Pandemi, europeiske trender, rettsavklaringer, økt domstolskontroll fra Høyesterett

Arbeidsrettsåret 2021

Vi har lagt bak oss et innholdsrikt år på arbeidslivsområdet. Den pågående pandemien fikk nok en gang stor betydning for hele arbeidslivet. Vi kan nærmest snakke om en revolusjon i norsk arbeidsliv, som har fått betydning for hvordan vi jobber, hvem som får jobbet og hvor vi jobber. Koronatiltak- og begrensninger har nok en gang preget både næringslivet og arbeidssituasjonen for de fleste, og vi fikk på denne bakgrunn en rekke midlertidige lov- og forskriftsendringer med betydning for arbeidslivet.

Fast advokat
Julie Dahl Sagmo
Advokatfirmaet Wiersholm

Videre ser vi at europeiske trender om ulike tilknytningsformer i arbeidslivet fortsetter å prege rettsutviklingen – hvem er egentlig ansatte, hvem er såkalte «workers», og hvem har krav på beskyttelse etter arbeidsvernlovgivningen? På dette området har det pågått et omfattende lovarbeid, og fjorårets utvikling vil trolig få stor betydning også for 2022 og arbeidslivet fremover, gjennom varslede endringer fra den nye regjerningen.

Videre kom det som flere arbeidslivseksperter omtaler som en «bombe» fra Arbeidsretten, om såkalt individuell ettervirkning av tariffavtalte vilkår etter at en tariffavtale er sagt opp og opphørt. Avgjørelsen ble i 2021 fulgt opp av Høyesterett, og tilbake står mange uavklarte spørsmål som trolig vil belyses gjennom det kommende året. Vi har også sett at Høyesterett gjennom 2021 har ført en streng domstolskontroll med arbeidsgiveres vurderinger og saksbehandling ved oppsigelse. På tampen av året fikk vi også en til dels oppsiktsvekkende rettsavklaring fra Høyesterett som vil få stor praktisk betydning for arbeidsgivers adgang til å korrigere og trekke i lønn ved feilutbetalinger. Samtlige avgjørelser er begrunnet i de konkrete saksforholdene, men de inneholder likevel uttalelser og standpunkter som vil kunne få stor betydning i praksis – både for lignende tvister og praksis mellom partene i arbeidslivet.

Kort oppsummert dreier det seg om både lovgivning og rettsavklaringer som dels innebærer økte informasjons- og aktivitetsplikter for arbeidsgiver, og dels en styrking av rettigheter for arbeidstaker. Nedenfor følger en oppsummering av det viktigste arbeidsrettsåret 2021 bød på, både når det gjelder ny lovgivning og avklaringer i rettspraksis. Avslutningsvis følger en oppsummering av hva vi kan vente oss av fremtidens arbeidsliv i lys av varslede endringer på arbeidslivsområdet.

De viktigste poengene i artikkelen

- Skjerpede krav til redegjørelses- og rapporteringsplikt om lønn og annen godtgjørelse til ledende personer i børsnoterte selskaper skal gi større åpenhet og en tettere forbindelse mellom selskapets resultater og avlønning.
- Nye regler om pensjonskapitalbevis skal gi bedre oversikt over pensjonsopptjening for ansatte.
- Nemndbehandling av gjengjeldelsessaker skal styrke og effektivisere arbeidstakers rett til å få saken sin prøvd etter varsling i arbeidslivet.
- Det er primært arbeidsgivers ansvar å søke avklaring om arbeidstakers egnethet for stillingen i rekrutteringsprosesser.
- Bestemmelser om individuelle arbeidsforhold fastsatt i tariffavtaler kan få ettervirkning og bestå i arbeidsforholdet selv om tariffavtalen sies opp og opphører.
- Arbeidsgivere har en viss adgang til å supplere begrunnelsen for oppsigelse av arbeidstaker i etterkant av oppsigelsesbeslutningen dersom forholdene har en naturlig sammenheng med oppsigelsesgrunnlaget.
- Forhåndsavtaler om lønnstrekk ved feilutbetalinger må regulere den konkrete trekksituasjonen og er ikke gyldig som grunnlag for en generell trekkadgang.
- Nødvendig reisetid til eller fra annet oppmøtested enn det faste eller sedvanlige, regnes som arbeidstid dersom arbeidstaker ikke fritt kan forlate arbeidsmiljøet og utøve egne interesser på uavbrutt vis.

Den pågående pandemien har gjort at vi nærmest kan snakke om en revolusjon i norsk arbeidsliv, som har fått betydning for hvordan vi jobber, hvem som får jobbet og hvor vi jobber.

