

# Midlertidighet og oppsigelighet

## En studie i rettskilder og rettskildebruk

Av Stein Evju\*

### Innholdsoversikt

<b>1</b>	<b>En dom og et større tema</b> .....	341
<b>2</b>	<b>Høyesteretts resonnementer og konklusjon</b> .....	342
<b>3</b>	<b>Lovlesningen</b> .....	343
<b>4</b>	<b>Lovhistorie og lovforarbeider</b> .....	345
	4.1 Lovbestemmelsene fra 1936 til idag .....	345
	4.2 Lovforarbeidene i lengdesnitt .....	346
	4.3 En sammenfatning .....	348
<b>5</b>	<b>Litteratur og kommentarer</b> .....	349
	5.1 Kommentariatet – Linjen Rømcke – Friberg – Fougner/Holo .....	349
	5.2 Linjen Rømcke – Friberg – Fougner/Holo – en sammenfatning.....	355
	5.3 Annen litteratur .....	358
	5.4 En oppsummering om litteraturen.....	361
<b>6</b>	<b>Sluttord. Høyesteretts rettskildeanvendelse og konsekvenser</b> .....	362

## 1 En dom og et større tema

Høyesterett har dømt om profesjonelle fotballspillers stillingsvern, i Rt. 2012.168 (dom av 2. februar 2012, HR-2012-00262-A). På veien til målet uttalte retten seg også om midlertidige arbeidsavtaler og hvorvidt slike kan sies opp i kontraktsperioden. Det er dette siste som er tema i det følgende. I dommen bygget Høyesterett på en lovlesning og enkeltuttalelser i forarbeider og litteratur. Ut fra dette er det formulert en slags presumsjonsregel om oppsigelsesadgang i det tidsrom en midlertidig ansettelse løper. Det kursoriske i Høyesteretts behandling av spørsmålet egger til motsigelse. Det er min oppfatning at Høyesteretts rettsoppfatning er dårlig forankret. Bildet kan ikke så sjelden bli et annet hvis man går rettskildematerialet nærmere inn på klingen. Det er hovedoppgaven og opplegget i det følgende. Temaet har dessuten en sammenhengs- og konsekvensdimensjon. Den kommer jeg tilbake til avslutningsvis.

---

\* Stein Evju (f. 1946), cand. jur. (1975), er professor i arbeidsrett (UiO) og bl.a. leder for Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for privatrett.

## 2 Høyesteretts resonnementer og konklusjon

I saken for Høyesterett var forholdet at de to fotballspillerne hadde tidsbestemte kontrakter med klubben, slik det normale er for profesjonelle idrettsutøvere. Spørsmålet var om de kunne sies opp i kontrakts tiden. Det ble regulert av et særskilt regelverk forankret i idrettsorganisasjonens reglementer og standarder. Men før Høyesterett gikk inn på dette, tok førstvoterende opp spørsmålet om oppsigelsesadgang for midlertidige arbeidsavtaler. Dommer Tønder (for flertallet på tre) uttalte at

«Før jeg går inn på spørsmålet om hvilken adgang som forelå til å si opp Hakala og Reinertsen, kan det være grunn til å se på hva som er lovens hovedregel når det gjelder adgangen til å si opp midlertidig ansatte i kontraktstiden» (avsnitt 48).

Derefter siterte han arbeidsmiljølovens<sup>1</sup> § 14-9 femte ledd første og andre punktum, som han anså at «gjelder opphør av midlertidig ansatte» [*sic*] (avsnitt 48), og fremholdt at bestemmelsenes ordlyd «peker i retning av at midlertidige ansettelsesforhold ikke kan bringes til opphør i kontraktsperioden, men at en oppsigelsesadgang kan følge av *skriftlig* avtale eller tariffavtale» (avsnitt 49; min kursivering). En slik forståelse av loven, uttalte han videre, «støttes av lovens forarbeider ... og er også antatt i teorien» (avsnitt 50).

Ut fra dette formulerte dommer Tønder en presumsjonsregel som følger:

«... at midlertidige arbeidsavtaler som utgangspunkt ikke kan sies opp etter arbeidsmiljølovens ordinære oppsigelsesregler så lenge arbeidsavtalen løper, med mindre annet følger av avtale. Hvis det er avtalt alminnelig oppsigelsesadgang, må arbeidsmiljøloven § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse gjelde» (avsnitt 51).

Annenvoterende, dommer Webster (for mindretallet på 2),<sup>2</sup> gav i realiteten uttrykk for samme syn. Hun uttalte:

«Arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd første setning bestemmer at det kan avtales unntak fra utgangspunktet om at midlertidige avtaler er uoppsigelige i kontraktsperioden. Partene står fritt til å utforme unntakene, men arbeids-

<sup>1</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

<sup>2</sup> Mindretallet kom til samme konklusjon som flertallet, bare med en noe annen begrunnelse med hensyn til oppsigelsesreguleringen.

miljølovens krav om saklig grunn er en absolutt skranke for arbeidsgiverens rett til oppsigelse» (avsnitt 98).

Den støtten i forarbeider og teori førstvoterende påberopte, var med referanser til «Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 164, Friberg, Arbeidsmiljøloven med kommentarer (1978) side 303 og Fougner og Holo, Arbeidsmiljøloven med kommentarer (2006) side 664».

Det første som faller i øynene, er det snevre og selektive grunnlaget førstvoterende dermed støtter seg på. Man undres uvegerlig på om Høyesterett ikke har fått et bredere rettskildegrunnlag presentert, eller om man har valgt å skyve annet materiale til side. Det er ihvertfall mer å feste seg ved.

### 3 Lovlesningen

I arbeidsmiljølovens § 14-9 femte ledd første punktum heter det:

«Midlertidige arbeidsavtaler opphører ved det avtalte tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale.»

Det er denne bestemmelsen som har interesse her. Den er identisk med den tidligere arbeidsmiljølovens<sup>3</sup> § 58 A nr. 2, som igjen tilsvarte lovens opprinnelige § 58 nr. 7 første ledd. Bestemmelsen var ny med loven av 1977. Det var først da det ble gitt regler om materielle begrensninger i adgangen til midlertidig ansettelse. Bestemmelsen har likevel en forhistorie, som vi skal se.

Først er det grunn til å se på *lovteksten* og utlegningen av den. Dette har to fasetter. Både førstvoterende og annenvoterende i høyesterettssaken leste formuleringen «med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale» slik at den gjelder for opphør *i* kontraktstiden. Selv om dommer Webster ikke sa det uttrykkelig, bygget begge også på at en avtale om adgang til oppsigelse i kontraktstiden må være *skriftlig* (som individuell avtale eller som tariffavtale).

