Anette Hemmingby

Ensidig endring av økonomiske ytelser i arbeidsavtaleforhold

GYLDENDAL

ANETTE HEMMINGBY

ENSIDIG ENDRING AV ØKONOMISKE YTELSER I ARBEIDSAVTALEFORHOLD

GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2021
1. utgave, 1. opplag 2021

ISBN 978-82-05-55697-3
Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk
Layout: BØK Oslo AS
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: 10,5/15 pkt

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Akademisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/akademisk
akademisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Denne boken er en bearbeidet versjon av avhandlingen jeg skrev som stipendiat ved Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, og som jeg forsvarte for graden philosophiae doctor 22. april 2021. Bedømmelseskomitéen besto av professorene Alf Petter Høgberg, Rune Sæbø og Ann Numhauser-Henning. Jeg vil takke komitéen for deres arbeid og for en fin og interessant disputas med inspirerende diskusjoner. Med bakgrunn i bedømmelseskomitéens innspill har jeg foretatt enkelte justeringer i teksten, og boken er søkt ajourført frem til 20. juni 2021.

Et doktorgradsarbeid er sjelden noe man gjør alene, og jeg har vært heldig som har hatt med meg så mange inspirerende og støttende mennesker på veien. Både kollegaer, familie og venner fortjener en stor takk. Noen skal imidlertid fremheves særskilt. For det første gjelder det mine tre veiledere, professor Stein Evju, professor Johann Mulder og førsteamanuensis Herman Bruserud. På hver sin måte har de med sin kunnskap og interesse vært en uvurderlig støtte gjennom avhandlingsløpet.

Professorene Giuditta Cordero-Moss og Kirsti Strøm Bull fortjener også en særlig takk. Giuditta har hatt rollen som mentor gjennom prosjektet og hele veien bidratt med interesse, støtte, gode råd – og utallige kaffekopper. Kirsti har vært en god samtalepartner og gitt verdifulle innspill. De har begge vært en inspirasjon i arbeidet.

Jeg har hatt en flott tid som stipendiat ved Institutt for privatrett. Instituttledelsen, særlig ved Eli Knotten, fortjener en stor takk for å ha lagt til rette for et godt arbeidsmiljø. Takk også til Bodil Silset, Mona Østvang Ådum og Siri Vinger for all praktisk bistand. Miljøet i Arbeidsrettsgruppen må fremheves særskilt. Jeg er utrolig heldig som har fått være en del av dette rause og berikende fagmiljøet. En stor takk til Eva Folkow, Melanie Hack, Andreas van den Heuvel, Marianne Hotvedt, Marie Nesvik,

Alexander Skjønberg, Terese Smith Ulseth og Kurt Weltzien samt vitenskapelige assistenter. Jeg skylder også Arbeids- og sosialdepartementet en stor takk for å ha tilrettelagt for dette fagmiljøet gjennom prosjektet Arbeidsrettslig fagutvikling (Arfa).

I begynnelsen av prosjektet fikk jeg muligheten til å tilbringe et semester ved Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) ved Universitetet i Trier. Det var et svært lærerikt opphold, og professor Monika Schlachter fortjener en særlig takk som så raust inkluderte meg i sin forskergruppe ved instituttet. Biblioteket ved IAAEU er i særklasse, og også de ansatte der, med Renate Pichler i spissen, fortjener en stor takk. Gjennom deres organisering og arbeid fikk jeg tilgang til litteratur som var til stor hjelp i arbeidet med avhandlingen. Takk også til E.On, som finansierte oppholdet, og derved gjorde det mulig å gjennomføre.

I sluttfasen av avhandlingsarbeidet ble jeg ansatt ved Institutt for rettsvitenskap og styring ved Handelshøyskolen BI. En stor takk til mine gode kollegaer, som hver dag yter sitt for et utrolig godt og oppbyggelig miljø. En særlig takk til Tore Bråthen, som ansatte meg, til Monika Viken for tilrettelegging slik at jeg kunne fullføre avhandlingen, og til faggruppen som ønsket meg velkommen til BI – med Gina Bråthen og Jan Fougner i spissen. Takk også til Morten Kinander, som fra ledelsens side bygger opp under, inspirerer og fasiliterer slik at BIs arbeidsrettsgruppe kan vokse og utvikles.