Ny lovgivning på arbeidslivsområdet i 2021

Redegjørelses- og rapporteringsplikt om lønn og annen godtgjørelse til ledende personer i børsnoterte selskaper

Nye regler om plikt til å redegjøre for fastsettelsen av lønn og annen godtgjørelse til ledende personer i alle børsnoterte allmennaksjeselskaper (ASA) trådte i kraft i 2021. Formålet bak de nye reglene er blant annet å sikre større åpenhet om selskapers lederlønnspolitikk, og å skape en tettere forbindelse mellom selskapets resultater og godtgjørelsen til selskapets ledelse.

Retningslinjer

De nye reglene innebærer skjerpede krav til utarbeidelse av retningslinjer for fastsettelse av lønn mv. til selskapets ledende ansatte, samt ansatte som er medlem av styret og bedriftsforsamlingen. Retningslinjene skal blant annet inneholde en beskrivelse av alle former for godtgjørelse, herunder kriterier for tildeling av variabel godtgjørelse. I motsetning til tidligere vil retningslinjene være gjenstand for bindende avstemming på selskapets generalforsamling, hvilket innebærer at de er bindende for styret og kun mulig å fravike i særlige tilfeller.

Lederlønnsrapport

De nye reglene innebærer videre at alle børsnoterte allmennaksjeselskaper må utarbeide og publisere en årlig og separat lederlønnsrapport. Dette i motsetning til tidligere, hvor det kun gjaldt et krav om at styreerklæringen måtte inneholde en generell redegjørelse for lederlønnspolitikken som var blitt ført det foregående regnskapsåret. Rapporten skal bl.a. gi en samlet oversikt over utbetalt og inneværende lønn og godtgjørelse som omfattes av retningslinjene.

Nye regler om pensjonskapitalbevis

Det ble i 2021 innført regler[1] som skal sikre en mer effektiv pensjonsforvaltning, samt bedre oversikt over pensjonsopptjeningen for de ansatte. De nye reglene innebærer at arbeidstakere i bedrifter som har innskuddspensjonsordning skal få samlet i) nåværende pensjonssparing, samt ii) innskuddsbasert pensjonsopptjening fra tidligere arbeidsforhold, hos nåværende arbeidsgiver (pensjonskapitalbevis).

For arbeidsgiver medfører lovendringen en plikt til å informere i) generelt om den nye pensjonskontoen, ii) om at arbeidstakere kan reservere seg, og iii) om hvilke investeringsvalg som gjøres. For arbeidstakere som ansettes på et senere tidspunkt, må arbeidsgiver sørge for å informere disse om bedriftens pensjonsavtale.

1 Reglene er inntatt i innskuddspensjonsloven § 3-6 mv. og trådte i kraft allerede 1. januar 2021.

Reglene trådte i kraft allerede 1. januar 2021, og er inntatt i allmennaksjeloven (§ 6-16 b, jf. 6-16 a), samt i forskrift om retningslinjer og rapport om godtgjørelse for ledende personer. Reglene bygger på krav etter directive (EU) 2017/828 («SRD II»).

Selskaper som omfattes av de nye reglene, hadde frist til henholdsvis 1. oktober 2021 (selskaper med ordinært regnskapsår) og 1. januar 2022 (selskaper med avvikende regnskapsår) med å fastsette retningslinjer etter forskriften i selskapets generalforsamling. Frist for behandling av styrets første godtgjørelsesrapport er satt til ordinær generalforsamling i 2022 i selskaper som omfattes av forskriften.

Nemndsløsning for gjengjeldelsessaker etter varsling i arbeidslivet

Tidligere har saker om gjengjeldelse etter varsling vært henvist til de ordinære domstolene. I året som gikk ble det derimot vedtatt å opprette nemndsbehandling for disse sakene, hos Diskrimineringsnemnda. Formålet bak lovendringene var å gjøre det enklere, raskere og mindre kostbart for varslere i arbeidslivet å få prøvd sin sak. Løsningen er imidlertid frivillig, slik at gjengjeldelsessaker fortsatt kan bringes direkte inn for domstolene uten nemndsbehandling.

Ved lovendringen gis Diskrimineringsnemnda myndighet til å tilkjenne oppreisning i saker om gjengjeldelse etter varsling, og til å ilegge erstatning for økonomisk tap i enkle saksforhold. Nemndas kompetanse er imidlertid avgrenset mot saker om oppsigelse og avskjed. Slike saker må på samme måte som i dag gå gjennom domstolene.

Det er vedtatt en ny bestemmelse, § 2A-8, til arbeidsmiljøloven kapittel 2A, som bestemmer at tvister om brudd på forbudet mot gjengjeldelse etter § 2 A-4 kan bringes inn for Diskrimineringsnemnda.

De nærmere reglene om Diskrimineringsnemndas myndighet og saksbehandling mv. følger av diskriminerings-ombudsloven. Gjengjeldelsessaker har vært mulig å bringe inn for nemnda fra og med 1. juli 2021. Vedtaket fra nemda kan bringes inn for domstolene.