Ingen av disse lesemåtene er selvinnlysende. Strengt tatt er de heller ikke nærliggende. Utgangspunktet etter § 14-9 femte ledd første punktum er at en midlertidig arbeidsavtale faller bort «av seg selv», automatisk, ved utløpet av kontraktstiden eller ved avslutningen av det

<sup>3</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

bestemte arbeidet. Reservasjonen «med mindre noe annet er» avtalt kan forstås slik at den knytter seg til dette utløpet, det vil si at opphør ved *utløpet* av kontraktstiden ikke inntreer automatisk hvis noe annet er avtalt. Som vi skal se, er det intensjonen.

Det neste knytter seg til dette. Hvis det skal kreves en *skriftlig* avtale om adgang til oppsigelse i kontraktstiden, er spørsmålet umiddelbart hvor mye som skal kreves av form og uttrykkelighet for at skriftlighetskravet kan anses oppfylt. Dette vil selvsagt gjelde også hvis skriftlighetskravet bare knytter seg til avtaler om utløpet av kontraktstiden. I begge tilfeller blir det spørsmål om den skriftlige avtalen kan inngå per henvisning i, eller må komme direkte til uttrykk i, en – ofte efterfølgende – «skriftlig arbeidsavtale» etter arbeidsmiljølovens § 14-5 flg. Det leder videre til spørsmål om den eventuelle betydningen av at en slik opphørsbestemmelse ikke er tatt med i en «skriftlig arbeidsavtale». Det vil som utgangspunkt ikke avskjære muligheten til å påberope bestemmelsen, men utelatelsen vil ha bevisvirkning med hensyn til om en skriftlig avtale foreligger ved siden av.

Den ledende avgjørelsen om bevisspørsmålet etter Direktiv 91/533/EØF, som bestemmelsene i arbeidsmiljølovens § 14-5 flg. gjennomfører i norsk rett, er fortsatt *Kampelmann*-dommen<sup>4</sup> fra 1997. Der uttalte EF-domstolen:

«(32) That objective would not be achieved if the employee were unable in any way to use the information contained in the notification referred to in Article 2(1) as evidence before the national courts, particularly in disputes concerning essential aspects of the contract or employment relationship.

(33) The national courts must therefore apply and interpret their national rules on the burden of proof in the light of the purpose of the Directive, giving the notification referred to in Article 2(1) such evidential weight as to allow it to serve as factual proof of the essential aspects of the contract of employment or employment relationship, enjoying such presumption as to its correctness as would attach, in domestic law, to any similar document drawn up by the employer and communicated to the employee.»

---

<sup>4</sup> Joined cases C-252/96 – C-258/96 *Helmut Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe* (Cases C-253/96 to C-256/96), and *Stadtwerke Witten GmbH v Andreas Schade* (Case C-257/96), and *Klaus Haseley v Stadtwerke Altena GmbH* (Case C-258/96) [1997] EFD I-6923.

Det som står igjen, er at hvis man som Høyesterett anlegger den første lese måten – det vil si at sluttformuleringen om opphør hvis ikke annet er avtalt, refererer seg til opphør *i* kontraktstiden – blir kravet om skriftlighet en uomgjengelig følge. Det springende punktet er for såvidt det første leddet i resonnementet. Men sammenhengen mellom de to fasettene har betydning for forståelsen av dette første leddet. Jeg kommer tilbake til lovlesningen nedenfor, fordi det gir best sammenheng å se på lovforståelser i den konteksten de inngår i.

## 4 Lovhistorie og lovforarbeider

### 4.1 Lovbestemmelsene fra 1936 til idag

Lovbestemmelser om *begrensning* av adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler – for en viss tid eller for et bestemt arbeid– var en nydannelse med § 58 nr. 7 i arbeidsmiljøloven av 1977. Tidligere arbeidervernlover inneholdt ingen materielle skranker for adgangen til å inngå midlertidige arbeidsavtaler. De hadde likevel bestemmelser om avtaleformen.

Oppsigelsesvern var en nyskaping med arbeidervernloven av 1936.<sup>5</sup> Bestemmelsene omfattet også oppsigelsesfrister, som tildels skilte seg fra det som var alminnelig før den nye loven. Lovens § 33 nr. 1 første ledd inneholdt de alminnelige reglene om oppsigelsesfrister. I annet ledd het det:

«Bestemmelsen i dette avsnitt gjelder ikke for arbeider som uttrykkelig er ansett på prøve eller til utførelse av et bestemt arbeid av forbigående art.»

Denne bestemmelsen kommer igjen i arbeidervernloven av 1956, men da med et tillegg om oppsigelsesadgang og oppsigelsesfrist under kontraktsperiodens løp. I lovens § 41 nr. 1 het det:

«Bestemmelsen i dette avsnitt gjelder ikke for arbeider som uttrykkelig er tilsatt på en bestemt prøvetid eller til å utføre et bestemt arbeid av forbigående art. *Medmindre annet følger av arbeidsforholdet, kan dette før prøvetidens utløp eller før det bestemte arbeid er avsluttet, bringes til opphør* med 1 dags varsel» (mine kursiveringer).

Bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 14-9 femte ledd første punktum er reelt sett den samme som ble tatt inn i § 58 nr. 7 første ledd i

<sup>5</sup> Lov 19. juni 1936 om arbeidervern.

arbeidsmiljøloven av 1977, og er identisk med formuleringen i § 58 A nr. 2. Ved lovendringene i 1995<sup>6</sup> ble bestemmelsene om midlertidige ansettelser skilt ut fra § 58 om oppsigelsesfrister og bygget ut i en ny § 58 A. I den opprinnelige formen, i § 58 nr. 7, lød bestemmelsen slik:

«Arbeidsavtaler som er inngått for et bestemt tidsrom, eller for et bestemt arbeid av forbigående art, opphører ved tidsrommets utløp, eller når det bestemte arbeid er avsluttet, med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale.»

Bestemmelsen knyttet seg til den genuine nyskapningen, begrensningene i adgangen til å inngå arbeidsavtaler som gjøres midlertidige i lovens § 58 nr. 7 annet ledd, som likeledes ble bygget ut i den senere § 58 A, som igjen er videreført i den någjeldende lovens § 14-9.

