (Gast 1993), s. 66–69. Se også Berg 1930 s. 39–40. Dette kan også forklares som «economic subordination» og en form for «group subordination», se G. Davidov, «Subordination vs Domination : Exploring the Differences», *International Journal of Comparative Labour law and Industrial Relations* 2017, s. 1–23 (Davidov 2017), s. 5.

⁹⁷ Se Rt. 1980 s. 52 (s. 58–59) og Rt. 2012 s. 219: «... deltakelse i arbeidslivet – og formodentlig særlig i en stilling man har hatt i en årrekke – dekker flere behov enn selve inntekten, blant annet sosiale behov, behov for å bruke sine ferdigheter og behov for å gjøre nytte av seg» (avsnitt 70).

⁹⁸ Se nærmere Gast 1993 s. 68–69. Se også Evju 2003 s. 9.

⁹⁹ Davidov 2006 s. 139.

¹⁰⁰ Sinzheimer 1927 s. 23.

til at de underbyr hverandre i konkurransen om å få arbeid, og at det blir «a race to the bottom». ¹⁰¹ Da oppstår det som forstås som «sosial dumping». ¹⁰²

Det er også andre forhold som kan medføre en ulik forhandlingsposisjon. For det første er det ofte *informasjonsasymmetri* mellom partene, fordi arbeidsgiveren har mer informasjon om ulike sider ved arbeidsforholdet og de betingelsene som gjelder på den aktuelle arbeidsplassen. ¹⁰³ Dette kan dreie seg om komplekse ordninger om for eksempel forsikring, bonus eller pensjon som arbeidssøker er lite kjent med, og som det vil være utfordrende å skaffe seg informasjon om. For det andre er det generelt sett større kostnader, både økonomisk og personlig, for en arbeidstager forbundet med å søke seg til en ny arbeidsgiver, noe som påvirker hvor lett det er for en arbeidstager å bytte arbeidsforhold. ¹⁰⁴ Arbeidskraft er «bevegelig», men langt fra like «bevegelig» som mange varer. Dette har naturlig nok sammenheng med arbeidskraftens særpreget; at den ikke kan skilles fra personen. Sosiale forhold vil ha betydning for hvor «bevegelig» arbeidskraften i realiteten kan være.

Disse aspektene ved arbeidsmarkedet innebærer at arbeidstagers valgmuligheter og forhandlingsposisjon i realiteten ofte er svakere enn arbeidsgivers. ¹⁰⁵ Kahn-Freund beskrev dette slik at «...the relation between an employer and an isolated employee or worker is typically a relation between a bearer of power and one who is not bearer of power». ¹⁰⁶ For mange arbeidstagere står det reelle valget mellom å akseptere de betingelsene arbeidsgiver tilbyr, eller ikke å få utnyttet arbeidskraften. Arbeidsgiveren har «overtaket» i forhandlingene om arbeidsavtalen «og kan diktere den annen part sin vilje», som Paal Berg skrev. ¹⁰⁷ Vernelovgivning og tariffavtaler setter i dag grenser for hva som kan tilbys, men dette er midler for å motvirke en ubalanse som eksisterer i utgangspunktet. Noen arbeidstagere kan ha sterkere forhandlingsposisjon fordi mulighetene deres på arbeidsmarkedet er bedre. Realiteten kan være at arbeidstager kan velge mellom ulike arbeidsgiver, og sånn sett ha mulighet til å påvirke arbeids- og lønnsvilkårene. Noe annet er at det uansett, særlig i virksomheter som er bundet av

¹⁰¹ Skjønberg 2019 s. 75 med videre henvisninger.

¹⁰² Det eksisterer dermed også en form for avhengighet mellom arbeidstilbyderne. Sinzheimer betegnet dette som kollektiv avhengighet («kollektive Abhängigkeit»), se Sinzheimer 1930 s. 50. Ved organisering endrer den kollektive avhengigheten karakter fra konkurranse til samarbeid. Gjennom fagforeningen går arbeidstagerne sammen om hvilke arbeids- og lønnsbetingelser som skal kreves. Gjennom kollektiv opptreden fjernes konkurransen, og erstattes med en solidarisk avhengighet.

¹⁰³ Davidov 2006 s. 139. Se forsåvidt også Collins 1986 s. 1.

¹⁰⁴ Davidov 2006 s. 139.

¹⁰⁵ Hvilken forhandlingsposisjon en konkret arbeidstager har, er et empirisk spørsmål. Jeg har pekt på kjennetegn ved arbeidsmarkedet. Fravær av reell forhandlingsfrihet er imidlertid ikke særpreget for arbeidsmarkedet, se for eksempel Davidov 2006 s. 142 og Lilleholt 2016 s. 412. Det særpregede for arbeidsforholdet er, som jeg har påpekt, først og fremst underordningen i arbeidsforholdet.

¹⁰⁶ O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London 1972 (Kahn-Freund 1972), s. 8.

¹⁰⁷ Berg 1930 s. 155.

tariffavtaler, vil kunne være rettslige begrensinger for hva arbeidstager og arbeidsgiver kan avtale.

3.4 Eiendomsrett som styringsrettens begrunnelse og styringsrettens nødvendighet

Det er en sammenheng mellom styringsrett og eiendom. I den klassiske arbeidsrettsteorien begrunnes styringsretten i eiendomsretten. Sinzheimer slo fast at «grunnlaget for styringsretten er eiendom»¹⁰⁸ og oppsummerte begrunnelsen slik:

«Grunnen til avhengig arbeid er eiendom. Eierskap til produksjonsmidlene skaper avhengighet og er den rådighetsmakten som bestemmer avhengigheten.»¹⁰⁹

Forbindelsen mellom styringsretten og eiendomsretten er også trukket frem i nyere norsk teori.¹¹⁰ Denne forklaringen er imidlertid snarere sosiologisk enn rettslig.¹¹¹ Det dreier seg om hvilken sosial funksjon eiendomsretten spiller, ikke hva som rettslig sett kan utledes av eiendomsretten. Som sitatet av Sinzheimer viser, er det snakk om to dimensjoner, en *dobbeltvirkning* ved eiendomsretten.

Den ene gjelder de avhengighetsstrukturene på arbeidsmarkedet som jeg pekte på over. Som nevnt springer ubalansen mellom arbeidstager og arbeidsgiver på arbeidsmarkedet ut av at arbeidstager er avhengig av arbeidsgivers ressurser for å få utnyttet arbeidskraften, og skaffe inntekter til livsopphold.

Den andre siden ved eiendomsrettens funksjon dreier seg om arbeidsgivers maktposisjon i arbeidsforholdet, og sammenhengen mellom eierskap og styringsretten. På dette punkt er det særlig Karl Renners analyse av eiendomsrettens funksjon som har fått betydning i arbeidsrettsteorien.¹¹² Renners utgangspunkt er at eiendomsretten, rettslig sett, er en rett til å råde over objekter (*res*). Men når objekter transformeres til kapital, og produksjonsmidlene i produksjonsenheter eies av noen, slik kjennetegnet ved det økonomiske systemet ble med overgangen fra føydalisme til kapitalisme, får eiendomsretten en ny sosial *funksjon*. Den er ikke bare en direkte rett til å råde over objekter, men får også karakter av å være en *faktisk* og indirekte rett til å råde over subjekter (*personae*),¹¹³ det vil si over de personene som tilbyr sin arbeidskraft og bruker arbeidsgivers produksjonsmidler i arbeidsutførelsen:

¹⁰⁸ Sinzheimer 1927 s. 147: «Seine Grundlage [das Befehlsrecht] ist das Eigentum». Min oversettelse.

¹⁰⁹ Sinzheimer 1927 s. 26–27: «Der Grund der abhängigen Arbeit ist das Eigentum. Das Eigentum an den Produktionsmitteln bringt die abhängigkeit hervor und ist die Verfügungsgewalt, welche die Abhängigkeit bestimmt.» Min oversettelse.

¹¹⁰ Se for eksempel S. Evju, *Utkast til innføring i arbeidsrett*, Oslo 1983, s. 66, og mer utførlig Evju 2003 s. 13, A. Fanebust, *Innføring i arbeidsrett*, Oslo 1997, s. 97 (slik også Fanebust 2015 s. 118), Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 97, for så vidt også Aubert 1976 s. 95–97.

¹¹¹ Evju 2003 s. 14. Se også Aubert 1976 s. 93–98. I samme retning Opsahl 1995 s. 542.

¹¹² Se i nyere tid for eksempel H. Hydén, «Vad kommer efter lönearbetsrätten», *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, 1996, s. 157–175 (s. 168–169) og Evju 2003 s. 13.

¹¹³ Se også Sinzheimer 1927 s. 25–26. I tidligere tider var det en direkte rett til å råde over subjekter.

«In the eye of the law, the property-subject is related to the object only, controlling matter alone. But what is control of property in law, becomes in fact man's control of human beings, on the wage-labourers, as soon as property has developed into capital. The individual called owner sets the tasks to others, he makes them subject to his commands...». ¹¹⁴

Dette innebærer, ifølge Renner, at en rett til å lede og kontrollere arbeidstagerne rent faktisk tilføyes eiendomsretten, uten at denne måten å organisere arbeid på i samfunnet – slik som i tidligere tider – ble gjenspeilet i rettsreglene. ¹¹⁵ Rettslige kategorier som eiendomsrett, rettssubjekt, avtalefrihet mv. tok ikke hensyn til at eiendom skaper slike maktforhold.

Et annet poeng ved Renners analyse er at denne transformasjonen, at «[t]he owner of *res* imposes his will upon *personae*», innebar at «autonomy is converted into heteronomy will». ¹¹⁶ Vi kan dermed si at det som er styringsrett i snever forstand, den heteronome kompetansen, avledes av det som i utgangspunktet «bare» er arbeidsgivers autonom kompetanse, eierrådighet og avtalekompetanse, som inkluderes i styringsrett i vid forstand. Det som i utgangspunktet gjør maktposisjonen mulig, er ulikheten i rådighet over eiendom og ressurser.