Også venner og familie fortjener en varm takk. Jeg er heldig som har så mange gode venner, og de har alle på sin måte vært en kjærkommen adspredelse og støtte gjennom hele prosessen. De har vist overbærenhet med meg når jeg har vært distré, og støttet meg når jeg har vært usikker. Mine barndomsvenninner Ellen Sjåstad og May Irene Bækkevold fortjener en særskilt takk. Dere har alltid vært der og tålmodig hørt på mine endeløse utlegninger og frustrasjoner.

Min nærmeste familie, mine fantastiske foreldre, min søster Charlotte og svoger Paal fortjener også en stor takk. Dere har alltid hatt troen på meg og dratt lasset sammen med meg på en måte som overgår det meste. Uten deres hjelp og støtte ville det aldri gått, og jeg skylder dere alt.

Til slutt, mine aller kjæreste, Magnus, Amalie og Henrik: Dere beriker hver eneste dag i livet med alle spillopper og påfunn. Samtidig har dere vært utrolig tålmodige gjennom avhandlingsprosessen. Dere betyr alt for meg, og boken tilegnes dere.

Kjeller, 1. oktober 2021
Anette Hemmingby

Til Magnus, Amalie og Henrik

Innhold

FIGURER 15
PROLOG 17

DEL I INTRODUKSJON 21

KAPTITTEL 1 PRESENTASJON AV BOKEN 22
1.1 Tema 22
1.2 Bakgrunn for valg av avhandlingstema og problemstillingenes aktualitet 23
1.3 Utgangspunkter og presiseringer 25
1.3.1 Arbeidsavtalen og arbeidsavtaleforholdet 25
1.3.2 Endring i det bestående arbeidsforhold 27
1.3.3 Bokens tema i relasjon til arbeidsgivers styringsrett 28
1.3.4 Økonomiske forpliktelser: lønn, lønnslignende ytelser og vederlag . . . 29
1.3.5 Problemstillingens motstridende hensyn 31
1.3.6 Spenningsfeltet mellom makt og vern 31
1.4 Nærmere om forskningsspørsmålet 33
1.5 Enkelte avgrensninger 37
1.5.1 Avgrensning mot andre endringsmåter 37
1.5.2 Avgrensning mot endring av ulike andre vilkår i arbeidsavtaleforholdet . . 38
1.5.3 Ytterligere avgrensninger, spesielle temaer og situasjoner 39
1.6 Et arbeidsliv i balanse 41

KAPTITTEL 2 METODE OG KILDER 47
2.1 Formål og perspektiv 47
2.2 Rettskildebildet 50
2.2.1 Innledning 50
2.2.2 Lovgivning og forarbeider 51
2.2.3 Rettspraksis 51
2.2.4 Bokens analyser i relasjon til annen litteratur om temaet 56
2.2.5 Forholdet til utenlandsk rett og bruken av utenlandske rettskilder ... 58

KAPTITTEL 3 BOKENS OPPBYGNING OG SYSTEMATIKK 62

DEL II RETT OG PLIKT I ARBEIDSAVTALEFORHOLDET. INNHOLDET I GJENSIDIGHETSRELASJONEN 67

KAPTITTEL 4 STYRINGSRETT SOM GRUNNLAG FOR ENDRING 68
4.1 Innledning 68
4.2 Utvikling og aksept av styringsretten i rettsordenen 70
4.3 Styringsrettsbegrepet 74
4.4 Styringsrettens normative virkning 78
4.5 Styringsrettens grenser i relasjon til spørsmålet om endring av økonomiske ytelser 81
4.6 Oppsummering 84

KAPTITTEL 5 ARBEIDSAVTALEFORHOLDET – RELASJONEN MELLOM PARTENE 85
5.1 Innledning 85
5.2 Arbeidsavtalen 86
5.3 Asymmetri og underordning 93
5.4 Innholdet i gjensidighetsrelasjonen 96
5.5 Oppsummering 101

KAPTITTEL 6 BINDINGSSPØRSMÅLET – HVA ER AVTALT MELLOM PARTENE? 103
6.1 Innledning 103
6.2 Eksempler. Bindingsproblematikken i praksis 104
6.3 Et «relativt» bindingsspørsmål 105

6.4 Når blir arbeidsgiveren bundet til å opprettholde den økonomiske ytelsen? Vurderingsutgangspunkter 108
6.4.1 Et avtalerettslig fortolkningsutgangspunkt både ved tilblivelse og innhold 108
6.4.2 Ytelser basert på ensidig disposisjon, binding og aksept 111
6.4.3 Arbeidstagerens forventning om at ytelsen skal bestå 114
6.5 Oppsummering 118