#### 4.2 *Lovforarbeidene i lengdesnitt*

Den bestemmelsen som ble tatt inn i arbeidervernloven av 1936, ble idet hele tatt ikke kommentert i lovforarbeidene.<sup>7</sup> I proposisjonen om ny lov i 1956 sies det heller ikke noe nærmere, bare at forslaget til ny § 41 om oppsigelsesfrister «svarer til någjeldende § 33 punkt 1 og 2».<sup>8</sup> Det nye annet punktum var med i lovtekstforslaget. Forslaget om en slik bestemmelse skrev seg fra Arbeidervernkomitéens innstilling fra 1953.<sup>9</sup> Der het det:

«Ny er bestemmelsen om at arbeidsforhold som gjelder en bestemt prøvetid eller et bestemt arbeid av forbigående art, kan bringes til opphør med 1 dags varsel før prøvetidens utløp eller før det bestemte arbeid er avsluttet, med mindre annet følger av arbeidsforholdet. Med arbeidsforholdet er det da tenkt på såvel arbeidsavtalen som på andre omstendigheter hvorav det kan sluttes noe om når det kan bringes til opphør.

Arbeidsavtalen vil ikke sjelden være bygget på det vilkår, stilltiende eller uttrykkelig, at arbeidsforholdet skal vare ved i hele prøvetiden eller inntil det

<sup>6</sup> Lov 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 31 (1935) *Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid*, § 34 nr. 1 tredje ledd (på s. 70), se s. 47–48.

<sup>8</sup> Ot.prp. nr. 8 (1956) *Om lov om arbeidervern*, s. 66, jfr. s. 45–54.

<sup>9</sup> Innstilling II om revisjon av visse deler av arbeidervernloven. Avgitt 30. november 1953 av Arbeidervernkomitéen. Oslo: Kommunal- og Arbeidsdepartementet 1954.

bestemte arbeidsoppdrag er fullført. I slike tilfelle vil lovforslagets 1 dags varselsfrist ikke få betydning» (s. 36, sperret i original).

Bestemmelsen var med andre ord myntet på frigjøringsadgang i *kontraktstiden*. Utgangspunktet var at en slik frigjøringsadgang forelå, men noe annet kunne «følge av arbeidsforholdet».

Denne bestemmelsen ble avløst av § 58 nr. 7 første ledd i arbeidsmiljøloven av 1977. I de spesielle motivene i proposisjonen heter det om den nye bestemmelsen:<sup>10</sup>

«Når det gjelder arbeidsavtaler som er inngått for et bestemt tidsrom eller for å utføre et bestemt arbeid av forbigående art, er hovedregelen i dag at slike avtaler kan sies opp med 1 dags varsel, jfr. arbeidervernlovens § 41 nr 1 annet ledd. Etter paragrafens [ny § 58] nr. 7 blir dette endret slik at de alminnelige oppsigelsesfrister gjelder, dersom arbeidsforholdet skal sies opp før tidsrommets utløp eller før det bestemte arbeid er avsluttet. Når det bestemte arbeid er avsluttet eller det tidsrom avtalen gjelder for *utløper*, skal imidlertid arbeidsforholdet opphøre uten oppsigelsesfrist, *med mindre* annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. Adgangen til å fravike lovens hovedregel ved skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker, eller ved tariffavtale, gjelder *også* når det skal fastsettes hvilken oppsigelsesfrist som skal gjelde dersom arbeidsforholdet opphører før tidsrommets utløp eller før det bestemte arbeid er avsluttet» (mine kursiveringer).

Som påpekt ovenfor ble bestemmelsen i § 58 nr. 7 første ledd ikke endret ved reformen i 1995 og heller ikke med arbeidsmiljøloven av 2005. Den ble likevel omtalt i forarbeidene til 1995-endingene. I Arbeidsmiljøutvalgets innstilling fra 1992, NOU 1992: 20 *Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle : Innstilling fra Arbeidsmiljølovutvalget*, ble bestemmelsen omtalt i avsnittet om «Rettstilstanden i dag». Der heter det:

«Er avtalen om midlertidig tilsetting lovlig, bortfaller avtalen når den fastsatte tid er utløpt eller det bestemte arbeidet er utført, jfr. første ledd i § 58 nr. 7. Det kreves ikke at oppsigelse gis, og det er ingen regler om varselfrister. ... Dersom avtalen kan tolkes slik at det er adgang til å avvikle denne før arbeidet er utført, eller den avtalte tid utløpt, gjelder lovens alminnelige regler om oppsigelsesfrister. Oppsigelsen må her som ellers være saklig begrunnet» (s. 170).

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–76) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m. v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*, s. 71. Det er ingen bemerkninger i de alminnelige motivene, jfr. s. 17–18.

I den påfølgende proposisjonen, Ot.prp. nr. 50 (1993-94), er denne uttalelsen ordrett gjentatt i avsnittet om «gjeldende rett» (s. 164). I forarbeidene til loven av 2005 er bestemmelsen likeledes bare omtalt i et avsnitt om «gjeldende rett», avsnitt 16.1.2, hvor det heter:

«Opphør av midlertidig ansettelse

Et midlertidig arbeidsforhold opphører normalt ved det avtalte tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, med mindre noe annet er skriftlig avtalt, jf. § 58 A nr. 2. Det gjelder således ingen krav til oppsigelsesfrister eller saklig grunn for oppsigelse. Har ansettelsen vart i mer enn ett år gjelder imidlertid særlige varslingsregler, jf. § 58 A nr. 3. Det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen hvorvidt det midlertidige ansettelsesforholdet i løpet av kontraktsperioden er oppsigelig etter de ordinære oppsigelsesbestemmelsene i arbeidsmiljøloven» (s. 203).

#### 4.3 En sammenfatning

En enkel sammenfatning av hva som kan slutes fra lovforarbeidene, er denne: Bestemmelsen i 1956-loven om én dags oppsigelsesfrist var myntet på frigjøringsadgang *i kontraktstiden*. Endringen i 1977 hadde to fasetter. Formuleringen «med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale» knyttet seg til opphør ved *kontraktstidens utløp*. I stedet for automatisk opphør kunne opphørsordningen avtalereguleres. Den andre fasetten gjaldt opphør i kontraktstiden. I stedet for én dags frist ble lovens alminnelige oppsigelsesfrister gjort gjeldende, det samme gjaldt saklighetskravet ved oppsigelse fra arbeidsgivers side. *Også* her kunne partene avtale, om oppsigelsesfrister.

Lovendringen i 1977 stilte ikke opp noen presumsjonsregel for adgang eller ikke adgang til å bringe et midlertidig arbeidsforhold til opphør i kontraktstiden. Det gjorde heller ikke eldre forarbeider. Forarbeidsuttalelsene om «gjeldende rett» i forbindelse med lovendringene i 1995 gjør det likeledes ikke; det samme er tilfelle for forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005. Disse sier bare at «Det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen hvorvidt det midlertidige ansettelsesforholdet i løpet av kontraktsperioden er oppsigelig etter de ordinære oppsigelsesbestemmelsene i arbeidsmiljøloven» (jfr. siste sitat ovenfor).