Renners tilnærming gir en historisk-sosiologisk forklaring på styringsretten. Som en prinsipiell forklaring av sammenhengen mellom eiendom og makt står den seg fortsatt. Arne Fanebust slutter seg til at det «nok historisk sett» er en sammenheng mellom styringsrett og eiendom. ¹¹⁷ Han poengterer samtidig at det er to andre forhold som etter hans syn er av større aktuell betydning som begrunnelse for at styringsretten skal ligge hos arbeidsgiver:

«En bedrift eller en organisasjon for øvrig må ha en ledelse dersom den skal fungere. Ledelsen må også være ansvarlig overfor eierne og i forhold til [sic] offentligrettslige forpliktelser, f.eks. når det gjelder bestemmelser om arbeidervern og miljøvern. Reglene om ansvar for overtredelser er i seg selv også en viktig faktor: Den som har ansvar for det som skjer, må også ha rett til å treffe de beslutninger som ansvaret er basert på.» ¹¹⁸

Disse to poengene endrer ikke den prinsipielle forklaringen. For å ta det siste først; dette kan vanskelig være en prinsipiell begrunnelse, ettersom det er regulering og krav som langt på vei stilles *fordi* arbeidsgiver har styringsrett. Men det kan være en supplerende, pragmatisk begrunnelse i dag. Det første argumentet, styringsretten som en

¹¹⁴ Renner 1949 s. 106.

¹¹⁵ Renner 1949 s. 117.

¹¹⁶ Renner 1949 s. 106.

¹¹⁷ Fanebust 2015 s. 118. Han blir imidlertid noe uklar på dette punkt, fordi han i større grad synes å forstå sammenhengen med eiendomsretten som rettslig. Slik også T. Thorkildsen og T. H. Drevland, «Arbeidsgivers styringsrett: en «restkompetanse»», *Arbeidsrett* 2010, s. 30–48, på s. 31. Men for styringsretten i egentlig forstand er det ingen direkte rettslig sammenheng med eiendomsretten. Se også her Opsahl 1995 s. 542–546.

¹¹⁸ Fanebust 2015 s. 118.

nødvendighet, er derimot del av den grunnleggende begrunnelsen for styringsretten, men er ikke et nytt poeng. Renner poengterte også at styringsrett er nødvendig for å organisere arbeid i et system med større produksjonsenheter.¹¹⁹ Det samme gjorde for eksempel Sinzheimer.¹²⁰ Kahn-Freund fastslo til og med at «there can be no society without a subordination of some of its members to others».¹²¹ Grunntanken er, enkelt sagt, at økonomiske mål, eller for så vidt andre mål, vanskelig kan oppnås uten hierarkisk struktur innen enheten, der det utøves instruksjon og ledelse i en eller annen form; «A single violin player is his own conductor; an orchestra requires a separate one», som selv Marx konstaterte.¹²²

Behovet for en rettslig kompetansenorm som supplerer arbeidsavtalen henger naturlig nok sammen med arbeidsavtalens *karakter*. Arbeidsavtalen kjennetegnes ved dens varighet og kompleksitet.¹²³ Selv om kontraktsforholdet er komplekst, inneholder arbeidsavtalen sjelden detaljert regulering. Avtale er, som for så vidt allerede Gierke viste i sine undersøkelser, utilstrekkelig som reguleringsmekanisme for arbeidsforholdet. Partene kan nemlig ikke ved avtaleinngåelsen regulere arbeidsforholdet fullstendig. Selv hovedforpliktelsene – arbeidsytelsen og vederlag – vil normalt måtte endres og suppleres i løpet av kontraktsforholdet, som normalt vil vare over tid. Det sies gjerne at arbeidsavtalen er en ufullstendig kontrakt. Et tidlig uttrykk for dette er Høyesteretts uttalelse i Rt. 1927 s. 296 om at

«[a]l den stund hyrekontrakten selv ikke inneholder – og vanskelig kan inneholde – en spesifisert opregning av det arbeide, den skal omfatte, synes det klart at den med hensyn til arbeidsplichtens omfang maa antages at bygge paa skik og bruk vanlig praksis» (s. 296).

Arbeidsavtalen etablerer, som Evju poengterer, «en *dynamisk* relasjon der videre regulering både er forutsatt og nødvendig».¹²⁴ Dette innebærer blant annet at partenes intensjon ved avtaleinngåelse får mindre betydning når arbeidsavtalens innhold skal fastsettes.¹²⁵

At styringsretten er nødvendig og tilligger arbeidsgiver, er akseptert i vårt samfunnssystem og i arbeidsretten.¹²⁶ Den historisk-sosiologiske koblingen mellom

¹¹⁹ Renner 1949 s. 105–106.

¹²⁰ Sinzheimer 1927 s. 12–13.

¹²¹ Kahn-Freund 1972 s. 4.

¹²² Se [note 1](#).

¹²³ G. Mundlak, «Generic or Sui-generis Law of Employment Contracts?», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2000, s. 309–335 (Mundlak 2000), på s. 316.

¹²⁴ Evju 2003, s. 7. Dette er tatt opp av mange. Se også for eksempel Jan Fougner «Arbeidsretten og Høyesteretts bruk av styringsretten som kompetansegrunnlag» s. [sidedetall](#) i denne boken (Fougner 2021), på s. [s. 8](#)].

¹²⁵ Se nærmere i avsnitt 4.4.

¹²⁶ Den aktuelle politiske og rettslige diskusjonen om styringsrett dreier seg om rekkevidden. Jeg ser da bort fra politiske partier som ønsker en fullstendig omvelting av vårt økonomiske system.

styringsrett og eiendom er sentral for forståelsen av hvorfor arbeidsgiver i utgangspunktet har maktposisjonen. Den er også en del av forklaringen på arbeidsforholdet som et maktforhold, og synliggjør det vi prinsipielt sett kan si er problematiske sider ved styringsretten. Styringsrettens nødvendighet er derimot ikke tilstrekkelig for å legitimere den.

3.5 *Styringsrettens problematiske karakter og arbeidsrett som dens legitimitet*

Grunnleggende sett innebærer styringsretten, som vi har sett, en makt for en til å råde over en annens person. Det er styringsretten som gjør at arbeidsforholdet ikke bare kan karakteriseres som et gjensidig kontraktsforhold, men også som et underordningsforhold. Dette kan sees på som en makt delegert fra samfunnets side til den ene parten i kontraktsforholdet.¹²⁷ Renner uttrykte dette slik:

«Wage labour is a relation of autocracy with all the legal characteristics of despotism ... The right of the capitalist is delegated public authority, conferred indiscriminately upon the person who will use it for his own benefit. The employment relationship is an indirect power relationship, a public obligation to service, like serfdom of feudal times. It differs from serfdom only in this respect, that it is based upon contract, not upon inheritance.»¹²⁸

Renners sammenligning fremstår som fremmed i dag. Men uttalelsene viser det grunnleggende poenget, som står seg: Den makten som styringsretten er uttrykk for, kan prinsipielt sett være i konflikt med grunnleggende liberale verdier. Styringsretten gjør at arbeidsforhold har et visst iboende illiberalt preg. Problemet var, historisk sett, at rettsordenen på 1800-tallet ikke tok hensyn til dette. Den historiske utviklingen viste hvilke konsekvenser full avtalefrihet, og dermed langt på vei, uinnskrenket styringsrett, hadde for den enkelte arbeidstager (inkludert dennes familie) og for samfunnet.

Med vernelovgivning og tariffavtaler tar arbeidsrett sikte på å motvirke det illiberale elementet, ubalansen, i arbeidsforholdet, og til en viss grad de avhengighetsformene som eksisterer på arbeidsmarkedet generelt. Uten arbeidsrettslig regulering blir kontraktsfriheten bare formell for den ene parten. Arbeidsrett bygger derimot på et reelt, substansielt frihetsbegrep.¹²⁹ Med et større bilde er arbeidsrett en del av demokratiske mottrekk mot den markedsrettingen av arbeidslivet, «kommodifiseringen av arbeidskraften», som den klassiske liberalismen forfektet og som den klassiske kontraktsretten «tillot». Sånn sett er det arbeidsrett som gir styringsretten legitimitet.¹³⁰ Med arbeidsrett

¹²⁷ Se nærmere J. Dalberg-Larsen, *Retssociologi*, København 1977, s. 67–68

¹²⁸ Renner 1949 s. 114–115.

¹²⁹ Se Skjønberg 2019 s. 76. Slik også Hotvedt 2016 s. 482. I arbeidsrett er et *positivt* frihetsbegrep vesentlig, sml. Isaiah Berlin, *Frihetens grenser*, Oslo 1961 [*Two Concepts of Liberty*, Oxford 1958]. Se også for eksempel B. Langille, «The Capability Approach to Labour Law – Why are We Here?», i B. Langille (ed.), *The Capability Approach to Labour Law*, Oxford 2019 (Langille 2019), s. 3–4.