KAPTITTEL 7 ØKONOMISKE YTELSERS INNHOLD OG KLASSIFISERING 119
7.1 Innledning 119
7.2 Hva er «økonomiske ytelser»? 121
7.2.1 Innledende om økonomiske ytelser 121
7.2.2 Enkelte grunnleggende fellestrekk og skillelinjer 122
7.2.3 Særtrekk ved lønn 126
7.2.3.1 Innledning 126
7.2.3.2 Ulike typer lønnssystemer 126
7.2.3.3 Lønnsbegrepets varierende innhold 128
7.2.4 Tilleggsytelser 138
7.2.4.1 Hva er tilleggsytelser? 138
7.2.4.2 Typetilfelle 1: bonus 140
7.2.4.3 Typetilfelle 2: pensjonsytelser 142
7.3 Et skille avhengig av merkelapp? 143
7.4 En kost-/nyttevurdering? 144
7.5 Oppsummering 146

DEL III ENDRINGSBEGRENSNINGER OG AVVEININGER 149

KAPTITTEL 8 UTGANGSPUNKTER 150
8.1 Innledning 150
8.2 Presumsjon for endringsrett 151
8.3 Endringspresumsjonens rekkevidde og betydning 152
8.4 Oppsummering og konklusjon 157

KAPTITTEL 9 ENDRINGSBEGRENSNING GJENNOM LOV OG AVTALE . . 159
9.1 Innledning 159
9.2 Skranker for endring i lov forskrift og tariffavtale 160

9.3 Det individuelle arbeidsavtaleforholdet som begrensning for endringsadgang . . 168
9.3.1 Innledning 168
9.3.2 Avtaletolkning og avkall 169
9.3.2.1 Løfte og binding som avkall på styringsrett 169
9.3.2.2 Krav om en viss terskel for at avkall skal ansees å være gitt 172
9.3.2.3 Krav til klarhet ved avkall 174
9.3.2.4 Særlig om betydningen av avtalt endringsadgang 184
9.3.3 Om vesentlighet 186
9.3.3.1 Endringen må være «innenfor rammene av det avtalte» 186
9.3.3.2 Nærmere om vesentlighetsbegrensningen 188
9.4 Oppsummering og konklusjon 193

KAPTITTEL 10 ENDRINGSBEGRENSNING GJENNOM KRAV TIL SAKLIGHET 195
10.1 Innledning 195
10.2 Utviklingstrekk og rettskildemessig grunnlag 197
10.3 Saklighetskravets rammer og innhold 205
10.3.1 Innledning 205
10.3.2 Vertikal og horisontal saklighet 207
10.3.3 Generell saklighet og individuell saklighet 211
10.3.4 Den konvensjonelle «nedre grense». Forbud mot «misbruk av styringsretten» 216
10.3.5 Er saklighetsvurderingen ved endring av ytelser en minimumsvurdering, eller skal rimelighetsvurderinger inkluderes? 221
10.4 Ekskurs: saklighet som generelt arbeidsrettslig prinsipp 228
10.5 Oppsummering og konklusjon 235

KAPTITTEL 11 RIMELIGHETSVURDERINGER 237
11.1 Innledning 237
11.2 Rimelighetsvurderinger i litteratur og praksis 239
11.3 En sammensatt vurdering 251
11.4 Ulike vurderinger og momenter i interesseavveiningen 257
11.4.1 Innledning 257
11.4.2 Vernehensynets gjennomslag og styrkeforholdet mellom partene . . 259
11.4.3 Partenes ulike behov 261
11.4.4 Påregnelighet og partenes forventning 263
11.4.5 Ytelsens tilblivelse: ensidig etablert ordning eller fremforhandlet løsning? 268
11.4.6 Om betydningen av praksis og sedvane 270
11.4.7 Ytelsen i tid: iverksatte ytelser, opptjente rettigheter og fremtidsløfter . . 274
11.4.8 Forholdsmessighet ved endring: krav til overvekt? 278

11.4.9 Endringens intensitet 283
11.4.10 Særlig om betydningen av ytelsens art 284
11.4.10.1 Økonomiske ytelser i en særstilling? 284
11.4.10.2 Beskyttelse for alle former for økonomiske ytelser? 289
11.5 Hensynet til objektive faktorer og samfunnsutvikling 295
11.6 Hensiktsmessighet, nødvendighet og optimalitet 299
11.7 Om betydningen av «prekær situasjon» 301
11.8 Et rettspolitisk poeng: fortolkning i et spenningsfelt – hensynet til fleksibilitet og vern 308
11.9 Oppsummering og konklusjon 310