## 5 Litteratur og kommentarer

### 5.1 Kommentariatet – Linjen Rømcke – Friberg – Fougner/Holo

Det går en lang linje fra grunnleggeren av det som lenge var den enerådende lovkommentaren til arbeidervernlovene, Ferdinand Rømcke, til dagens arbeidsmiljølovkommentar ved Jan Fougner og Lars Holo. Kommentarer til lovenes bestemmelser om opphørsregler ved midlertidige ansettelse går igjen i denne litteraturen.

I sin første kommentar til 1936-loven skrev Rømcke om § 33 nr. 1 annet ledd: «Er avtalen i et slikt tilfelle sluttet for et viss tidsrum, f.eks. inntil arbeidet er utført, kan den i tvilstilfelle ikke opsies før, jfr. den i note 3 nevnte bestemmelse i håndverksloven.»<sup>11</sup> Her *analogiserte* Rømcke fra en spesiallov. Referansen til håndverksloven<sup>12</sup> gjaldt dens § 33, som fastsatte at en kontrakt mellom mester og svenn om utførelse av et *bestemt arbeid* ikke kunne «heves» før arbeidet var fullført. Denne kommentaren ble stående uendret i alle senere utgaver som Rømcke gav ut alene, sist i 1951.<sup>13</sup>

Den første kommentarutgaven til arbeidervernloven av 1956 ble gitt ut Odd Friberg med inkludering av Rømcke.<sup>14</sup> Der er kommentaren til det nye § 41 nr. 1 annet ledd mer utførlig. Med tanke på sammenhengen videre er det grunn til å gjengi den i sin helhet:

«Arbeidervernkomitéen har uttalt at ”arbeidsavtalen vil ikke sjelden være bygget på det vilkår, stilltiende eller uttrykkelig, at arbeidsforholdet skal vare ved i hele prøvetiden eller inntil det bestemte arbeidsoppdrag er fullført. I slike tilfelle vil lovforlagets 1 dags varselfrist ikke få betydning”. Håndverkslovens § 33 første ledd bestemmer at når det er sluttet overenskomst om et bestemt arbeid, kan kontraktsforholdet ikke heves ensidig før arbeidet er utført. Bestemmelsen er opphevet av lærlingeloven for de fag lærlingeloven er gjort gjeldende for. Når det gjelder akkordarbeid som utføres av et akkordlag, har Arbeidsretten truffet en avgjørelse om at tariffavtalen ikke var til hinder for at de enkelte medlemmer kunne si opp arbeidsavtalen med vanlig varsel. Retten

<sup>11</sup> F. Rømcke, *Arbeidervernlover*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1936, 99.

<sup>12</sup> Lov 25. juli 1913 om håndverksnæring.

<sup>13</sup> F. Rømcke, *Arbeidervernlover*. Rev. utg. 13. oppl. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1951, jfr. s. 96.

<sup>14</sup> Rømcke, som hadde vært Fribergs overordnede i Direktoratet for arbeidstilsynet, døde i 1951. Fribergs kommentar fra 1957 bygger i betydelig utstrekning på Rømckes siste utgave fra 1951.

uttalte imidlertid bl.a.: ”Det er naturligvis ikke stemmende med god arbeids-skikk hvis en arbeider går fra akkorden uten rimelig grunn, men han har rett til å si opp arbeidsforholdet hvis han ønsker å slutte, for eksempel for å gå over i annet og bedre lønnet arbeid. Det er intet i veien for at akkordlaget eller dets enkelte medlemmer forplikter seg overfor arbeidsgiveren til å fullføre det arbeid som omfattes av akkorden, likesom arbeiderne kan forplikte seg til å utføre et bestemt arbeid på timebetaling.” ARD – 1951 side 186.»<sup>15</sup>

Denne kommentaren ble stående uendret i de to neste utgavene (1958, 1961) og i det vesentlige også i de påfølgende utgavene som ble gitt ut av Friberg alene, etter Rømckes død. I sin første utgave føyet imidlertid Friberg inn to setninger mellom sitatet fra Arbeidervernkomitéen og referansen til håndverkslovens § 33:

«Det kan også tenkes at arbeidsavtalen går ut på at arbeidsforholdet skal kunne bringes til opphør med vanlig frist før arbeidet er fullført. Dette må som ellers avgjøres ut fra tolking av avtalen.»<sup>16</sup>

Det Friberg gjorde her, var å introdusere et mellomalternativ til lovens. Etter § 41 nr. 1 annet ledd kunne en avtale være oppsigelig før det bestemte arbeid var fullført. Da gjaldt varselfristen på én dag. Eller avtalen kunne være slik at den ikke kunne bringes til opphør før arbeidet var avsluttet. Friberg skyter inn et alternativ med oppsigelighet med «vanlig frist», ikke den kortere éndagsfristen.

Bortsett fra at referansen til håndverkslovens § 33 ble tatt ut – loven av 1913 ble avløst av lov om håndverksnæring 19. juni 1970 stod denne kommentaren uendret gjennom samtlige følgende utgaver frem til arbeidsmiljøloven av 1977.<sup>17</sup>

Med den da nye arbeidsmiljøloven ble grunnlaget for kommentarer forandret. Lovbestemmelsen ble endret fra å bare gjelde «et bestemt arbeid» til å omfatte både «et bestemt tidsrom, [og] et bestemt arbeid av forbigående art». Videre fikk bestemmelsen i § 58 nr. 7 første ledd tillegget «med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariff-

<sup>15</sup> F. Rømcke og O. Friberg, *Arbeidervernlover med kommentarer*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1957, 137–138.

<sup>16</sup> O. Friberg, *Arbeidervernlover med kommentarer*. Oslo: Olaf Norlis Forlag 1963, 163.

<sup>17</sup> Nye utgaver kom i 1965, 1967, 1968, 1970 og 1973 (Oslo: Tanum-Norli).

avtale»; jfr. i 4.2 foran. I Fribergs første kommentar til den nye bestemmelsen heter det:

«Loven inneholdt tidligere en bestemmelse om at slike kortvarige arbeidsforhold kunne bringes til opphør med en dags varsel medmindre annet fulgte av arbeidsforholdet. Den nye bestemmelsen innebærer at arbeidsforholdet ikke kan avbrytes før tidsrommets utløp eller arbeidet er avsluttet, såfremt det ikke er inngått skriftlig avtale eller fastsatt tariffavtale om noe annet. Når det gjelder akkordarbeid [er teksten videre identisk med den i eldre kommentarutgaver].