¹³⁰ H. Collins, «Is the Contract of Employment Illiberal?», in H. Collins, G. Lester and V. Mantouvalou (eds.), *Philosophical Foundations of Labour Law*, Oxford 2018 s. 48–67, særlig s. 51: «The conclusion is that there is an inherent tension between some liberal values and the institution of the

ble «[t]he concepts of property and of contract ... thrown into the melting pot, when the institutions of private law, like their counterpart, the laissez-faire economy, proved unable to safeguard the life and expansion of society». ¹³¹

Arbeidsrett kan imidlertid ikke alene sees i et verneperspektiv. ¹³² Arbeidsrett inngår i et samfunnssystem som aksepterer markedsmekanismer, også i arbeidslivet. Arbeidskraft omsettes på et arbeidsmarked, der prinsipper om tilbud og etterspørsel i utgangspunktet gjelder. ¹³³ Regler om nedbemanning og virksomhetsoverdragelse illustrerer hvordan arbeidsrett fungerer i et marked. Slike vernebestemmelser forutsetter at omstilling ut fra markedshensyn, eller forsåvidt andre hensyn, er legitimt. Det er få begrensninger i arbeidsgivers autonome kompetanse til å beslutte for eksempel salg eller nedleggelse av virksomheten, eller outsourcing av deler av den. ¹³⁴ Men det gjelder visse regler, særlig av prosessuell karakter, som sikrer arbeidstagerne et visst vern i forbindelse med virksomhetsendringene. Videre er regler og institusjoner i arbeidsretten med på å sikre et velfungerende arbeidsmarked. Både historisk og aktuelt blir dette særlig tydelig i organisasjonenes samfunnsrolle. Gjennom sine organisasjoner tar arbeidsgivere og arbeidstagere del i organiseringen av økonomien, hvor det å sikre produktivitet og økonomisk utvikling står sentralt. Arbeidslivets parter anses å representere en balansering mellom blant annet verdiskapning og hensynet til vern av den enkelte. ¹³⁵ Styringsretten er også viktig i dette bildet fordi den som nevnt er en nødvendig mekanisme for å sikre organiseringen av arbeidet og produksjonen. Overordnet kan vi si at arbeidsrett dreier seg om både «*production and protection*». ¹³⁶

4. Perspektivets betydning når rettsspørsmål skal løses

4.1 Innledning

I praksis dreier problemstillingene seg om hvorvidt styringsretten er begrenset i et konkret tilfelle, og det gjelder mange rettslige skranker. For å bruke Evjus ord er

contract of employment that can only be resolved by labour law adopting a particular, worker-protective, legal framework for employment relationships.

¹³¹ O. Kahn-Freund, «Introduction» i Renner 1949 s. 37.

¹³² Noe annet er om andre hensyn enn vernehensyn er relevant ved tolkning av vernelovgivningen, se avsnitt [avsnitt] under.

¹³³ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 37, og for eksempel M. Hansson, «Anteckningar från och om ett rättsområde – Om arbetsrättens idenditet», i J. Samuelsson och L. Zackariasson (red.), *Vänbok til Lena Olsen*, Uppsala 2019, s. 127–142 (s. 132).

¹³⁴ Dommen i Rt. 1989 s. 508 *Christiania Spigerverk* er en illustrasjon. Her uttalte Høyesterett blant annet «I prinsippet hører det til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelser om nedlegging eller fortsatt drift. Men bedriftseieren må følge den fremgangsmåte som er fastsatt i lov- og avtaleverk for å sikre at også de ansatte – som slike vedtak i høyeste grad vedkommer – får anledning til å gjøre sine synspunkter gjeldende» (s. 513).

¹³⁵ M. J. Hotvedt, «Tariffavtaler, rettsutvikling og organisasjonsfrihet», *Lov og rett* 2017, s. 86–109 (Hotvedt 2017), s. 109.

¹³⁶ Fudge 2011 s. 123.

styringsretten «inngjerdet av begrensninger».¹³⁷ Styringsretten begrenses av lovgivning, tariffavtaler, arbeidsavtaler og allmenne saklighetsnormer. Når konkrete rettsspørsmål skal løses, må disse rettsgrunnlagene undersøkes, og det som «blir igjen», *resten*, avgjør hva som er arbeidsgivers kompetanse i det konkrete tilfellet.¹³⁸ Styringsretten kan derfor karakteriseres som en restkompetanse.¹³⁹

Perspektivet jeg har skissert i avsnitt 3, dreier seg om to grunnleggende sider ved styringsretten; dens problematiske karakter og dens nødvendighet. I det følgende er problemstillingen hvordan de overordnede hensynene i arbeidsretten, vernehensyn og produksjonshensyn, har betydning ved tolkningen av skranker i styringsretten.

Med produksjonshensyn sikter jeg ikke bare til et mål om å sikre velfungerende produksjon i næringslivet, men også at virksomheter uten profittmotiv som det primære skal kunne fungere etter sine formål. Styringsrett er nødvendig for virksomheter generelt. Dette kan derfor like gjerne betegnes som *hensynet til virksomhetene*. Dette kan dreie seg om hensynet til den konkrete virksomheten som saken gjelder, eller det kan ta sikte på hensynet til virksomheter mer generelt, hvor også samfunnshensyn får tydeligere rolle. Dette kommer jeg tilbake til. *Vernehensyn* tar direkte sikte på å ivareta den enkelte arbeidstager, selv om samfunnet indirekte også har en interesse i vernereglene.¹⁴⁰

Når rettsgrunnlagene som begrenser styringsretten diskuteres, gjøres dette gjerne i en rekkefølge der lov behandles først, deretter tariffavtale, arbeidsavtale og til slutt de ulovfestede saklighetsnormene. Dette er naturlig når konkrete rettsspørsmål skal løses. Dersom styringsretten er begrenset av lov eller tariffavtale, er det ikke noe poeng i å vurdere andre rettsgrunnlag. Mitt formål er imidlertid et annet. Ettersom jeg vil drøfte mer prinsipielt hvordan vernehensyn og hensyn til virksomhetene kan komme inn ved tolkningen av ulike rettsgrunnlag, velger jeg en rekkefølge med utgangspunkt i rettsgrunnlagenes karakter: Vernelovgivning og saklighetsnormer først, fordi dette kan relateres til lovgrunnlag, og deretter arbeidsavtale og tariffavtale – som jo er avtalegrunnlag.

¹³⁷ Evju 2010 s. 41.

¹³⁸ Allerede Rømcke 1934 s. 10–31 kan tas til inntekt for en slik tilnærming. På s. 31: «Blant de rettsstiftende faktorer for arbeidsvilkårene inntar styringsretten den siste plass, men den er alltid til stede og kommer til syne der hvor avtalen ikke har truffet en avgjørelse.»

¹³⁹ Se Evju 2003 s. 21. Evjus tilnærming er kritisert av Thorkildsen og Drevland 2010, s. 30–48. Deres kritikk er imidlertid høyst uklar. Dette skyldes blant annet at de ikke forklarer nærmere hva de sikter til med «tilnæringsmåte», og forskjellen på å bruke restkompetanse bare som betegnelse på resultat eller også som en «eksplisitt tilnæringsmåte til styringsretten». Kritikken er besvart i Evju 2010 s. 49–65. Jfr. imidlertid også H. Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006 (Jakhelln 2006), s. 49 som stiller spørsmål ved om restkompetansetilnærmingen er hensiktsmessig. Se dessuten Fougner 2021 s. [sidetall]. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Termen er brukt i Rt. 2001 s. 418 *Nøkk* (s. 427).

¹⁴⁰ Se nærmere Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 25–26.

4.2 Verneavgivning

Det er ikke tvil om at den sentrale lovgivningen på arbeidsrettens område er direkte ment å skulle motvirke de problematiske sidene ved styringsretten. Vernekarakteren fremgår uttrykkelig av arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse, som bygger på prinsipper om å sikre arbeidstager mot skadevirkninger i virksomheten, skape trygge ansettelsesforhold, en meningsfylt arbeidssituasjon, likebehandling, yringsfrihet, individuelle tilpasninger i arbeidssituasjonen og så videre, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-1.¹⁴¹ På samme måte skal ferieloven sikre både feriefritid og feriepenge og derved verne arbeidstagerens helse og privatliv.¹⁴² Som nevnt er det blant annet slike rettsnormer i arbeidsretten som gir styringsretten demokratisk legitimitet.¹⁴³

Ved tolkningen av den enkelte bestemmelse i arbeidsmiljøloven er vernehensynene, slik disse er kommet til uttrykk i formålsbestemmelsen, utvilsomt relevante.¹⁴⁴ Dette innebærer at vernehensyn etter omstendighetene kan få avgjørende betydning for lovtolkningen.¹⁴⁵ Spørsmålet er om hensynet til virksomhetene, slik jeg har forklart dette, også kan tillegges betydning.

Hverken hensyn til samfunnet eller virksomhetene er nevnt i formålsbestemmelsen. Arbeidslivslovutvalgets flertall foreslo at virksomhetenes og samfunnets behov skulle fremgå av bestemmelsen,¹⁴⁶ og arbeidsmiljøloven hadde, slik den ble vedtatt 17. juni 2005, en formulering om dette i det som nå er bokstav f om at loven skal bidra til et inkluderende arbeidsliv.¹⁴⁷ Men formuleringen, som møtte motstand hos de rødgrønne partiene på Stortinget,¹⁴⁸ ble sløffet med de endringene som regjeringen Stoltenberg II

¹⁴¹ Se nærmere Hotvedt 2016 s. 92–99.

¹⁴² Hotvedt 2016 s. 92.

¹⁴³ I tillegg er organisasjonsfrihet, streikerett og tariffavtaler grunnleggende sett viktige for å gi styringsretten demokratisk legitimitet.

¹⁴⁴ Se for eksempel Rt. 1995 s. 270, Rt. 1995 s. 555 (s. 559), Rt. 1997 s. 1983 (s. 1986) og Rt. 2009 s. 685 avsnitt 75. Sml. flertallets og mindretallets vektlegging av vernehensyn i HR-2016-867-A. Jfr. også Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 68 og Ot.prp. nr. 3 (1975–76) s. 101.

¹⁴⁵ Se særlig Rt. 1995 s. 270: «Ved en avveining av de kryssende hensyn mener jeg at hensynet til arbeidstakerne må tillegges avgjørende vekt i tråd med den betydning lovgiver generelt sett har lagt på dette. Etter min mening taler dette hensyn med styrke for at tvangsbrukeren overtar arbeidsgiveransvaret for de arbeidstakere som er knyttet til en virksomhet som overtas til tvangsbruk» (s. 274).

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 72–73. Men departementet antydte et skille mellom det å ta slike hensyn i betraktning ved lovbestemmelsens utarbeidelse, noe som er selvsagt, og la slike hensyn inngå i en avveining ved den konkrete tolkningen av bestemmelsen. Departementet understreket at «slike hensyn først og fremst vil komme til uttrykk og bli ivaretatt gjennom utformingen av de enkelte lovbestemmelser, det vil si som et resultat av de avveininger mellom arbeidsgivernes, arbeidstakernes og samfunnets interesser som ligger til grunn for regeltekstene».

¹⁴⁷ Formuleringen var at loven skulle bidra til «et inkluderende arbeidsliv som på best mulig måte ivaretar arbeidstakernes, virksomhetenes og samfunnets behov», jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 346.