Rettsavklaringer fra Høyesterett i året som gikk

Oppsigelse i prøvetid – rekkevidden av arbeidssøkers opplysningsplikt

Høyesterett avsa i mars 2021 dom i en sak som gir veiledning med hensyn til adgangen til å gå til oppsigelse i prøvetiden grunnet manglende opplysninger fra arbeidstaker. Spørsmålet om rekkevidden av arbeidssøkers opplysningsplikt har ikke vært behandlet av Høyesterett tidligere.

I dommen gav Høyesterett veiledning med hensyn til adgangen til å gå til oppsigelse i prøvetiden grunnet manglende opplysninger fra arbeidstaker.

Arbeidsgivers ansvar å stille relevante spørsmål

Høyesterett kom med flere viktige avklaringer i dommen. Det ble blant annet fastslått at arbeidstaker plikter å svare sant på de spørsmål som stilles om tidligere arbeidsforhold i en rekrutteringsprosess, og at det vil være brudd på lojalitetsplikten å gi villedende eller uriktige opplysninger. Høyesterett uttalte imidlertid at det primært er arbeidsgivers ansvar å stille relevante spørsmål om tidligere arbeidsforhold, og at arbeidstaker ikke på eget initiativ plikter å opplyse om tidligere arbeidskonflikter.

Saken

Høyesterett tok i sak HR-2021-605-A stilling til om en arbeidsgiver kunne gå til oppsigelse av en arbeidstaker i prøvetiden grunnet mangelfulle opplysninger i ansettelsesprosessen.

Saken gjaldt en arbeidstaker som ble sagt opp i prøvetiden fra sin stilling som servitør på en restaurant i Oslo. Oppsigelsen skyldtes at arbeidsgiver noen uker etter tiltredelsen ble kjent med at arbeidstakeren hadde fortiet opplysninger om et tidligere ansettelsesforhold. Arbeidstakeren hadde rett forut for ansettelsen vært ansatt som servitør i en tilsvarende restaurant. Dette arbeidsforholdet ble brakt til opphør gjennom avskjedigelse på grunn av en konflikt med arbeidsgiver.

Da arbeidstakeren søkte jobb som servitør i den nye restauranten, hadde han ikke nevnt det tidligere arbeidsforholdet eller grunnen til at han sluttet der, kun andre jobber han hadde hatt. Spørsmålet for Høyesterett var om begrunnelsen for oppsigelsen – arbeidstakers fortielse om et tidligere ansettelsesforhold og en arbeidskonflikt – var tilstrekkelig for oppsigelse i prøvetiden. For å avgjøre dette, måtte Høyesterett ta stilling til rekkevidden av arbeidstakers opplysningsplikt ved ansettelse.

Forhold av vesentlig betydning for ansettelsen

I dommen ble det fastslått at den ulovfestede lojalitetsplikten i kontraktsforhold også gjelder for arbeidsavtaler. Det er imidlertid en forutsetning for informasjonsplikt at arbeidssøkeren må forstå at forholdet er av vesentlig betydning for ansettelsen. Opplysninger om tidligere arbeidsforhold vil som oftest være relevante, og arbeidssøkere kan derfor etter omstendighetene ha en plikt til på eget initiativ å gi opplysninger om ufordelaktige forhold av mer indirekte betydning. Plikten skjerpes jo tydeligere virksomheten har vært på hvilke krav som stilles. I den konkrete saken ble arbeidstakers opplysningssvikt imidlertid ikke funnet tilstrekkelig graverende. I tillegg ble det vektlagt at det ikke var noe å si på arbeidstakers prestasjoner eller pålitelighet som servitør i prøvetidsperioden. Høyesterett konkluderte derfor med at oppsigelsen var urettmessig.

Tydelighet er viktig

Dommen viser at arbeidstakers opplysningsplikt i ansettelsesprosesser vil skjerpes jo tydeligere arbeidsgiver har vært med hensyn til å beskrive hvilke kvalifikasjoner og egenskaper som kreves for stillingen, og hvilken informasjon som anses relevant å få fra søkere. Dommen er samtidig en klar påminnelse om at arbeidsgivere ved ansettelser bør være proaktive med hensyn til å etterspørre opplysninger og stille spørsmål av betydning for å vurdere arbeidstakers egnethet for den aktuelle stillingen. På spørsmål fra arbeidsgiver kan arbeidssøker da ikke gi positivt uriktig informasjon. Slike spørsmål må imidlertid ikke gå utover hva arbeidsmiljø- og diskrimineringsloven tillater.

Grefsenhjemmet – individuell ettervirkning av lønnstillegg fastsatt i særavtale

Høyesteretts dom i Grefsenhjemmetsaken har fått mye oppmerksomhet i året som gikk. Dommen kan få stor betydning for mange arbeidsgivere, men rekkevidden av Høyesteretts konklusjoner er ikke klare. Det er også flere spørsmål som gjenstår å besvares.