Videre må det kunne slutes av regelen at det ikke er nødvendig med noen særskilt oppsigelse av slike avtaler, ...»<sup>18</sup>

Her er Fribergs lovtolkning med andre ord at lovens grunnregel er at midlertidige arbeidsforhold *ikke* kan bringes til opphør i kontraktsperioden medmindre noe annet er avtalt. Det er direkte motsatt av det som er uttalt i lovforarbeidene, slik jeg har lest dem foran, i 4.2 v. note 10 og i 4.3.

Kommentaren var uendret i annen utgave (1980), men er bygget om og tilført enda et nytt element i tredje utgave (1983). Der heter det:

«Loven inneholdt tidligere en bestemmelse om at slike kortvarige arbeidsforhold kunne bringes til opphør med en dags varsel medmindre annet fulgte av arbeidsforholdet. Det vanlige er at arbeidsforhold av denne karakter bygger på den forutsetning at de ikke kan avvikes før tidsrommets utløp eller arbeidet er utført. Hvis man ut fra en tolkning av avtalen likevel finner at det er adgang til dette, har departementet ment at de alminnelige oppsigelsesfrister skal gjelde (Ot.prp. nr. 41– 1975/76 s. 71). Disse kan fravikes ved skriftlig avtale eller tariffavtale, og det er naturlig at denne adgang brukes til å fastsette kortere oppsigelsesfrist i de tilfelle man vil ha oppsigelsesrett i kortvarige arbeidsforhold.»<sup>19</sup>

Annet avsnitt i kommentaren gjentar den teksten om akkordarbeid og ARD 1951.184 som skrev seg fra 1958-kommentaren (jfr. v. note 14 foran), og tredje ledd var identisk med annet ledd ved note 17 ovenfor her.

<sup>18</sup> O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Oslo: Tanum-Norli 1978, 303–304.

<sup>19</sup> O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. 3. utg. Oslo: Tanum-Norli 1983, 354.

Med denne kommentaren gjorde Friberg en dobbel endring fra de foregående. Han hevder ikke lenger at uoppsigelighet er lovens grunnregel, den deklarasjoniske utfyllingsregelen. Derimot hevder han at dette er den vanlige forutsetningen for midlertidige avtaler. To innvendinger er åpenbare. Friberg utlegger lovforarbeidene på en måte som det ikke er dekning for. Uttalelsene i proposisjonen til 1977-loven gir ikke uttrykk for noen presumsjon i den ene eller annen retning; jfr. foran v. note 10. Dernest presenterer han en påstand om hva som er «*det vanlige*». Denne påstanden mangler empirisk grunnlag. Friberg viste ikke til, og kunne knapt vise til, noen undersøkelser av eller oversikter over praksis på dette området.

Kommentaren fra 1983 ble stående uendret i de følgende utgavene av boken inntil 6. utgave (1995). Der var kommentaren til § 58 A nr. 2 noe endret, først ved at gjengangerformuleringen om at «Loven inneholdt tidligere ...» var tatt ut. Derefter lød teksten som før, til etter parentesens med henvisning til proposisjonen. Så het det:

«Disse kan fravikes ved avtale mellom arbeidsgiveren og arbeidstakernes tillitsvalgte, og det er naturlig at denne adgang brukes ..., jfr. note 2a til § 58.»<sup>20</sup>

Her får kommentaren en helt ny vri. Utsagnet om hva som er «*det vanlige*» er i behold. Men Friberg vil se bort fra lovtekstens formulering om «med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale» som en selvstendig bestemmelse. I stedet vil han gi en ny bestemmelse i § 58 om oppsigelsesfrister anvendelse også for § 58 A nr. 2. Det innebærer å ville gi en bestemmelse som ble endret ved endringsloven i 1995, anvendelse for en bestemmelse som ikke ble endret, og i strid med den sistes ordlyd. I lovens § 58 nr. 1 het det opprinnelig: «Hvis annet ikke er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale, gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned.» Ved lovendringen i 1995 ble bestemmelsen «strammet inn» slik at forhåndsavtale om kortere oppsigelsesfrist bare kunne inngås mellom arbeidsgiveren og «arbeidstakernes tillitsvalgte ved virksomhet som er bundet av tariffavtale». Det ble ikke gjort noen slik endring i det nye § 58 A nr. 2. Ordlyden forble som tidligere, og i lovforarbeidene heter det lakonisk:

<sup>20</sup> O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Oslo: TANO 1995, 399. Teksten om akkordarbeid i annet avsnitt og tredje avsnitt var med uendret fra tidligere.

«Nr. 2 erstatter §58 nr. 7 første ledd, og innebærer ingen realitetsendring.»<sup>21</sup> Konklusjonen er uomgjengelig at Fribergs kommentar på dette punkt helt og holdent manglet grunnlag, kommentaren var tvert imot i direkte motstrid til det rettskildemessige grunnlaget.

Denne kommentaren forsvant ut i 7. utgave av kommentaren, som ble utgitt sammen med Jan Fougner og Lars Holo.<sup>22</sup> Kommentaren til § 58 A nr. 2 har ellers med seg elementer fra Fribergs eldre kommentarer, men også noe nytt. Kommentaren lyder i sin helhet:

«Utgangspunktet er at tidsbegrensede arbeidsavtaler utløper uten videre ved tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet. En særskilt varslingsregel er imidlertid gitt i § 58 A nr. 3.<sup>[23]</sup> Det vanlige er videre at arbeidsforholdet bygger på en forutsetning om at de ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller før arbeidet er fullført, jfr. Ot. prp. nr. 50 (1993-94) s. 164 og jfr. ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84. Hvis man ut fra en tolkning av avtalen kommer til at det er adgang til oppsigelse, har departementet ment at de alminnelige oppsigelsesfrister skal gjelde, jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76). Regelen kan fravikes ved avtale. Fortsetter arbeidsforholdet utover avtalens utløp, må det antas å fortsette på vilkår om at vanlige oppsigelsesfrister skal gjelde.

Når det gjelder akkordarbeid som utføres av et akkordlag, har Arbeidsretten avgjort at tariffavtalen ikke er til hinder for at de enkelte medlemmer kunne si opp arbeidsavtalen med vanlig varsel. Retten uttalte imidlertid bl.a.: *”Det er naturligvis ikke stemmende med god arbeidsskikk hvis en arbeider går fra akkorden uten rimelig grunn, men han har rett til å si opp arbeidsforholdet hvis han ønsker å slutte, for eksempel for å gå over i annet og bedre lønnet arbeid. Det er intet i veien for at akkordlaget eller dets enkelte medlemmer forplikter seg overfor arbeidsgiveren til å fullføre det arbeid som omfattes av akkorden, likesom arbeiderne kan forplikte seg til å utføre et bestemt arbeid på timebetaling”*, jfr. ARD 1951 s. 186» (s. 440–441, kursivert i originalen).