¹⁴⁸ Innst. O. nr. 100 (2004–2005) punkt 5.2.

gjennomførte høsten 2005, etter at den overtok regjeringsmakten. Departementet la nå til grunn at

«det er kunstig å hevde at arbeidsmiljøloven, som rettslig sett er en samling regler som innskrenker arbeidsgivers handlingsrom (styringsrett), i seg selv har som formål å fremme arbeidsgivers interesser».¹⁴⁹

Det ble vist til at hensynet til virksomhetene naturlig nok vil være del av avveiningen ved utarbeidelsen av lovbestemmelsene, men at det ville være «feil å si at formålet med den avveide regel (eller lov) er å ivareta virksomhetens eller samfunnets interesser», og at dette kunne «bidra til å undergrave lovens vern av arbeidstakerne».¹⁵⁰ Departementet pekte blant annet på at «[v]ernebestemmelsene i loven kan ikke underordnes svingende konjunkturer eller virksomhetenes økonomiske situasjon».

Det kan nok diskuteres om formuleringen, slik den først ble vedtatt i 2005, ville ha betydning for anvendelsen av formålsbestemmelsen ved tolkningen av lovens bestemmelser.¹⁵¹ Det er imidlertid klart at hensynet til virksomhetene *ikke* er en del av arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse. Arbeidsmiljøloven har et særskilt og ønsket verneformål. Som et *utgangspunkt* må avveiningen mot hensynet til virksomhetene anses gjort av lovgiver i den forutgående, politiske, vurderingen i lovprosessen. Med mindre det er holdepunkter i andre rettskilder, vil hensynet til virksomhetene ikke kunne være sentralt ved tolkningen.¹⁵² Hvorvidt hensynet til virksomhetene er *tilstrekkelig* ivaretatt, vil da i større grad bli et lovgiverspørsmål.

Høyesteretts tolkning av arbeidstagerbegrepet i arbeidsmiljøloven § 1-8 er illustrerende. I Rt. 2013 s. 354 *Avlaster I* kom Høyesterett til at de tradisjonelle momentene i vurderingen med tyngde talte for at avlasteren var arbeidstager. Fra arbeidsgivers side, en kommune, var det anført at arbeidstagerrettigheter, som for eksempel regler om arbeidstid og prinsipper for ansettelse, var vanskelig å forene med mulighetene for brukerstyring. Høyesterett viste imidlertid til at det «[a]v prinsipielle grunner ville ... være uakseptabelt å konkludere med at en person ikke er arbeidstaker fordi dette etter arbeidsmiljøloven ville gi vedkommende for sterkt vern» (avsnitt 60).

Det er samtidig klart at i praksis vil også hensynet til virksomhetene være relevant ved lovtolkningen, fordi det nettopp finnes støtte for dette i andre rettskilder enn selve formålsbestemmelsen. Hensynet kan være forankret i ordlyden, slik som i for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd, som uttrykkelig gir anvisning på at det ved

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 2.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) s. 3.

¹⁵¹ Jfr. uttalelsene i forarbeidene gjengitt i [note 147](#) over.

¹⁵² Dette betyr selvsagt ikke at hensynet til virksomhetene uansett vil spille inn ved den enkelte dommers faktiske vurdering av rettsspørsmålene. Se generelt for eksempel A. P. Høgberg, «Reelle hensyn», i A. P. Høgberg og J. Ø. Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo 2019, s. 343: «Overalt der menneskelig skjønn er involvert i tolkning og anvendelse av regler, vil det tas hensyn til resultatets godhet.»

oppsigelsesvurderingen skal skje en avveining mellom «virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstager». Det kan videre være forankret i forarbeidene. Andre regler i loven gjennomfører EU-direktiv som kan ha formål utover vernehensyn. Tolkningen av disse bestemmelsene må skje i tråd med de formålene som ligger til grunn for det aktuelle direktivet.¹⁵³ Når det for eksempel gjelder innleieregler i arbeidsmiljøloven kapittel 14, som implementerer direktiv 2008/104/EF om vikararbeid (vikarbyrådirektivet), er hensynet til virksomhetene relevant idet direktivet har et dobbelt formål om «beskyttelse af arbeidstagerne» samtidig som det «tages hensyn til behovet for at etablere passende rammer for anvendelsen af denne type arbejde med henblik på at bidrage til effektivt til at skabe arbejdspladser og til at udvikle fleksible former for arbejde».¹⁵⁴

Selv om det dermed bare er vernehensyn som inngår i arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse, vil hensynet til virksomhetene på ulik måte utvilsomt være relevant ved tolkningen av arbeidsmiljøloven. Forankringen av vernehensyn i formålsbestemmelsen vil imidlertid ofte kunne ha betydning for hvilken *vekt* virksomhetshensyn kan tillegges i avveiningen mot vernehensyn.¹⁵⁵

Hensynet til virksomhetene fremgår uttrykkelig av vikarbyrådirektivets artikkel 2. Når det for eksempel gjelder virksomhetsoverdragelsesdirektivet, direktiv 2001/23/EF, fremgår derimot ikke hensynet til virksomhetene av direktivet. I fortalen er det bare vernehensyn som er trukket frem. Ved tolkningen av direktivet har EU-domstolen i C-499/04 *Werhof* og C-426/11 *Alemo-Herron*, riktignok med ulik begrunnelse, likevel lagt vekt på hensynet til virksomhetene. Disse to sakene dreier seg om rekkevidden av såkalte henvisningsklausuler, og ved tolkningen trakk EU-domstolen også inn erververens interesser. I *Werhof* ble det pekt på at erverver «bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter» (avsnitt 31), mens det i *Alemo-Herron* ble sagt at en dynamisk forståelse av henvisningsklausulen ville «i betydelig omfang innskærpe det råderum, der er nødvendigt for, at en erhverver i den private sektor kan foretage de nævnte tilpasninger og ændringer» (avsnitt 28). EU-domstolens tilnærming er blitt kritisert fordi den innebærer en intern avveining mellom

¹⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 68.

¹⁵⁴ Se sak C-681/18 *JH mot KH* avsnitt 40. Se også særlig avsnitt 49–50, 70. Sml. HR-2020-2109-A *Aker BP* avsnitt 63–64 og HR-2018-1037 *Manpower* avsnitt 24. I *Aker BP* uttalte Høyesterett dessuten, etter å ha vist til direktivets øvrige formål enn vern, at «[m]en ved gjennomføringen av likebehandlingsregelen i norsk rett hadde lovgiver en nasjonal målsetting som gikk ut over dette, jfr. Prop. 74 L (2011–2012) side 51. Departementet pekte på at det *uavhengig av vikarbyrådirektivet* «er behov for reguleringer som sikrer likebehandling av innleide med direkte ansatte på viktige områder, først og fremst for å sikre at omfanget og arbeidsvilkårene ved innleie ikke undergraver målene om et arbeidsmarked med en hovedvekt på faste og direkte ansettelser» (avsnitt 63).

¹⁵⁵ Se til illustrasjon LE-2019-19773: «Lagmannsretten trekker ikke i tvil at det kan ha betydning for produktiviteten og bedriftens økonomi dersom reisetiden ... anses å være arbeidstid etter arbeidsmiljøloven § 10-1. Slike hensyn er imidlertid av underordnet betydning ved tolkningen av en vernebestemmelse som arbeidstidsbegrepet er». Jfr. også EFTA domstolens avgjørelse i *Thue*, sak E-19/16 avsnitt 81.

vernehensyn og erververs, virksomhetenes, interesser, noe direktivet opprinnelig ikke tok sikte på.¹⁵⁶

4.3 Allmenne saklighetsnormer

Styringsretten begrenses videre av allmenne saklighetsnormer. I Rt. 2001 s. 418 *Kårstø* formulerte Høyesterett det slik at det gjelder

«visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn» (s. 427).

At det oppstilles denne typen krav til den ene parten i en kontrakt, er et klart uttrykk for at styringsrettsutøvelse er noe mer enn ordinær kontraktsbeføyelse. Kravene må sees i sammenheng med styringsretten som en form for maktutøvelse. Saklighetskravet kan da betraktes som en påkrevd konsekvens av det underordningsforholdet som arbeidsavtalen etablerer.¹⁵⁷

Kravene etter de arbeidsrettslige saklighetsnormene ligner dem som oppstilles for forvaltningen etter den ulovfestede myndighetsmisbrukslæren. Kjernen i denne læren er at forvaltningen ved skjønnsutøvelsen er avskåret fra å legge vekt på «utenforliggende hensyn, og å treffe avgjørelser som er vilkårlige, grovt urimelige eller som innebærer usaklig forskjellsbehandling».¹⁵⁸ Begrunnelsen er at forvaltningen ikke skal kunne misbruke makten den er tildelt av lovgiver etter ulike lovgrunnlag. Det dreier seg om grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Også etter den arbeidsrettslige læren er spørsmålet, slik Høyesterett har formulert det, «om det foreligger misbruk av styringsretten», se Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* avsnitt 58.¹⁵⁹ På lignende vis kan formålet med den arbeidsrettslige læren sies å være sikre at arbeidsgiver ikke misbraker den makten, eller kompetansen, denne er «tiltrodd» av samfunnet og arbeidstagerne.¹⁶⁰ Det arbeidsrettslige saklighetskravet er derfor, slik som vernelovgivningen, ment å skulle motvirke de prinsipielt problematiske sidene ved styringsretten.

Hva som ligger i saklighetskravet, er komplisert. Av Høyesteretts formulering ser vi at kravet har flere elementer og oppstiller krav til både saksbehandlingen og beslutningens grunnlag. Det siste omfatter et forbud mot beslutninger som er vilkårlige eller basert på utenforliggende hensyn. I tillegg er det spørsmål om saklighetskravet innebærer et rimelighetskrav. Jeg kommer tilbake til dette like under. Spørsmålet er først om det ved

¹⁵⁶ Se for eksempel J. Prassl, «Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfer of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law», *Industrial Law Journal*, 2013, s. 434–446.