Normative bestemmelser
Høyesterett konkluderte i den konkrete saken med at det aktuelle lønnstillegget innebar såkalte normative bestemmelser – bestemmelser om individuelle lønns- og arbeidsvilkår – som var blitt en del av de individuelle arbeidsavtalene mellom de tariffbundne partene. Lønnstillegget hadde derfor individuell ettervirkning også etter opphør av tariffavtalen, og falt følgelig ikke bort som en direkte følge av tariffavtalens opphør.

Bortfall på annet grunnlag?
Hvilke bestemmelser i en tariffavtale som er av slik normativ karakter, må ifølge Høyesterett vurderes konkret. Det kan ikke alltid oppstilles et klart skille mellom normative og obligatoriske bestemmelser. Høyesterett var videre tydelig på at slike individuelle vilkår kan falle bort på annet grunnlag. Også en tolkning av tariffavtalen kan medføre at individuelle vilkår ikke består etter tariffavtalens opphør. Eksempelvis dersom de er i strid med den tariffavtalen som inngås (på grunn av ufravikelighetsregelen i tariffretten), eller dersom den nye tariffavtalen er ment å gi en helhetlig regulering av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår.

Hva utgjør en helhetlig regulering av arbeidstakernes lønns- og arbeidsvilkår?
Hva som eventuelt utgjør en slik helhetlig regulering, og hvor grensene her går, gir Høyesterett ingen føringer på. Spørsmålet må imidlertid behandles av lagmannsretten som følge av at Høyesterett opphevet lagmannsrettens dom. Spørsmålet om når vilkår faller bort som følge av ny tariffavtale, skal også behandles av Arbeidsretten, som er den domstolen som har kompetanse til å ta endelig stilling til om det aktuelle lønnstillegget er i strid med den nye tariffavtalen og følgelig bortfaller som følge av ufravikelighetsregelen.

Mulig ettervirkning etter opphør av tariffavtaler
Dommen medfører at individuelle bestemmelser i tariffavtale vil kunne løpe videre etter at tariffavtalen er opphørt. Dette må arbeidsgivere nå ta høyde for, eksempelvis dersom tariffavtaler vurderes sagt opp (typisk ved bytte av arbeidsgiverforening), ved virksomhetsoverdragelse eller ved inngåelse og oppsigelse av særavtaler. Det er uansett viktig å huske på at arbeidsgiver vil ha mulighet til å endre individuelle avtalevilkår innenfor visse rammer. Bestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdene, kan endres i kraft av arbeidsgivers styringsrett, og ellers ved endringsoppsigelse, eller etter samtykke fra arbeidstaker. Ny tariffavtale kan dessuten medføre at vilkårene bortfaller hvis *en tolkning av tariffavtalen* tilsier at vilkåret ikke skal gjelde hvis tariffbundetheten opphører.

Fortsatt en rekke uavklarte spørsmål

Høyesterett tok i HR-2021-1193-A stilling til om et lønnstillegg for sykepleiere ved Grefsenhjemmet, fastsatt i særavtale, falt bort ved overgang til NHOs tariffavtaler.

Frem til 2014 var Grefsenhjemmet tilsluttet arbeidsgiverforeningen Virke, og bundet av Landsoverenskomsten for helse og sosiale tjenester mellom Virke og Sykepleierforbundet. I 1998 ble det inngått en avtale der sykepleierne skulle få et lønnstillegg med formål å rekruttere og beholde sykepleiere i Oslo kommune. Lønnstillegget, kalt stabiliseringstillegg, utgjorde henholdsvis kroner 11 000 og 15 000 pr. år og skulle likestilles med ordinær lønn og inngå i pensjonsgrunnlaget til den enkelte sykepleier. Da Grefsenhjemmet sa opp den aktuelle tariffavtalen og meldte seg ut av Virke og inn i NHO, oppstod spørsmålet om sykepleierne ved Grefsenhjemmet fortsatt hadde rett på det aktuelle lønnstillegget etter at tariffavtalen som gav dem tillegget, var opphørt.

Grefsenhjemmet-dommen etterlater flere uavklarte spørsmål, og siste ord er definitivt ikke sagt. Noen av spørsmålene som gjenstår å avklare er:

- Hva skal til for at ny tariffavtale etablerer en helhetlig regulering som gjør at gamle vilkår bortfaller?
- Er det andre bestemmelser i tariffavtaler enn lønn som er omfattet av prinsippet om individuell ettervirkning, og i tilfelle hvilke?
- Gjelder prinsippet om individuell ettervirkning tilsvarende for uorganiserte ansatte som har vært omfattet av tariffavtalens virkeområde?
- Kan ny arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelse endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår etter å ha reservert seg mot overdragers tariffavtale etter aml. § 16-2 (2), eller er denne bestemmelsen nå uten praktisk betydning for adgangen til å endre individuelle lønns- og arbeidsvilkår som stammer fra overdragers tariffavtale?