DEL IV KONTROLL OG KONSEKVENSER 313

KAPTITTEL 12 DOMSTOLSKONTROLL VED ENDRING: PRØVELSESRETT OG PRØVELSESINTENSITET 314
12.1 Innledning 314
12.2 Utgangspunkter 316
12.3 Begrenset kompetanse? 319
12.4 Skillet mellom hensiktsmessighet, optimalitet og nødvendighet 331
12.5 Lojalitetsplikt som grunnlag for full prøvelsesrett 334
12.6 Særlige hensyn ved endring av økonomiske ytelser? 335
12.7 Oppsummering og konklusjon 336

KAPTITTEL 13 VIRKNINGER AV URETTMESSIGE ENDRINGER 338
13.1 Innledning 338
13.2 Utgangspunkt ved vurderingen av arbeidsgiverens mislighold 340
13.3 Plikt til retting og erstatning 341
13.4 Heving av arbeidsavtalen 344
13.5 Arbeidsavtalens hovedinnhold 346
13.6 Særlig om vurderingen når det gjelder økonomiske forpliktelser 352
13.7 Endring av økonomiske ytelser ved degradering 355
13.8 Om (det ikke-eksisterende) fenomenet endringsoppsigelse 357
13.8.1 Hva er «endringsoppsigelse»? 357
13.8.2 Ekskurs: et blikk mot øst: «uppsägning för omreglering» 367
13.9 Anledning til «delvis» eller «partiell» oppsigelse? 372
13.10 Oppsummering og konklusjon 374

DEL V AVSLUTTENDE KAPITLER 377

KAPITTEL 14 ENKELTE REFLEKSJONER: FORTID, NÅTID OG FREMTID 378
14.1 Perspektivenes relevans og tilknytning til forskningsspørsmålet 378
14.2 Utgangspunkt: reglenes utvikling i takt med samfunnsutviklingen 380
14.3 Økt oppmerksomhet på menneskeverd gjenspeiles i lovregler som reflekterer vern av arbeidstagerens interesser 382
14.4 Mot nåtidig regulering: eierskap og vern som motpoler? 383
14.5 De arbeidsrettslige reglene og fremtiden 384
14.6 Oppsummering 387

KAPITTEL 15 AVSLUTTENDE BEMERKNINGER 388
15.1 Innledning 388
15.2 Nærmere om de ulike funnene 389
15.2.1 Utgangspunkt: gjensidighetsrelasjon og gjensidighetsvirkning 389
15.2.2 Økonomiske ytelsers mangfold 389
15.2.3 Det relative bindingsspørsmålet 390
15.2.4 Endringspresumsjon der blokkering ikke foreligger 390
15.2.5 Det ulovfestede saklighetskravet og dets innhold 391
15.2.6 Domstolskontroll av endringsbeslutninger 391
15.2.7 Virkninger 392
15.3 Konklusjon 392

LITTERATUR 394
KILDEREGISTER 414
STIKKORD 424

Figurer

Maktoverføring 43
Pendelbevegelser 44
Balanse uten likevekt 45
Styringsretten som restkompetanse 83
Eksempler på ulike tilleggsytelser 139
Rimelighetsvurderinger 256
Saklighetskravets innhold 256
Balanse, dog uten likevekt 283
Ulike former for vurderinger 311

Prolog

Stemningen i møterommet er amper. Det er tidlig lørdag morgen, og ledergruppen i Endring AS er samlet for å diskutere den siste månedens dramatiske utvikling. Foruten administrerende direktør er også selskapets markedsdirektør, økonomidirektør, juridiske direktør, tekniske direktør og prosjektdirektør til stede.

Tidspunktet for møtet er valgt fordi det ikke er ønskelig at noen av de øvrige 120 ansatte i selskapet overhører det som blir diskutert. Den økonomiske situasjonen i selskapet er i ferd med å bli kritisk, og det er nødvendig med drastiske tiltak dersom selskapet skal unngå konkurs.

Endring AS er et selskap som opererer i et relativt smalt nisjemarked. Bedriften har spesialisert seg på å lage og selge pakkeløsninger til sykehus. Prosjektene er få, men store og inntektsbringende. Strategien har vært å satse på lave omkostninger og høy inntjening. God planlegging og prosjektgjennomføring skal redusere risikoen som foreligger ved denne typen forretningsdrift.