¹⁵⁷ I samme retning Jakhelln 2006 s. 50.

¹⁵⁸ NOU 2019: 5 s. 545. Se også for eksempel Rt. 2011 s. 304 avsnitt 55. Enkelte sider ved lærens innhold er omdiskutert; det er for eksempel argumentert for at den også rommer et generelt forholdsmessighetsprinsipp.

¹⁵⁹ Se også Rt. 2014 s. 402 *Admiral* avsnitt 69, HR-2016-2286-A *Rygge kommune* avsnitt 39 og HR-2020-2202-A avsnitt 32.

¹⁶⁰ Se også lignende argumentasjon Jakhelln 2006 s. 52.

fastleggelsen av innholdet i de ulovfestede saklighetsnormene er relevant å legge vekt på hensynet til virksomhetene.

Rettsnormenes begrunnelseslikhet med vernelovgivningen kunne tilsi et lignende utgangspunkt som ved tolkningen av arbeidsmiljøloven. Samtidig er det en viktig forskjell mellom reglernes grunnlag. Det er domstolene som har skapt saklighetsnormene, og som primært utvikler innholdet i disse. Når domstolene skal fastlegge hvor langt vernet etter reglene rekker, kan hensynet til virksomhetene få betydning allerede i utgangspunktet. I praksis vil dette nok først og fremst gjelde fastleggelsen av hvilke krav som kan stilles til arbeidsgivers saksbehandling i en konkret sak. Her vil domstolene da, slik lovgiver må anses å ha gjort ved utformingen av de ulike saksbehandlingsreglene i arbeidsmiljøloven, foreta en avveining av de ulike hensynene ved fastleggelsen av det ulovfestede saksbehandlingskravets rekkevidde.¹⁶¹ Forbudet mot beslutninger som er basert på utenforliggende hensyn eller vilkårlighet, dreier seg om grunnleggende rettssikkerhetshensyn hvor det er vanskelig å se at hensyn til virksomhetene i praksis vil kunne spille noen særlig rolle.

Dersom saklighetskravet også inneholder et rimelighetselement, vil hensynet til virksomhetene være direkte relevant, slik som etter arbeidsmiljøloven § 15-7 annet ledd annet punktum. Med «rimelighet» sikter jeg i denne sammenheng nettopp til en avveining mellom den konkrete arbeidstagerens og arbeidsgiverens interesser.¹⁶² Dette spørsmålet henger sammen med domstolenes prøvelsesrett. Hvis domstolene ikke kan – ikke har kompetanse til å – prøve om arbeidsgivers beslutning er saklig ut fra en slik interesseavveining, er rimelighet i realiteten ikke en del av det ulovfestede saklighetskravet. Prøvelsesrett og styringsrett diskuteres av flere i denne boken, og jeg nøyer meg derfor med å peke på noen forhold som har sammenheng med mitt artikkeltema.¹⁶³

At Høyesterett i utgangspunktet har full prøvelsesrett ved vurderingen av om arbeidsgivers beslutninger er innenfor de rammer som følger av lov, tariffavtale eller arbeidsavtale, er klart. Domstolene kan da prøve tolkningen og den konkrete anvendelsen av lov- eller avtalenormene. Dette betyr at domstolene kan prøve alle sider ved arbeidsgivers beslutning opp mot hva som følger av disse skrankene i styringsretten. Noe annet er hva domstolene i praksis vil prøve.¹⁶⁴ Det siste er, slik det er uttrykt i Rt. 1984 s. 1058 *Nationaltheatret*, «mer et spørsmål om domstolenes *praktiske*

¹⁶¹ Se til illustrasjon Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* avsnitt 59–67.

¹⁶² Kravet om interesseavveining gjelder også ved oppsigelse på grunn av arbeidstagers forhold selv om dette ikke følger av lovteksten, se for eksempel Rt. 1992 s. 1023. Det samme gjelder ved avskjed, se for eksempel Rt. 1988 s. 1188. Se nærmere for eksempel Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017, s. 417–418 og s. 467–468.

¹⁶³ Dette er grundig behandlet av Hotvedt og Johnsen i deres artikler i denne boken.

¹⁶⁴ Se Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 105 med videre henvisninger.

muligheter å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten» (s. 1067, min kursiv). Dette dreier seg om *prøvingsintensiteten*.¹⁶⁵

Når det gjelder det ulovfestede saklighetskravet, har Høyesterett uttrykkelig lagt til grunn at «[d]omstolene *skal ikke* foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger *innenfor rammene* for styringsretten er påkrevde eller optimale» (min kursiv), men at spørsmålet som nevnt er om det «misbruk» av styringsretten, jfr. Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* avsnitt 58.¹⁶⁶ Premisset er at beslutningen ikke er i strid med lov, tariffavtale eller arbeidsavtale. Det ulovfestede saklighetskravet innebærer således ikke et krav om at arbeidsgivers beslutning er «påkrevd» eller «optimal». Denne formen for «hensiktsmessighet» vil domstolene, slik Høyesterett har lagt til grunn, ikke kunne prøve. Denne tilnærmingen ligner på regelen om at domstolene ved prøving av forvaltningens såkalte «frie skjønn» ikke kan prøve om den,¹⁶⁷ innenfor lovens rammer, har utøvet myndigheten på en fornuftig og hensiktsmessig måte («hensiktsmessighetsskjønnet»).¹⁶⁸ Det kan dermed virke som om Høyesterett har overført den forvaltningsrettslige tilnærmingen til arbeidsretten.

Høyesteretts vurdering i *Undervisningsinspektør* viser samtidig at det tross dette er rom for en relativt bred vurdering etter det ulovfestede saklighetskravet på arbeidsrettens område. Dessuten vil domstolene ved vurderingen av om arbeidsgivers beslutning er innenfor *arbeidsavtalens* rammer, kunne legge vekt på rimelighet, se punkt 4.4 under. Hvor stor praktisk betydning begrensningen i det ulovfestede saklighetskravet har, er derfor usikkert.¹⁶⁹

Det kan også stilles spørsmål ved om det er noen grunn til å overføre den forvaltningsrettslige tilnærmingen til arbeidsrettens område. Stein Evju har tatt til orde for at det generelle saklighetskravet i arbeidsretten må være tilsvarende som saklighetskravet på

¹⁶⁵ Hotvedt 2021 s. [sidetall] forklarer prøvingsintensitet som «hvordan kompetansen benyttes, og hvor dyp og grundig domstolskontrollen med beslutningen er» og poengterer at spørsmålet om domstolene har kompetanse «er et ja/nei-spørsmål, mens intensitet er graduert», likevel slik at grensene selvsagt kan være vanskelig å trekke i praksis. Sml. for eksempel Rt. 2011 s. 74 der Høyesterett uttaler «[n]år det gjelder domstolenes prøvingsintensitet ved oppsigelse i prøvetid, heter det at domstolene må vise tilbakeholdenhet med å overprøve «arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av hvorledes arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, må anses bevist og relevant ...»» (avsnitt 34).

¹⁶⁶ Det er på det rene at Høyesterett her bare sikter til vurderingen etter de ulovfestede saklighetsnormene. Se de forutgående avsnittene hvor Høyesterett undersøker arbeidsavtalen som mulig skranke, og særlig avsnitt 57 der rettet går over til å vurdere beslutningen etter saklighetskravet. Se også Rt. 2014 s. 402 *Admiral* avsnitt 69 og HR-2016-2286-A *Rygge kommune* avsnitt 39–40.

¹⁶⁷ Se særlig J. Fougner, «Arbeidsgivers frie skjønn – arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll» i B. J. Mulder, M. J. Hotvedt, M. Nesvik og T. L. Sundet (red.), *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Oslo 2016, s. 211–223, som bruker denne terminologien.

¹⁶⁸ Se for eksempel Rt. 2010 s. 376 avsnitt 40–41, sml. for eksempel Rt. 2010 s. 1613 avsnitt 54.

¹⁶⁹ Spørsmålet er hva som menes med «påkrevd» og «optimalt», og hvordan dette forholder seg til «rimelighet» i form av en interesseavveining.

stillingsvernets område, altså slik at det også inkluderer en interesseavveining.¹⁷⁰ Begrunnelsen for begrensningene i domstolskontroll av forvaltningsvedtak er først og fremst den konstitusjonelle rollefordelingen mellom domstolene og forvaltningen. Denne prinsipielle begrunnelsen gjør seg ikke gjeldende for arbeidsgivers styringsrett.¹⁷¹ Styringsrettsutøvelse har ikke den demokratiske legitimiteten som utøvelse av forvaltningsmyndighet har. Styringsrettens problematiske side, dens illiberale karakter, tilsier snarere et generelt saklighetskrav i arbeidsretten som svarer til det som gjelder på blant annet stillingsvernets område.¹⁷² Som nevnt er det først og fremst styringsrettens begrensninger som gir den legitimitet.

Domstolenes prøvingsintensitet av arbeidsgivers beslutninger vil uansett, slik jeg ser det, måtte tilpasses de reelle forutsetningene som domstolene har for å overprøve arbeidsgivers vurderinger.¹⁷³ I praksis vil det kunne være flere sider ved arbeidsgivers vurdering som domstolene ikke vil ha reelle forutsetninger for å overprøve. Som nevnt gjelder dette også på stillingsvernsområdet, hvor det er klart at domstolene har full prøvelsesrett. Men en tilbakeholdenhet i prøvingsintensiteten er ikke det samme som at sider ved arbeidsgivers beslutning unntas fra domstolskontroll. Domstolene vil ikke være rettslig bundet av de vurderinger som arbeidsgiver har gjort.¹⁷⁴

Et annet spørsmål er om det arbeidsrettslige saklighetskravet gjelder for enhver styringsrettsbeslutning, altså både arbeidsgivers heteronome og autonome kompetanse. Som jeg har diskutert, er det den heteronome kompetansen som er særpreget for arbeidsforhold, og det er først og fremst slik styringsrettsutøvelse som prinsipielt sett kan ha et illiberalt preg. Samtidig er det ikke et skarpt skille mellom kompetanseformene, og autonom styringsrettsutøvelse vil også kunne ha store konsekvenser for arbeidstagerne.