Journalsnokedommen – rekkevidden av arbeidsgivers oppsigelsesadgang ved pliktbrudd fra arbeidstaker
I midten av desember 2021 kom Høyesteretts dom i en oppsigelsessak som gjaldt konsekvensen av pliktbrudd som innebar urettmessig tilgang til taushetsbelagte personopplysninger. Høyesterett konkluderte med at arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstakeren var gyldig. Dommen inneholder bl.a. en viktig klargjøring av adgangen til å utvide begrunnelsen for oppsigelsen under domstolsbehandling av oppsigelsesbeslutningen.

Brudd på helsepersonellovens forbud mot journalsnoking ble av Høyesterett karakterisert som et alvorlig brudd på arbeidstakers plikter. Det er likevel uklart om Høyesterett anser snokingen i seg selv som tilstrekkelig oppsigelsesgrunn i saken. Høyesterett vektlegger i tillegg at den ansatte hadde et anstrengt forhold til pasienten, innledet en nedlatende SMS-utveksling

med pasienten hvor hun bagatelliserte snokingen i etterkant, og unnlot å varsle arbeidsgiver.

I begrunnelsen for arbeidsgivers oppsigelse fremgikk det ikke at arbeidsgiver hadde vektlagt og begrunnet oppsigelsen med disse skjerpende omstendighetene. Det klare utgangspunktet i oppsigelsessaker er at domstolene skal vurdere oppsigelsens saklighet på det faktiske grunnlaget som forelå da arbeidsgiveren besluttet oppsigelse. Denne delen av Høyesteretts begrunnelse representerer derfor en viktig anerkjennelse av og klargjøring av at arbeidsgiver har en viss adgang til å supplere og utdype oppsigelsesgrunnlaget under domstolsbehandlingen. Det fikk for øvrig ingen betydning for rettmessigheten av oppsigelsen at arbeidstaker hadde fått gode skussmål for øvrig og stått i stilling i tre år etter hendelsen uten at det var noe å utsette på henne.

Det viktigste i dommen

Høyesterett tok i HR-2021-2389-A stilling til om arbeidsgiver hadde saklig grunnlag for oppsigelse av en helsefagarbeider som uten tjenstlig behov hadde gjort oppslag i fem dokumenter i pasientjournalen til kjærestens eks-kone. Innsynet i pasientjournalen var et klart brudd på forbudet mot pasientsnoking i helsepersonelloven § 21 a.

Hva er det viktigste å ta med seg videre fra dommen?

- Arbeidsgiver har ikke plikt til å avvente et eventuelt tilsynsvedtak før det besluttes og iverksettes arbeidsrettslige reaksjoner, og er ikke bundet av tilsynets valg av sanksjon.
- Arbeidsgiver har en viss adgang til å supplere begrunnelsen for oppsigelsen i etterkant. Suppleringsadgangen skal imidlertid praktiseres «med varsomhet» og etterfølgende forhold må ha naturlig sammenheng med den opprinnelige begrunnelsen for oppsigelsen.

Verdt å merke seg er også at arbeidstakeren gjorde gjeldende for Høyesterett at det faktum at Statens helsetilsyn kun hadde gitt henne en advarsel for bruddet på helsepersonelloven, måtte være styrende også for arbeidsgivers reaksjon, slik at arbeidsgiver da ikke kunne reagere strengere og gi oppsigelse. Dette var Høyesterett ikke enig i. Høyesterett uttalte at «verken arbeidsmiljøloven eller helsepersonelloven bestemmer at reaksjoner i det ene sporet skal koordineres med eller få konsekvenser for hva som skal besluttes i det andre sporet». Dommen bekrefter følgelig, ikke overraskende, at arbeidsgiver må gjøre sine vurderinger uavhengig av eventuelle reaksjoner knyttet til samme handling fra andre offentlige myndigheter. Slike vedtak kan imidlertid gi en viss veiledning i alvorligheten av pliktbruddet, selv om arbeidsgiver også kan stille strengere krav til yrkesutøvelsen.

Avslutningsvis foretar Høyesterett en konkret avveining mellom arbeidsgivers interesse i oppsigelsen og de negative konsekvensene for arbeidstakeren. Generelt fremheves at de negative konsekvensene for arbeidstaker vil spille en mer tilbaketrukket rolle i forholdsmessighetsvurderingen når det er arbeidstakerens pliktbrudd som begrunner oppsigelsen. Det er første gang Høyesterett benytter uttrykket «forholdsmessighetsvurdering» som betegnelse på den avsluttende rimelighetsvurderingen ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. Proporsjonalitets- og forholdsmessighetsvurderinger er innarbeidet i norsk og EU-rettslig vernelovgivning, og Høyesteretts begrunnelse og valg av terminologi på dette punktet kan lede til at rimelighetsprøvelsen ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold underlegges en klarere struktur fremover.