Her springer det i øynene at det er meningsløst å anføre at Arbeidsretten har «avgjort at tariffavtalen» ikke hindrer oppsigelse. Formule-

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993-94), 237.

<sup>22</sup> O. Friberg, J. Fougner og L. Holo, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. 7. rev. utg. Oslo: Tano Aschehoug 1998. I henhold til forordet (s. V) hadde Fougner ansvaret for kommentarene til lovens kapittel 12, som inkluderte § 58 A.

<sup>23</sup> Det er bestemmelsen om at dersom ansettelsen har vart i mer enn ett år, kreves det varsel før opphør kan inntre.

ringen skiller seg fra forgjengernes «Arbeidsretten har truffet en avgjørelse». Det siste er mer poengtert. Arbeidsretten avgjorde i sin tid et spørsmål etter én tariffavtale. Andre tariffavtaler kunne ha andre løsninger av det samme spørsmålet. Og ikke minst har det skjedd mange og omfattende endringer i tariffavtaler fra 1951 til 1998. Det er mer enn anstrengt å anføre en dom fra 1951 som representativ for rettstilstanden i 1998 eller 2006. I 8.utgave (2003), den siste med Friberg som medforfatter og den siste til arbeidsmiljøloven av 1977, er kommentaren likelydende, men med en tilføyelse om «avtaler om uttrykkelig bindingstid».<sup>24</sup>

Det er flere elementer i denne kommentaren det også er grunn til å feste oppmerksomhet ved. Det kommer jeg tilbake til.

Først er det naturlig å trekke frem uttalelsene i den siste kommentarutgaven i denne rekken, i kommentarene til den aktuelle bestemmelsen i arbeidsmiljøloven av 2005 § 14-9 femte ledd første punktum. Som jeg har pekt på foran (i 4.1), er denne bestemmelsen reelt sett den samme som den i § 58 nr. 7 første ledd i arbeidsmiljøloven av 1977, og den er identisk med formuleringen i § 58 A nr. 2. Lovkommentaren fra 2006 som bygger videre på Rømckes og Fribergs kommentarer, er utgitt av Fougner og Holo.<sup>25</sup> Kommentaren til § 14-9 femte ledd første punktum er litt bygget ut, med to sitater fra proposisjonen fra 1976 og en passus om adgang til prøvetid også ved midlertidig ansettelse. Ellers er den nær identisk med teksten i kommentaren i 8. utgave til loven av 1977. Første avsnitt lyder i sin helhet:

«Utgangspunktet er at tidsbegrensede arbeidsavtaler utløper uten videre ved tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet. En særskilt varslingsregel er imidlertid gitt i § 149 fjerde ledd. Det vanlige er videre at arbeidsforholdet bygger på en forutsetning om at de ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller før arbeidet er fullført, jfr. Ot. prp. nr. 50 (1993-94) s. 164 og jfr. ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84. Hvis man ut fra en tolkning av avtalen kommer til at det er adgang til oppsigelse, har departementet ment at de alminnelige oppsigelsesfrister skal gjelde, jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76) og Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 164. I forarbeidene til 1977 -loven viste departe-

<sup>24</sup> J. Fougner, L. Holo og O. Friberg, *Arbeidsmiljøloven : Kommentaarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget 2003, jfr. s. 621–622.

<sup>25</sup> J. Fougner og L. Holo, *Arbeidsmiljøloven : Kommentaarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget 2006.

mentet til at ”Adgangen til å fravike lovens hovedregel ved skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker, eller ved tariffavtale, gjelder også når det skal fastsettes hvilken oppsigelsesfrist som skal gjelde dersom arbeidsforholdet opphører før tidsrommet utløp eller før det bestemte arbeid er avsluttet”, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 71. Fortsetter arbeidsforholdet utover avtalens utløp, må det antas ”at de vanlige oppsigelsesregler vil komme til anvendelse med mindre noe annet uttrykkelig avtales”, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–76) s. 71» (s. 664–665).

Jeg har utelatt annet avsnitt, om bindingstid, og likeledes tredje avsnitt. Det siste er identisk med de foregående 7. og 8. utgavers omtale av akkordarbeid og dommen i ARD 1951.186, bare med den endring at sitatet fra dommen ikke er satt i kursiv.

Noen elementer i denne nye kommentaren peker seg ut. Ett er at det siteres fra proposisjonen fra 1976, men bare med en delvis gjengivelse av uttalelsene der. Sitatet knyttes bare til det at «de alminnelige oppsigelsesfrister skal gjelde» ved eventuell oppsigelse i kontraktstiden. Dermed blir betydningen av formuleringen «med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale» for situasjonen ved utløp av kontraktstiden forbigått. Det andre er at uttalelsen i de foregående utgavene om at «regelen» om at de alminnelige oppsigelsesfrister skal gjelde, «kan fravikes ved avtale», er tatt ut. Det må anses som en følge av det første sitatet fra 1976-proposisjonen, som gir uttrykk for det samme. Det tredje er at dommen i ARD 1951.186 knyttes til påstanden om hva som er «det vanlige» uten noen gjengivelse fra dommen. Det faktum at dommen gav uttrykk for at det (også) ved akkordarbeid var adgang til å si opp i kontraktstiden, blir dermed underslått. Jfr. nærmere i 5.2 nedenfor.

### 5.2 *Linjen Rømcke – Friberg – Fougner/Holo – en sammenfatning*

Rømckes analogi fra håndverkslovens § 33 kunne gi god mening i sin tid. Bestemmelsene i 1936-lovens § 33 nr. 1 og 1956-lovens § 41 nr. 1 gjaldt ikke midlertidige ansettelse generelt, slik begrepet forstås idag. Ved siden av prøvetidsansettelser gjaldt de bare for ansettelse «til utførelse av/til å utføre» et *bestemt arbeid* av forbigående art. Det var samme formuleringmessige avgrensning som i håndverkslovens § 33. Da kunne det være nærliggende å vise til den bestemmelsens løsning som en deklatorisk utfyllingsregel, slik Rømcke gjorde. Henvis-

ningen ble stående i Rømcke og Fribergs kommentarutgaver og i Fribergs inntil 1970, da håndverksloven av 1913 ble opphevet. Men i disse kommentarene gir ikke henvisningen uttrykk for en deklarasjonsregel. Det blir tydelig når Friberg i 1963 føyet inn passusen om at det kan tenkes «at arbeidsavtalen går ut på at arbeidsforholdet skal kunne bringes til opphør med vanlig frist før arbeidet er fullført», som da fremstod som et *jevnbyrdig alternativ* til det som var hentet fra Arbeidervernkomitéens innstilling, om at «arbeidsavtalen vil ikke sjelden være bygget på det vilkår, stilltiende eller uttrykkelig, at arbeidsforholdet skal vare ved i hele prøvetiden eller inntil det bestemte arbeidsoppdrag er fullført».<sup>26</sup> I disse formuleringene ligger det ikke noen presumsjonsregel i den ene eller annen retning.