¹⁷⁰ Se Evju 2003 s. 22–24 og S. Evju, «Saklighet og saklighetsprøvelse», *Arbeidsrett* 2013, s. 82–111. Se nærmere Hotvedt 2021 s. [sidetall].

¹⁷¹ Slik også M. J. Hotvedt og T. S. Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett* 2013, s. 112–138 (Hotvedt og Ulseth 2013), s. 118 og J. Fougner, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett* 2018, s. 37–60 (Fougner 2018), s. 40, 56.

¹⁷² Også Fougner legger til grunn at «[b]ehovet for domstolskontroll øker naturligvis når det i en viktig relasjon som arbeidsforhold ikke opereres med likestilte parter», men han mener likevel at domstolene ikke kan prøve hensiktsmessigheten ved arbeidsgivers vurderinger, slik som spørsmål om «hva som er lønnsomt, strategisk eller av andre grunner ønskelig i den enkelte virksomhet». Se nærmere Fougner 2018 s. 39. Det er noe uklart hvor langt hans begrep om «hensiktsmessighet» rekker. På s. 57 fremholdes det at «domstolene ikke skal prøve rimeligheten eller hensiktsmessigheten». Jeg er enig i at domstolene vil være tilbakeholdne i prøvingsintensiteten, men at det ikke er noen grunn til at slike vurderinger skal være unntatt fra domstolskontroll, se under.

¹⁷³ Sml. når det gjelder domstolskontroll med forvaltningsvedtak, F. Innjord, «Høyesterett og prøving av forvaltningsvedtak – hovedlinjer og utviklingstrekk», i T. Schei, J. E. A. Skoghøy og T. M. Øie (red.), *Lov, sannhet og rett : Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år*, Oslo 2015, s. 617–649 (s. 623–625). Se i arbeidsrettslig teori for eksempel Jakhelln 2006 s. 63. Se ellers nærmere Hotvedts og Johnsens artikler i denne boken.

¹⁷⁴ Fougner 2018 skiller ikke, slik Høyesterett gjorde i Rt. 1984 s. 1058 *Nationaltheatret*, tydelig mellom kompetanse og intensitet, se også Fougner 2021 s. [27 note 65] og Hotvedt 2021 s. [sidetall].

4.4 Arbeidsavtalen

Tolkningen av om arbeidsavtalen utgjør en skranke i styringsretten, er utvilsomt den mest komplekse. De ni sentrale høyesterettsavgjørelsene om styringsrett har alle i det vesentlige dreid seg om dette.¹⁷⁵ Med en ren kontraktsrettslig innfallsvinkel skulle utgangspunktet være enkelt; det som er nedfelt om ytelsens innhold, leveringssted, leveringstidspunkt etc. i kontrakten, skulle ikke uten videre kunne endres ensidig av en av kontraktspartene. En avtalebestemmelse vil generelt være uttrykk for at noe er bindende medmindre noe annet kom til uttrykk i ordlyden eller andre tolkningsfaktorer. Endring av det avtalte skulle da i utgangspunktet kreve motpartens samtykke.

For arbeidsavtalen er dette mer komplisert. Det skrevne kan ikke nødvendigvis anses som det avtalte, slik Tron Sundet formulerer det i denne boken.¹⁷⁶ Hemmingby har treffende beskrevet dette som et «avtalerettslig paradoks».¹⁷⁷

Det er to hovedgrunner til dette. For det første har arbeidsavtalen som nevnt karakter av å være en ufullstendig avtale; arbeidsforholdet har et iboende endringsbehov, se avsnitt [avsnitt over]. Her kommer nettopp styringsretten inn. Det er en nær sammenheng mellom styringsretten og arbeidsavtalen; de utfyller og presiserer hverandre.¹⁷⁸ For det andre skal det skriftlige arbeidsavtaledokumentet også oppfylle en informasjonsfunksjon. Etter arbeidsmiljøloven § 14-5 gjelder det nærmere krav til hva arbeidsavtaledokumentet skal inneholde opplysninger om.

Ved vurderingen av om en arbeidsavtalebestemmelse begrenser styringsretten, har Høyesterett anlagt en bred tilnærming. Det tas riktignok ofte utgangspunkt i ordlyden i det skriftlige arbeidsavtaledokumentet. Men det er uttrykkelig lagt til grunn at «[i]kke enhver avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten».¹⁷⁹ Dette er et uttrykk for at ordlyden ikke uten videre kan anses å gi uttrykk for hva partene har ment om endringsadgangen. En avtalebestemmelse er med andre ord ikke ensbetydende med en bindende bestemmelse om at endringsadgangen skal være avskåret for fremtiden.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*, Rt. 2001 s. 418 *Kårstø*, Rt. 2001 s. 1576 *Hakon*, Rt. 2008 s. 856 *Theatercaféen*, Rt. 2008 s. 1246 *Statoil*, Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt*, Rt. 2010 s. 412 *Fokus Bank*, Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* og HR-2016-2286-A *Rygge kommune*.

¹⁷⁶ Se Tron Sundets artikkel «Styringsretten – eller skrankene for den – som primært rettsgrunnlag i arbeidsretten, s. [sidetall] i denne boken (Sundet 2021), på [s. 13].

¹⁷⁷ A. Hemmingby, «Styringsretten: ytelsers fra tredjepart», i T. Bråthen, E. Furuseth og A. Mikkelsen (red.), *Hvor din skatt er, vil også ditt hjerte være. Festskrift til Ole Gjems-Onstad 70 år*, Oslo 2020, s. 379–397 (Hemmingby 2020), s. 388. Hun påpeker at dette er særegent for arbeidsavtaler, og at den «har sitt grunnlag i den aksepten arbeidsavtalen er av den styringsrettslige kompetansen» (min kursiv). Som nevnt er jeg kritisk til å operere med en slik «aksept-terminologi», se avsnitt [avsnitt over].

¹⁷⁸ Hotvedt og Ulseth 2013 s. 114. Se også Hotvedt 2021 [s. 21].

¹⁷⁹ Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 38 og HR-2016-2286-A *Rygge kommune* avsnitt 26.

¹⁸⁰ Se også for eksempel Hemmingby 2020 s. 388: «Dersom slik avtale er inngått, må det vurderes om arbeidsgiver likevel kan endre avtalen ensidig. Gjennom styringsretten har nemlig arbeidsgiver

Høyesterett har isteden oppstilt en tottrinnsstilnærming. Det første spørsmålet etter denne er om arbeidsgiver har påtatt seg «en særskilt forpliktelse» eller «gitt særskilt avkall» på styringsretten.¹⁸¹ Det antyder nettopp et utgangspunkt om endringsadgang, og sånn sett kan hensynet til virksomhetene sies å komme inn allerede her. Det er ikke tilstrekkelig med en avtalemessig binding. For at styringsretten skal være begrenset, kreves det holdepunkter som tilsier at partene har ment at det ikke skal være endringsadgang. Arbeidsgiver må ha bundet seg til å *oppretholde* den avtalemessige forpliktelsen.

Dette modereres riktignok av det andre elementet i tottrinnsstilnærmingen, som går ut på at arbeidsgiver uansett ikke kan endre noe som «særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet».¹⁸² Spørsmålet er om det ved denne vurderingen er det subjektive, hva som fremstår som vesentlig for parten, eller det objektive, hva som generelt er vesentlig i et arbeidsforhold, som er sentralt. Det er antagelig ikke grunn til å skille skarpt. Ved den nærmere fastleggelsen av arbeidsavtalens innhold, tolkningen og utfyllingen, har Høyesterett, i blant annet Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*, lagt til grunn at det må

«... blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendigheter rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforholdet og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen» (s. 1609).¹⁸³

Slike tolkningsmomenter vil supplere ordlyden ved arbeidsavtaletolkningen, og disse vil være relevante ved vurderingen etter begge trinnene i Høyesteretts tilnærming. Dette reiser flere spørsmål som det ikke er rom for gå inn på her.¹⁸⁴ Mitt spørsmål er hvordan vernehensyn og hensyn til virksomhetene nærmere kan vektlegges ved avtaletolkningen.

Som nevnt over kan allerede utgangspunktet om at ikke enhver avtalebestemmelse begrenser styringsretten sies å være begrunnet i hensynet til virksomhetene. Rimelighet er et moment ved avtaletolkning generelt, og dette tilsier at både hensynet til arbeidstageren og virksomheten også kan vektlegges som del av en avveining av begge parter interesser. Med henvisning til den ovennevnte uttalelsen i *Nøkk* la Høyesterett i HR-2020-1399-A *ISS* uttrykkelig til grunn at det ved fastleggelsen av arbeidsavtalers innhold er «rom for ganske brede vurderinger» (avsnitt 50). Spørsmålet i saken var blant annet om oppsigelsesfrister etter tjenestemannsloven hadde blitt del av de ansattes

kompetanse til å foreta visse endringer *på tross av slik bindende avtale*» (forfatterens kursiv). Se dessuten Fougner 2021 s. [25–26].

¹⁸¹ Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 41 og HR-2016-2286-A *Rygge kommune* avsnitt 26.

¹⁸² Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 41 og HR-2016-2286-A *Rygge kommune* avsnitt 27. Jfr. Skjønberg, Hognestad og Hotvedt 2017 s. 102. Det kan stilles spørsmål om hvorvidt og i så fall hvor langt denne vesentlighetsbegrensningen kan sammenlignes med den såkalte grunnpregstandarden, se A. Hemmingby, «Grunnpregstandarden – mye eller realitet?» i B. J. Mulder, M. J. Hotvedt, M. Nesvik og T. L. Sundet (red.), *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Oslo 2016, s. 255–267. Jfr. også Hemmingby 2020 s. 391–392.

¹⁸³ Senest gjentatt i HR-2020-1339-A *ISS* avsnitt 49.