Lønnstrekkdommen – rekkevidden av forhåndsavtale om trekk i lønn

Helt på tampen av året kom Høyesteretts dom i en sak hvor spørsmålet var om en arbeidsgiver kunne foreta trekk i arbeidstakers lønn etter at arbeidstakeren over tid hadde fått for mye utbetalt i diettgodtgjørelse. Flertallet i Høyesterett kom til at standardklausuler i arbeidsavtaler om adgang til trekk i lønn ved feilutbetalinger er i strid med arbeidsmiljølovens strenge vilkår for lønnstrekk. Dommen betyr at mange virksomheter vil måtte legge om vanlig praksis for avtaleregulering og håndtering av feilutbetalinger.

Lønnsutbetalinger skal være forutsigbare

Selv om ordlyden i arbeidsmiljøloven om avtaler om lønnstrekk ikke oppstiller et slikt vilkår, kom flertallet i Høyesterett til at bestemmelsen krever at den avtalen lønnstrekket bygger på, må *konkretisere* det aktuelle lønnstrekket i en slik grad at arbeidstakeren beholder forutsigbarhet for sine lønnsutbetalinger. For trekk som skyldes uriktige lønnsutbetalinger, uttaler Høyesterett at avtalen «da i praksis må være inngått enten i forbindelse med feilutbetalingen eller etterpå». Den restriktive fortolkningen ble begrunnet med formålsbetraktninger og reelle hensyn – at arbeidstaker skal motta lønnen så ubeskåret som mulig, og at lønnsutbetalinger skal være forutsigbare.

Standardklausuler holder ikke

Den nye dommen fra Høyesterett vil kunne få stor betydning i praksis. Standardklausuler om adgang til trekk i lønn ved fremtidige feilutbetalinger fra arbeidsgiver, tilsvarende den som var benyttet her, er svært utbredt. Dommen innebærer at generelle forhåndsavtaler om trekk ved fremtidige feilutbetalinger ikke vil kunne danne grunnlag for lønnstrekk, fordi de ikke konkretiserer lønnstrekket nok til å sikre forutsigbarhet for arbeidstaker. Trekk i lønn som følge av feilutbetaling fra arbeidsgiver vil som utgangspunkt forutsette at trekkavtale inngås *i forbindelse med eller etter* at feilutbetalingen er oppdaget.

Det er verdt å merke seg at dommen gjelder feilutbetaling fra arbeidsgiver, og ikke stenger for forhåndsavtaler om trekk i lønn for konkrete poster som kan konkretiseres allerede på et tidligere tidspunkt, slik som trekk for avtalte husleieutgifter eller for bruk av kantine.

Ny avklaring fra EFTA-domstolen – hva er arbeidstid?

EFTA-domstolen la i en ny dom fra 2021 til grunn at selv om definisjonen av arbeidstid i Arbeidstidsdirektivet viser til nasjonal lovgivning og/eller praksis, innebærer ikke det at EØS-statene *ensidig* kan fastlegge begrepet arbeidstid. Hvorvidt den aktuelle tiden skal anses som arbeidstid eller hviletid, avhenger av om: i) arbeidstaker utfører sine arbeidsoppgaver eller plikter innenfor rammen av sitt arbeidsforhold i løpet av tiden; ii) står til arbeidsgivers disposisjon i løpet av denne tiden, og iii) må arbeide i løpet av denne tiden.

Med hensyn til reise til et annet sted enn arbeidstakers faste eller sedvanlige oppmøtested, konkluderte EFTA-domstolen med at den nødvendige tiden arbeidstaker brukte til å reise utenom alminnelig arbeidstid for å utføre sine pålagte arbeidsoppgaver eller plikter, måtte omfattes av begrepet arbeidstid. Det hadde ikke betydning om reisen var foretatt fullstendig innenfor EØS-området eller til og fra tredjeland, dersom arbeidsforholdet var etablert etter og underlagt nasjonal lovgivning i et EØS-land.

Rådgivende uttalelse

EFTA-domstolen ga i sommer en ny rådgivende uttalelse (E-11/20) om hvorvidt reisetid regnes som arbeidstid etter EUs arbeidstidsdirektiv (direktiv 2003/88/EF («Arbeidstidsdirektivet»)).

Saken gjaldt en islandsk flymekaniker som utførte arbeid som flyinspektør for den islandske transportmyndigheten ICETRA. Tvisten gjaldt spørsmålet om tiden arbeidstaker brukte på å reise mellom hjemsted og destinasjonen i utlandet i forbindelse med oppdrag for ICETRA var å anse som arbeidstid. Flyinspektøren utførte normalt arbeid innenfor normal arbeidstid, men måtte også gjennomføre inspeksjoner i utlandet overfor islandske luftfartsselskaper. Saken omhandlet i første rekke to reiser til Tel Aviv og Saudi Arabia.