Arbeidsmiljøloven av 1977 førte med seg et omslag i oppfatningen av opphørsregelen. Den nye § 58 nr. 7 første ledd var ny i dobbelt forstand. Lovteksten ble utvidet til å omfatte også arbeidsavtaler som «er inngått for et bestemt tidsrom», og «avtaleregelen» ble føyet til – arbeidsforholdet opphører ved tidsrommets eller arbeidets utløp «med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale». Som påpekt foran tolket Friberg i de to første kommentarutgavene dette slik at midlertidige arbeidsforhold *ikke* kan bringes til opphør i kontraktperioden med mindre noe annet er avtalt. I tredje utgave (1983) forlater han imidlertid denne posisjonen. I stedet kommer utsagnet om at det vanlige er en forutsetning om at midlertidige arbeidsforhold ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller arbeidet er utført. «Avtaleregelen» knyttes i stedet til en adgang til å fravike de alminnelige *oppsigelsesfrister* som skulle gjelde ved oppsigelighet i kontraktstiden.

Dette ble stående, med et intermesso i sjette utgave (1995) der Friberg ville transplantere det nye § 58 nr. 1 til nr. 2 i den nye § 58 A. Den utlegningen forsvant med syvende utgave (1998), hvor «avtaleregelen» samtidig ble redusert til det enkle utsagnet «Regelen [om oppsigelsesfrister] kan fravikes ved avtale».

Det som fra 1963 kunne se ut som en utlegning av opphørsadgang eller ikke opphørsadgang under kontraktens løp som likestilte alternativer, fikk fra 1983 et tillegg som forskjøvet tyngdepunktet. Det er da formuleringen kom om at «[d]et *vanlige* er at arbeidsforhold av

<sup>26</sup> Jfr. foran v. note 14 og 15.



denne karakter bygger på den forutsetning at de ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller arbeidet er utført» (min kursivering). Det er strengt tatt et empirisk utsagn, men som nevnt uten empirisk fundament. Utsagnet får i stedet karakter av å indikere en presumsjon for uoppsigelighet i kontraktstiden. Det kan kanskje sees som en gjenoppliving av Arbeidervernkomitéens uttalelse fra 1953 om at «arbeidsavtalen vil *ikke sjelden* være bygget på det vilkår, stilltiende eller uttrykkelig, at arbeidsforholdet skal vare ved i hele» kontraktstiden (min kursivering). Men dette gjaldt bare prøvetid og avtaler om bestemte arbeidsoppdrag, og uttalelsen skriver seg fra en annen tid. Den er ikke mye å bygge på, hverken i 1983 eller idag. Uttalelsen om «det vanlige» blir stående som et postulat, fra 1983 og fremover.

Med syvende utgave i 1998, ved Friberg, Fougner og Holo, fikk uttalelsen om «det vanlige» et tilskudd. Det vises til rettskildemateriale, hvilket må oppfattes som materiale forfattere mener støtter deres standpunkt. Da het det at «[d]et vanlige er videre at arbeidsforholdet bygger på en forutsetning om at de ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller før arbeidet er fullført, jfr. Ot. prp. nr. 50 (1993-94) s. 164 og jfr. ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84» (jfr. foran v. note 22). Dette er mildt sagt en fantasifull utlegning. I NOU 1992: 20 og den identiske uttalelsen i Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 164 sies det ingen ting om hva som er vanlig. Å bruke dommen i ARD 1951.186 som belegg for hva som var vanlig i 1998, er uholdbart, jfr. avslutningsvis i 5.1 foran. Dommen gjaldt oppsigelsesadgang under akkordarbeid etter en tariffavtale som gjaldt på den tiden. Riktignok uttalte Arbeidsretten at god skikk innebar at man ikke forlot en akkord før den var ferdig utført. Men retten sa intet om at det var en vanlig avtaleforutsetning at man ikke skulle gjøre det, og arbeideren sto fritt til å si opp før akkorden var fullført. Dette går klar frem av sitatene fra dommen, som er tatt inn i sitater foran her. Det er også uholdbart å projisere fra en dom om akkordarbeid til antagelser om det «vanlige» i midlertidige arbeidsforhold generelt. Det er egnet til å forbause at dommen i ARD 1951.186 er satt inn i en slik sammenheng som det er gjort her.

Det samme gjelder dommen i ARD 1981.84. Dette er en sak etter arbeidsmiljølovens § 58 nr. 7, fra den korte perioden da Arbeidsretten var ankeinstans i stillingsvernstviser. Saken gjaldt en vikaravtale. Byretten anså at det var forutsatt at avtalen skulle bestå hele vikarperio-

den (s. 95). For Arbeidsretten gjaldt tvisten bare spørsmål om erstatning. Bedriften hadde da erkjent at den førtidige avbrytelsen var urettig (s. 88). Arbeidsretten uttalte seg overhodet ikke om hva som var «vanlig» for slike midlertidige arbeidsavtaler. Det skal mer enn god fantasi til for å finne støtte for synspunktet om «det vanlige» i denne dommen. God rettskildeanvendelse er det uansett ikke.

Sammenfatningsvis har den presumsjonen som kan ligge implisitt om hva som er «det vanlige» med hensyn til om midlertidige arbeidsavtaler er oppsigelige i kontraktstiden, ikke noen rettskildemessig forankring i det som ble hevdet i 7. utgave av kommentaren til 1977-loven, og som fortsatt står i Fougner og Holos kommentarutgave fra 2006.