¹⁸⁴ Se nærmere Sundet 2021.

arbeidsavtaler og derved var omfattet av rettighetsovergang i forbindelse med en virksomhetsoverdragelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. I arbeidsavtalene var følgende formulering tatt inn: «Oppsigelsesfrist i medhold av tjenestemannsloven §§ 8, 9, 10 og 11.». Høyesterett pekte på at ordlyden var det selvsagte utgangspunktet ved tolkningen og utfyllingen av avtalene, men at det «vil være større rom for supplerende tolkningsfaktorer her enn ved tolkning av avtaler mellom jevnbyrdige parter i forretningsforhold» (avsnitt 48). Som begrunnelse viste retten til asymmetrien som karakteriserer arbeidsforhold.

Det er således ikke tvilsomt at vernehensyn kan være relevante ved fastleggelsen av arbeidsavtalens innhold. Dette må også gjelde der spørsmålet, selv om det ikke var tilfelle i *ISS*, er om det avtalte begrenser styringsretten. Høyesteretts uttalelse i *ISS* er ikke særlig overraskende.¹⁸⁵ I tidligere saker har Høyesterett uttrykkelig anerkjent hensynet til virksomhetenes endringsbehov – som følge av en eventuell samfunnsutvikling – som et relevant moment ved tolkningen. Dersom vernehensyn ikke skulle kunne tas i betraktning, ville vurderingen bli nokså ensidig.¹⁸⁶ Ved vurderingen av hva som «særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet», vil dessuten et spørsmål være hvordan endringen rammer den aktuelle arbeidstageren.¹⁸⁷ Rt. 2011 s. 841 *Undervisningsinspektør* er illustrerende. Her fulgte det eksplisitt av den skriftlige arbeidsavtalen og personalreglementet i den aktuelle kommunen at skolen hadde rett til å omplassere læreren, og Høyesterett la til grunn det «etter dette ikke [var] tvilsomt at kommunen, som utgangspunkt, hadde rett til å omplassere» (avsnitt 52). Retten vurderte likevel hvilke virkninger endringen ville ha for lærerens arbeidsforhold, og om omplasseringen endret noe som var vesentlig for dette.

ISS-dommen viser at vernehensyn kan få betydning ved vurderingen av om en lovbasert rettighet kan anses som en del av arbeidsavtalen. Fra arbeidsgiversiden var det anført at tjenestemannslovens oppsigelsesfrister ikke kunne anses som avtalte fordi bestemmelsen som viste til disse i arbeidsavtalene, ikke gav uttrykk for noe som var «... 'genuint avtalt' eller 'særskilt avtalt'» (avsnitt 51). Arbeidsavtalebestemmelsene var bare «ren informasjon» om lovens frister (avsnitt 26). Høyesterett avviste dette og pekte på at problemstillingen «rett og slett» var «hva som er avtalt basert på de prinsipper som gjelder for tolkning og utfylling av arbeidsavtaler» (avsnitt 51). Etter disse prinsippene er det, som retten selv formulerte, rom for å gjøre «ganske brede vurderinger» der også vernehensyn trekkes inn. Retten karakteriserte oppsigelsesfrister «blant de grunnleggende spørsmål som partene må ta stilling til», og at det «derfor [hadde] formodningen mot seg at avtalen for et arbeidsforhold av den art ... ikke skulle regulere oppsigelsesfristene» (avsnitt 53). Deretter formulerte Høyesterett en *utfyllingsnorm*, som jeg forstår slik: Med mindre det er holdepunkter for at bestemmelsene om oppsigelsesfrister bare er ment å skulle være til informasjon, må arbeidsavtalen *utfylles* med

¹⁸⁵ Se også A. N. Skjønberg, *Høyesteretts dom i ISS-saken*, gjestekommentar på LO-advokatenes blogg 6. juli 2020, se <https://www.lo.no/hva-vi-mener/lo-advokatene/nyheter-fra-lo-advokatene/hoyesteretts-dom-i-iss-saken/>.

¹⁸⁶ Se nærmere Hotvedt 2021 s. [29].

¹⁸⁷ Se også Hemmingby 2020 s. 392–393 forutsetningsvis.

lovens oppsigelsesfrister. Denne tilnærmingen er kritisert i faglitteraturen.¹⁸⁸ Høyesteretts avtalerettslige argumentasjon, der premisset er at oppsigelsesfrister er noe partene «må ta stilling til», er noe anstrengt. Men de utgangspunktene for tolkning og utfylling av arbeidsavtaler som Høyesterett angir, og realiteten i Høyesteretts resonnement, er treffende *arbeidsrettslig*. Resonnementet tar nettopp inn over seg arbeidsavtalens særpreg, partenes ulike forhandlingsposisjon og hvordan innhold i arbeidsavtaler fastsettes. Det vil ofte ikke være rom for individuelle forhandlinger om vesentlige deler ved arbeidsavtalen. *Utfylling* med dispositive eller semidispositive kontraktsregulering i lov eller tariffavtale er det vanlige. Generelt er det antagelig ingen annen avtaletype som «is constrained by such a dense web of immutable provisions that are derived from different sources».¹⁸⁹ I *ISS* var dessuten loven til hinder for å avtale andre oppsigelsesregler, ettersom tjenestemannslovens bestemmelser var ufravikelige. Det er da ikke unaturlig at arbeidsavtalen utfylles med kontraktsmessige normer fastsatt i lovgivningen; arbeidsrettslig lovgivning har ikke bare offentligrettslige normer, men også privatrettslige normer.¹⁹⁰

Rettspraksis viser at hensynet til virksomhetene etter omstendighetene kan få stor vekt ved den konkrete tolkningen av arbeidsavtalen, jfr. Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk* og Rt. 2008 s. 856 *Theatercaféen* avsnitt 42.¹⁹¹ Et poeng er da hva som menes med hensynet til virksomhetene i denne sammenhengen.¹⁹² I rettspraksis har vurderingen vært hva som anses som rimelig «i lys av samfunnsutviklingen»; det er ikke nødvendigvis vesentlig i seg selv om den konkrete virksomheten har et behov for å endre. Spørsmålet er om det etter at avtalen ble inngått, har skjedd endringer utenfor virksomheten som gjør dette rimelig. Et eksempel kan være teknologisk utvikling. At vurderingen knyttes mer opp til spørsmål om objektive samfunnsendringer, harmonerer godt med styringsrettens begrunnelse.¹⁹³

4.5 Tariffavtalen

Ved tolkning av om en tariffbestemmelse begrenser styringsretten, er utgangspunktet annerledes enn ved arbeidsavtaletolkning. Hovedregelen er at det *ikke* er rom for «ganske brede vurderinger», sml. HR-2020-1399-A *ISS*, når tariffavtalens innhold skal

¹⁸⁸ B. J. Mulder, «Henvisning til lovs bestemmelser i ansettelseskontrakter var bindende avtalevilkår for erverver etter virksomhetsoverdragelse. HR-2020-1399-A (*ISS Facility Services*)», *Nytt i privatretten*, nr. 3/2020, s. 4–6. Se også L. Holo, *Kommentar til HR-2020-1399-A, “ISS-dommen” i Høyesterett*, artikkel publisert på www.juridika.no 5. oktober 2020. Etter en inngående diskusjon slår Holo fast at Høyesteretts konklusjon er feil, og at «[o]ppsigelsesfristene etter tjenestemannslovens bestemmelser var ikke avtalt og kunne ikke overføres i kraft av aml. § 16-2 første som *avtalte rettigheter*». Etter mitt syn blir Holos tilnærming for snever; fastleggelse av arbeidsavtalers innhold dreier seg om mer enn hva som er tatt opp i forhandlinger i forbindelse med ansettelsen. Høyesteretts henvisning til Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk* er treffende.

¹⁸⁹ *Mundlak* 2000 s. 314.

¹⁹⁰ Se her P. Berg, «Arbeidet som sosialrettslig problem», i E. Storsteen (hovedred.), *Sosial håndbok for Norge*, Bind 1, 2. utgave, Oslo 1952, s. 1–16, på s. 3.

¹⁹¹ Sml. Rt. 2009 s. 1465 *Senvakt* avsnitt 43: «... det har ikke funnet sted noen vesentlige samfunnsmessige endringer siden den gang som skulle tilsi at den vaktordning som er avtalt, kan endres på annen måte enn ved endringsoppsigelse».

¹⁹² Se nærmere Sundet 2021 [s. 16–17] og Fougner 2021 s. [21–22].

¹⁹³ I samme retning Hemmingby 2020 s. 394–395.

fastlegges. Ved tariffolkning er det enkle utgangspunktet at reelle hensyn i form av rimelighet og hensiktsmessighet spiller en beskjeden rolle.¹⁹⁴ Hverken vernehensyn eller hensyn til virksomhetene vil derfor normalt kunne stå sentralt. Dette gjelder ikke bare der tolkningsresultatet fremstår som klart basert på andre tolkningsfaktorer; også ved tvil om tolkningen tillegges reelle hensyn normalt beskjeden vekt.¹⁹⁵

Begrunnelsen ligger i tariffavtalens karakter. Den innebærer indirekte vern for arbeidstagerne, men skiller seg fra arbeidsavtalen på flere punkter. En tariffbestemmelse anses som resultat av forhandlinger mellom *jevnbryrdige* parter; det er ikke asymmetri mellom tariffpartene, slik som mellom partene på arbeidsavtalenivå.¹⁹⁶ Tariffavtalen anses ikke, slik som arbeidsavtalen, som en ufullstendig kontrakt. Tariffavtalen kan revideres med jevne mellomrom, og partene har da mulighet til å fremforhandle nødvendige endringer i tariffavtalen.¹⁹⁷ Prinsipper om organisasjonsfrihet og tariffautonomi tilsier at både lovgiver og domstolene er varsomme med å gripe inn for å sikre et endringsbehov.¹⁹⁸ Hvorvidt en tariffbestemmelse bør endres, er med andre ord primært et spørsmål for tariffpartene.