Om å stå til disposisjon

Når det gjaldt vilkåret om å stå til disposisjon for arbeidsgiver i løpet av reisetiden, påpekte domstolen at arbeidstakeren var i en situasjon hvor han var underlagt arbeidsgivers instruksjonsmyndighet og måtte utføre handlinger for arbeidsgiver. Arbeidets intensitet eller resultat har ikke vesentlig betydning for definisjonen av arbeidstid. Videre påpekte EFTA-domstolen at slike perioder kun var hviletid, og dermed ikke arbeidstid, dersom arbeidstaker kunne forlate arbeidsmiljøet gjennom hvileperioder og fritt utøve egne interesser på uavbrutt vis. Det var ikke tilfellet ved flyreiser. Selv om arbeidstakeren hadde *en viss grad* av fleksibilitet og valg med hensyn til transportmiddel og reiseruter, var reisetiden nødvendig, og arbeidstakeren var fortsatt undergitt arbeidsgivers instruksjonsmyndighet. Arbeidsgiver kunne også avlyse, endre eller tilføre arbeidstakeren nye oppdrag. Det hadde da ikke betydning at det kunne være tidsrom under flyreisen med inaktivitet og hvor arbeidsgiver ikke kunne kontakte den ansatte. Det hadde heller ikke betydning om reisen fant sted innenfor eller utenfor vanlig arbeidstid.

Arbeidsmiljøloven kap. 10 om arbeidstid gjennomfører Arbeidstidsdirektivet i norsk rett, og EFTA-domstolens uttalelse har derfor betydning for om reisetid anses som arbeidstid også etter norsk rett. For ansatte som ikke har en ledende eller særlig uavhengig stilling, vil reisetid som regnes som arbeidstid, få betydning for rammene for alminnelig arbeidstid, overtid, hviletid, osv. Arbeidstidsdirektivet gir imidlertid ikke rett til lønn eller annen godtgjørelse for reisetid som er arbeidstid – det må i tilfelle utledes av arbeidsavtalen eller tariffavtale.

EFTA-domstolens uttalelse rokker ikke ved prinsippet om at reiser mellom bopel og fast oppmøtested regnes som fritid. Videre uttaler EFTA-domstolen at opphold på hotell ikke regnes som arbeidstid. Derimot kan uttalelsene forstås slik at reisetid regnes som arbeidstid for en ansatt som på nødvendig flyreise fra Oslo til New York sover eller ser på film. Uttalelsen fra EFTA-domstolen innebærer følgelig at nødvendig reisetid for utføring av arbeidstakers arbeidsoppgaver må regnes som arbeidstid også etter norsk rett, uten særlige krav til begrensninger i personlig handlefrihet eller bruk av arbeidsgivers utstyr under reisen.

Fremtidens arbeidsliv – hva kan vi vente oss i 2022?

Den nye regjeringen varslet gjennom Hurdalsplattformen av 13. oktober 2021 at forslagene fra Fougner-utvalget om fremtidens arbeidsliv vil følges opp med flere regelendringer for å styrke arbeidstakeres rettigheter og bidra til økt organisasjonsgrad i arbeidslivet.

De viktigste endringene for næringslivet fremover vil trolig være følgende:

Søksmålsrett for fagforeninger om brudd på innleiereglene

Arbeids- og sosialdepartementet har fremmet forslag om å gjeninnføre kollektiv søksmålsrett for fagforeninger ved spørsmål om ulovlig innleie fra bemanningsforetak. En tilsvarende regel gjaldt tidligere, men ble opphevet i 2015, blant annet på grunn av motstand fra arbeidsgiverorganisasjonene. Søksmål om brudd på reglene om innleie forutsetter i dag at den enkelte innleide arbeidstaker bringer sak inn for domstolene med krav om fast

ansettelse og/eller erstatning. Departementet har pekt på at innleie kan ha flere negative konsekvenser for arbeidsforhold, blant annet på grunn av kortvarige kontrakter og usikkerhet om fremtidige muligheter for arbeid. På denne bakgrunn er det foreslått at fagforeninger gis kollektiv søksmålsrett ved ulovlig innleie, herunder at fagforeninger kan reise sak i eget navn dersom de mener det foreligger brudd på innleiereglementet i virksomheter som har leid inn arbeidstakere fra bemanningsforetak. Begrunnelsen er at dette vil bidra til at arbeidsgivere i sterkere grad vil følge regelverket om ulovlig innleie. Høringsfristen utløp 14. desember 2021.