Endring AS har kunder over hele verden. En av de største og viktigste er det norske Forsvaret gjennom innkjøpsorganisasjonen FLO (Forsvarets logistikkorganisasjon).

Gjennom de siste tre årene har en stor gruppe ansatte arbeidet med et prosjekt der hovedoppgaven har vært å sy sammen løsninger slik at norske militære feltsykehus i utlandet er best mulig utrustet når det gjelder medisinsk utstyr. Hovedtyngden har vært utrustning av flyttbare operasjonssaler. Prosjektet er stort og representerer en vesentlig del av omsetningen i Endring AS. Betaling fra Forsvaret er kontraktsfestet til å skje i tre faser – eller «milestones». Den første tredjedelen forfalt til betaling ved prosjektets oppstart. Dette sikret firmaet den nødvendige økonomiske ryggraden for

at arbeidet kunne starte. Ytterligere en tredjedel forfaller til betaling ved levering, mens den siste tredjedelen skal betales ved godkjennelse og overtagelse.

Prosjektet er i avslutningsfasen, og levering av materialet står på trappene. Forsvaret har imidlertid opplevd en intern økonomisk krise som gjør at alle innkjøp midlertidig er stanset. Ifølge den informasjonen ledelsen i Endring har mottatt, ser ikke innkjøpene ut til å være annullert, men det kan ta tid før leveringen får «godkjentstatus» og pengene blir overført.

Innkjøpskostnadene og lønnskostnadene har vært store for å kunne gjennomføre prosjektet, og Endring har satset alt på at levering skulle skje uten store forsinkelser. De snevre tidsmessige marginene var årsaken til at Endring kunne legge seg så lavt i pris, og dermed også en av forutsetningene for å kunne vinne i anbudskonkurransen.

Det er nå kommet signaler om at levering står på vent, og godkjennelse av prosjektet – og dermed oppgjør – kan bli inntil seks måneder forsinket på grunn av situasjonen som har oppstått.

For Endring betyr dette full krise. Selskapet er relativt ungt og har ikke tilstrekkelig solid økonomi til at de neste seks månedenes utgifter kan dekkes opp uten at betalingen fra hovedkunden FLO kommer inn som planlagt. Ledelsen har forhørt seg med sine bankforbindelser, men banken er ikke villig til å yte kreditt i en slik størrelsesorden uten at også andre grep iverksettes i organisasjonen.

Ledergruppen er derfor samlet for å diskutere hvorledes selskapet skal håndtere krisen. Alle alternativer til konkurs skal vurderes og alle muligheter utprøves.

En mulig løsning på krisen er å permittere alt annet enn kjernepersonell inntil betalingen kommer. Arbeidsmarkedet er imidlertid «støvsugd» for den type ingeniørkompetanse som firmaet har, og ved å permittere vil risikoen for at kompetansen forsvinner fra selskapet, være svært høy. I ledergruppen er det derfor enighet om å forsøke å finne andre løsninger enn permitteringer.

Utgiftene må imidlertid ned – på den ene eller den andre måten. Spørsmålene som diskuteres, er mange. Kan de direkte lønnsutgiftene senkes ved å kutte noe i alles lønn? Er dette i det hele tatt tillatt, og i så tilfelle – hvor mye kan det eventuelt kuttes? Flere av de ansatte har relativt gode bonusordninger. Kan disse bonusordningene endres, og hvorledes skal en slik nedleggelse av bonusordningen gjennomføres? I tillegg har alle ansatte i Endring AS både en svært god pensjonsordning, gratis medlemskap i Volvat Helse samt en relativt god – men dyr – tannhelseforsikring. Disse ekstraytelsene koster selskapet en betydelig sum i året. Kan disse ytelsene fjernes?

Alternativet til å gjennomføre disse grepene vil antagelig være at Endring AS må legge ned enkelte avdelinger og gå til oppsigelser, noe ledergruppen gjerne vil unngå.

Spørsmålet er dermed om og hvorledes de ulike nevnte utgiftene kan reduseres – for på den måten å redde selskapet gjennom den tunge tiden som kommer før prosjektet kan sluttføres. Skal endringene være like for alle? Kan det gjennomføres selv om noen protesterer? Hva sier avtalene til de ulike ansatte?

Diskusjonen går høylytt mellom de ulike medlemmene av ledergruppen, uten at løsningen synes å være innen rekkevidde.