Til tross for disse utgangspunktene kan vernehensyn og hensyn til virksomhetene etter omstendighetene få større betydning også ved fastleggelse av tariffavtalers innhold. Det ene er der slike hensyn kan knyttes til andre tolkningsmomenter enn reelle hensyn, som for eksempel en bestemmelses formål eller ordlyd. Det andre er at Arbeidsretten for visse styringsrettsbeslutninger synes å oppstille en høyere terskel for at det skal anses å

¹⁹⁴ Se for eksempel ARD 1984 s. 28: «Arbeidsretten har ikke anledning til på grunnlag av rimelighetskriterier å innfortolke en begrensning i en tariffbestemmelse som ikke denne eller forhandlingene omkring den gir grunnlag for ... (s. 26) og ARD 2011 s. 350: «Det kan fremstå som en tilfeldig og lite rimelig løsning at arbeidstakers rett til ventelønn ved verkstedsopphold avhenger av om vedkommende er innlosjert på innretningen eller på land. Etter Arbeidsrettens syn kan imidlertid rimelighetsbetraktninger alene ikke gi grunnlag for en annen forståelse av bestemmelsen.» (avsnitt 44). Se nærmere K. D. Sandnes, «Ordlydens betydning ved tolkning av tariffavtaler», i A-B. Engan, K. D. Sandnes og T. Sundet, *Tariffavtaletolkning*, Oslo 2016, s. 31–115 (Sandnes 2016), s. 74–77.

¹⁹⁵ Men Arbeidsretten har anerkjent reelle hensyn som et relevant moment, om enn av liten vekt, se nærmere Sandnes 2016 s. 74, jfr. også A. N. Skjønberg, «Tariffavtalen og dens sentrale rettsvirkninger», *Jussens Venner* 2019, s. 277–334 (Skjønberg 2019b), s. 305. Det må bety at både vernehensyn og hensyn til virksomhetene *kan* være relevant.

¹⁹⁶ Hvorvidt det reelt sett er symmetri der begge parter anvender kampmidler, er et annet spørsmål, se nærmere A. N. Skjønberg, «Retten til lockout» i T. Bråthen, E. Furuseth og A. B. Mikkelsen (red.), *Hvor din skatt er, vil også ditt hjerte være. Festskrift til Ole Gjems-Onstad 70 år*, Oslo 2020, s. 625–651 (særlig s. 637–643).

¹⁹⁷ Det er også andre forhold, slik som tariffavtalens virkninger, som taler mot at rimelighet skal spille en betydning ved tolkningen, se nærmere Sandnes 2016 s. 70, Hotvedt 2017 s. 93 og Skjønberg 2019b s. 302.

¹⁹⁸ Se også her Hotvedt 2017 s. 93, s. 95–97 og s. 109

foreligge en tariffavtalt materiell skranke.¹⁹⁹ Klarest er dette uttrykt i ARD 1966 s. 26 *Kongsvinger Trygdekasse* der Arbeidsretten uttalte:

«I denne forbindelse påpeker retten for øvrig at det å påta seg en slik plikt, innebærer et så radikalt inngrep i den adgang trygdekassen i kraft av sin styringsrett har til selv å vurdere og avgjøre hvilke stillinger det er behov for, at det må kreves åpenbare og entydige holdepunkter i overenskomstens tilblivelseshistorie og ordlyd for å fastslå at dette i det gitte tilfelle har funnet sted» (s. 31).

Spørsmålet i saken var om Kongsvinger Trygdekasse var tariffrettslig forpliktet til å opprette og besette en stilling som avdelingssekretær.²⁰⁰ Arbeidstagersiden anførte at dette måtte følge av stillingsregulativet som man var blitt enige om, og hevdet blant annet at oppregningen av stillingskategorier i regulativet var formålsløst hvis det skulle være opp til trygdekassen om det skulle opprettes stillinger innenfor de forskjellige kategoriene. Arbeidsretten mente imidlertid at det ikke var holdepunkter for en slik begrensning i styringsretten. Dommen i ARD 1999 s. 297 *Vinmonopolet* trekker i samme retning. Spørsmålet i den saken var, blant annet, om en tariffbestemmelse som regulerte arbeidstiden også skulle innebære en begrensning i butikkenes åpningstider. Retten fremholdt at «[e]n slik løsning ville kreve *sterke holdepunkter*, som overenskomsten og fortolkningsgrunnlaget her ikke gir» (s. 217).

En slik presumpsjonsnorm innebærer at styringsretten, og dermed hensynet til virksomhetene, får direkte betydning for hva som er utgangspunktet for tolkningen. Spørsmålet er for hvilke sider ved styringsretten det gjelder en slik høyere terskel. Det må være klart at dette ikke kan gjelde generelt; tariffbestemmelser oppstiller regulært skranker i styringsretten. Men regulering av arbeids- og lønnsvilkår i tariffavtaler utgjør først og fremst materielle skranker i den *heteronome* styringsrettskompetansen. I arbeidsgivers *autonome* kompetanse er begrensningene typisk prosessuelle, og sjeldnere av materiell karakter. De to avgjørelsene antyder at det nettopp er for sider ved den autonome styringsrettskompetansen det gjelder en høyere terskel. Dette har gode grunner for seg. Det er nettopp skranker i beslutninger av typen om noen skal ansettes, hvordan virksomheten skal organiseres, hva som skal produseres, og så videre, som vil være uvanlige og inngripende for arbeidsgiver.

Det kan kanskje hevdes at presumpsjonsnormen har visse likhetstrekk med normene Høyesterett har oppstilt for arbeidsavtaletolkning, se punkt 4.4. Samtidig er det viktige forskjeller. Ved arbeidsavtaletolkning er det regulære spørsmålet om arbeidsavtalen innskrenker arbeidsgivers heteronome kompetanse. At arbeidsavtalen skal begrense den autonome kompetansen, er ikke praktisk, og antageligvis vil det da måtte kreves mer for at arbeidsgiver skal anses å ha gitt

¹⁹⁹ Se også Sundet 2021 s. [s. 2 note 7].

²⁰⁰ Det var også spørsmål hva Rikstrygdeverket hadde foretatt seg. Selv om Rikstrygdeverket gjennom tariffavtale kunne binde den enkelte trygdekasse, hadde Rikstrygdeverket ikke lovmessig adgang til å innskrenke trygdekassens rett til å besette stillinger mv. Retten pekte på at det heller ikke var holdepunkter som tilsa at Rikstrygdeverket hadde søkt å gjøre dette. Uttalelsen om styringsretten knytter seg til om Kongsvinger Trygdekasse selv hadde påtatt seg en tariffmessig plikt til å opprette og besette en stilling innen hver stillingskategori.

særskilt avkall på slik styringsrettsutøvelse. Ved tariffolkning er det ikke grunnlag for et slik tolkningsutgangspunkt når det gjelder hvorvidt tariffavtalen begrenser den heteronome kompetansen. En tariffbestemmelse som regulerer arbeidstid, arbeidspunkt, arbeidssted etc. begrenser i utgangspunktet styringsretten. Det gjelder ingen presumpsjonsnorm ved tolkningen. Det er først når det hevdes at tariffavtalen også begrenser autonom kompetanse det kan være en annen og høyere terskel. Det er imidlertid ikke er skarpt skille mellom autonom og heteronom kompetanse, og hvor langt den tariffrettslige normen rekker, er uklart.

5. Avslutning

Styringsretten er en sentral rettsfigur i arbeidsretten, og den er kompleks. Forklaringen på at arbeidsgiver i utgangspunktet har en slik makt, og hvilken betydning dette har for arbeidstageren, har ulike fasetter og kan ikke alene forklares i avtalefrihet og kontraktsforutsetninger. I dag er styringsretten så selvsagt, og har slik bred legitimitet at vi sjelden befatter oss med disse prinsipielle sidene ved den. Komplexiteten på styringsrettsfeltet er imidlertid ikke alene på det idémessige plan, snarere tvert imot.

Styringsrettens begrunnelse og karakter kan også være relevant for forståelsen av aktuelle styringsrettslige problemstillinger. Dette viser seg tydelig i de normene som gjelder for tolkningen av arbeidsavtaler og tariffavtaler som skranker i styringsretten.

Ved arbeidsavtaletolkningen har Høyesterett ikke begrenset seg til en ren avtalerettslig tilnærming. Styringsretten influerer arbeidsavtaletolkningen. Vurderingen er mer kompleks, og det sentrale er en bredere avveining mellom endringsbehov og vern. Arbeidsgiver og arbeidstager vil gjennom avtaleforhandlinger i mindre grad kunne ivareta disse hensynene. Høyesterett har utviklet tolkningsnormer i tråd med arbeidsavtalens særlige karakter.

På samme måte har Arbeidsretten fastlagt normer for tariffolkning i tråd med tariffavtalens særlige karakter. Men etter disse normene står ikke avveiningen mellom vern og endringsbehov sentralt; tariffpartene kan gjennom avtaleforhandlinger i større grad ivareta disse hensynene selv. I utgangspunktet er det liten grunn til at styringsretten, og dens samfunnsmessige begrunnelse, skal influere tariffolkningen.²⁰¹

Felles for Høyesteretts og Arbeidsrettens tilnærminger er at de er *arbeidsrettslige*. De tolkningsnormene som er utviklet, harmonerer med det generelle grunnsynet om at arbeidsrettens rettsnormer bør utvikles funksjonelt i tråd med de hensynene som gjør seg gjeldende på arbeidslivets område, snarere enn å skulle passe inn i tradisjonelle rettskategorier. Et unntak er den forvaltningsrettslige tilnærmingen Høyesterett synes å ha anlagt når det gjelder det ulovfestede saklighetskravet og domstolsprøvelse. Her har Høyesterett overført en ren forvaltningsrettslig tilnærming til arbeidsretten. Det er imidlertid vanskelig å se hvorfor det ikke skal være samme utgangspunkt om full prøvelseskompetanse etter disse rettsnormene, som etter for eksempel

²⁰¹ Dette perspektivet mener jeg blir noe borte i Fougner's artikkel i denne boken. Etter mitt syn tar han ikke tilstrekkelig hensyn til de vesentlige forskjellene mellom arbeidsavtaleforhold og tarifforhold i sin sammenligning av Høyesteretts og Arbeidsrettens «bruk av styringsretten som rettsgrunnlag».

stillingsvernsreglene. Saklighetskravet på arbeidsrettens område bør være arbeidsrettslig.