Opphevelse av fri adgang til midlertidig ansettelse i 12 måneder
Arbeids- og sosialdepartementet har lagt frem forslag om å oppheve den generelle adgangen til midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav f. Bestemmelsen gir arbeidsgiver en generell adgang til å inngå avtale om midlertidig ansettelse for en periode på tolv måneder uten at det kreves noen bestemt grunn. Forslaget kommer blant annet som en følge av at flertallet i Fougner-utvalget foreslo å fjerne denne adgangen. Forslaget ble fremmet for Stortinget 3. desember og er til behandling i arbeids- og sosialkomiteen. Tidspunkt for ikrafttredelse er ennå ikke bestemt.

Pensjon fra første krone
Det er vedtatt å innføre krav om pensjonssparing fra første krone og første dag i private tjenestepensjonsordninger. Tidligere kunne arbeidsgivere med innskuddsordninger velge å starte sparingen for sine ansatte først for inntekt over 1 G, det vil si drøyt 100 000 kroner. Muligheten til å unnta lønn inntil 1 G fra pensjonsopptjening vil nå fjernes. De til nå gjeldende minstekrav til alder og stillingsbrøk i private tjenestepensjonsordninger, erstattes av en regel om innmelding av ansatte i ordningen når lønnsinntekten overstiger grensen for rapporteringspliktig lønn. Vedtaket innebærer at den reformerte folketrygdens opptjeningsprinsipper, der all inntekt skal regnes med og gi alderspensjonsopptjening, blir gjeldende i hele det private tjenestepensjonssystemet. Dette vil ha størst relativ effekt på kompensasjonsgraden for personer i lavere inntektsgrupper. Lovendringen ble innført allerede fra nyttår, med en overgangsperiode til 1. juli 2022.

Arbeidsgiveransvar – skjerpede regler for å motvirke omgåelser
Regjeringen har varslet endringer i arbeidsmiljøloven for å stramme inn på muligheten til å omgå arbeidsgiveransvaret og sikre at den som i realiteten bestemmer hvordan arbeidet skal utføres, har rettigheter og plikter som arbeidsgiver. Det er grunn til å tro at dette rent konkret vil bety en noe videre definisjon av arbeidstaker- og arbeidsgiverbegrepet i arbeidsmiljøloven, og skjerpet bevisbyrde for arbeidsgivere. Formålet er å gjøre det enklere å nå frem for arbeidstakere i saker om arbeidstakerstatus, i tråd med Fougner-utvalgets forslag. Dette vil blant annet kunne få betydning både ved bruk av selvstendige oppdragstakere og for morselskapets arbeidsgiveransvar i konsernforhold.

Anbudsprosesser – utvidede krav til lønns- og arbeidsvilkår hos private virksomheter som deltar i offentlige anskaffelser
Regjeringen har varslet en norgesmodell med nasjonale seriøsitetskrav for alle offentlige anskaffelser. Forslaget er begrunnet i økt innsats mot sosial dumping og arbeidslivskriminalitet, men må trolig ses i sammenheng med regjeringens ambisjon om å sikre norske leverandører og arbeidsplasser i konkurransen med utenlandske aktører med utenlandsk arbeidskraft. Det er grunn til å tro at dette i praksis vil medføre at terskelverdiene i forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter endres eller fjernes, og at virkeområdet utvides slik at kravene ikke kun gjelder kontrakter innen bygg- og anlegg. Det er videre grunn til å forvente økt allmenngjøring av tariffavtaler.

Andre varslede endringer
Andre varslede endringer er blant annet et lovarbeid for å begrense bemanningsbransjens omfang og rolle, samt klargjøringer av regelverket for utsendte arbeidstakere. Regjeringen har også varslet at de vil fortsette arbeidet for hele og faste stillinger i norsk arbeidsliv, gjennom en mulig snudd bevisbyrde ved bruk av deltid og styrking av fortrinnsretten til økt stilling. Forslag om at plikten til å tilby annet passende arbeid, og at fortrinnsrett til nytt arbeid, skal gjelde i hele konsernet eller gruppen, og ikke bare selskapet som sådan, var også på høring i slutten av 2021. De varslede endringene er imidlertid lite konkrete og vil trolig ta tid.

Lovutvalgets viktigste forslag

Lovutvalget, ledet av partner i Wiersholm, Jan Fougner, presenterte den 23. juni 2021 sin rapport «Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv», NOU 2021: 9 for Arbeids- og sosialdepartementet. NOU-en ble sendt på høring med frist 1. november 2021.

Lovutvalget har blant annet vurdert utviklingen i bruken av ulike tilknytningsformer for utføring av arbeid, og om endringer i hvordan næringslivet og virksomheter blir organisert fører til behov for endringer i arbeidslivsreguleringene.

Oppsummert innebærer de viktigste forslagene fra lovarbeidet følgende:

- Tydeliggjøring av arbeidstakerbegrepet
- Tydeliggjøring av arbeidsgiveransvaret
- Tydeliggjøre grensen mellom leie og entreprise
- Styrking av arbeidstakermedvirkning
- Klargjøring av midlertidighet