### 5.3 Annen litteratur

Det er flere som har behandlet spørsmålet om oppsigelighet i kontraktperioden. Den som har gjort det mest utførlig, er Henning Jakhelln, som har tatt opp spørsmålet både i spesialfremstillinger og i sin oversiktsfremstilling *Oversikt over arbeidsretten*.<sup>27</sup>

Jakhellns første arbeid om åremålsansettelser gikk forut for den første utgaven av *Oversikten*, det ble publisert i 1986.<sup>28</sup> Der fremholdt Jakhelln at arbeidsmiljøloven «setter ikke noe ubetinget forbud mot at det avtales oppsigelsesadgang i åremålsperioden»,<sup>29</sup> men også at «[e]n slik klausul kan imidlertid ta bort meget av realiteten med å benytte åremålskontrakt» (s. 12–13). Han stilte seg spesielt skeptisk til avtaler om oppsigelsesadgang for arbeidsgiver. Åremål er én form for mid-

<sup>27</sup> H. Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*. 1. utg. Oslo: NKS-Forlaget 1993, 2. utg. Oslo: NKS-Forlaget 1996, 3. utg. Oslo: Damm 2004, 4. utg. Oslo: Damm 2006.

<sup>28</sup> H. Jakhelln, *Åremålskontrakter, særskilte aldersgrenser og rettsstillinger : med særlig henblikk på rettsstillingen for administrerende direktører og andre funksjonærer i ledende stilling*. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 5/86. Oslo: Universitetsforlaget 1986. Også trykket i H. Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier*. II. Oslo: Universitetsforlaget 2000, 755 ff. (Finnes også på Lovdata, [www.lovdata.no](http://www.lovdata.no), for abonnenter).

<sup>29</sup> Der er ikke klart hva adjektivet «ubetinget» skal bety her. Det inviterer en antitese, men det er vanskelig å se for seg et *betinget* forbud etter lovens regler.

lertidig ansettelse for en bestemt tid. Jakhelln formulerte ikke noen alminnelig presumsjon om oppsigelighet eller ikke oppsigelighet i kontraktstiden for midlertidige ansettelser.

Det gjorde han derimot i 2. utgave av Oversikten (1996). Der heter det:

«Hvorvidt arbeidsforholdet kan bringes til opphør før tidsrommets utløp, eller før det bestemte arbeid er avsluttet, avhenger av arbeidsavtalen og dens tolkning, jf. forutsetningsvis ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84. I mangel av andre holdepunkter må det imidlertid kunne legges til grunn en forutsetning om at arbeidsforholdet kan sies opp, og i så fall får de alminnelige regler om oppsigelsesfrister anvendelse» (s. 166–167).

Denne teksten kommer likelydende igjen i 3. utgave (s. 233) og i 4. utgave (s. 257).

Mellom 2. og 3. utgave av Oversikten publiserte Jakhelln et nytt arbeid om åremålsansettelser, av forskere m.fl.<sup>30</sup> Der drøftet han i første rekke åremål og oppsigelighet i forhold til tjenestemannslovens regler (s. 32–39), men gikk også noe inn på problemstillingen etter arbeidsmiljølovens bestemmelser (s. 39–43). Der anlegger han en annen tolkning av den dagjeldende § 58 A nr. 2. Det heter:

«Siden bestemmelsen uttrykkelig angir at annen opphørsgrunn enn utløpet av det fastsatte tidsrom må være avtalt skriftlig [eller være tariffavtalt], fremstår det – iallfall i relasjon til arbeidsgiverens oppsigelsesadgang – som tvilsomt om denne vil kunne si opp åremålsavtalen, dersom skriftlighetskravet ikke skulle være oppfylt. Under enhver omstendighet vil arbeidsgiver i så fall måtte ha bevisbyrden forsåvidt» (s. 40).

Det slående her er dels at «avtaleregelen» knyttes til spørsmålet om oppsigelighet i kontraktperioden. Det korresponderer tildels med uttalelsen i forarbeidene til 1977-loven – som Jakhelln ikke viser til – men som er tatt inn i Fougner og Holos lovkommentar fra 2006, jfr. i 5.1 foran. Dels er det påfallende at denne lovforståelsen ikke er reflektert hverken i 2., 3. eller 4. utgave av Oversikten. Når det ikke er

<sup>30</sup> H. Jakhelln, «Åremålsansettelse av forskere m.fl. : Kommentarer til et lovforslag med bemerkninger om adgangen til åremålsansettelse i alminnelighet, og spesielt forsåvidt angår statens tjenestemenn», i: H. Jakhelln, *Åremålsansettelse av forskere m.fl. – Den rettslige karakter av en sykekasseordning – Jernbanens Sykekasse*. Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/2002, III og 1–54.

bygget uttrykkelig på den i de senere arbeidene, må det kunne legges til grunn at Jakhelln fastholder sin presumsjonsnorm, uten krav til skriftlighet, og at skriftlighetskravet har anvendelse for avtaler om andre oppsigelsesfrister enn de som ellers vil følge av lovens regler.

I kommentaren *arbeidsrett.no* følger Lill Chr. Egeland Jakhellns synspunkter i Oversikten, også med presumsjonsnormen om at «[i] mangel av andre holdepunkter må det som utgangspunkt kunne legges til grunn at den midlertidige ansettelseskontrakten kan bringes til opphør både av arbeidsgiver og [av] arbeidstaker, og at de alminnelige oppsigelsesfrister da i så fall vil gjelde».<sup>31</sup>

I kommentarene til arbeidsmiljølovens § 14-9 i den nettbaserte Gyldendal Rettsdata<sup>32</sup> har Ingeborg Moen Borgerud en annen tilnærming. I hennes kommentar heter det:

«Utgangspunktet er at arbeidsavtalen utløper ved tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet. Partene kan skriftlig avtale avvikende løsninger, både individuelt og i tariffavtale. Arbeidsforholdet bygger ofte på en forutsetning om at det fra arbeidsgivers side ikke kan avvikles før tidsrommets utløp eller før arbeidet er fullført, jf. bl.a. ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84. Likevel kan partene avtale at oppsigelse kan finne sted før tidsrommets utløp eller før det bestemte arbeidet er avsluttet. Lovens oppsigelsesfrister må da regulere oppsigelsestiden, ...»<sup>33</sup>

Her gis det ikke (klart) uttrykk for en rettslig presumsjon, bare for en empirisk observasjon – hvilken forutsetning det «ofte» bygges på.

Per Arne Larsen gav i sine kommentarutgaver heller ikke uttrykk for noen presumsjonsregel, men uttalte seg heller ikke om hva som måtte være vanlig, forekomme ofte e.l. Han uttalte bare, ganske kort:

<sup>31</sup> L.C. Egeland, «[Kommentarer til] § 14- Midlertidig ansettelse», i: H. Jakhelln m.fl. (red.), *arbeidsrett.no*. 3. utg. Oslo: Cappelen Damm 2011, note 1 (s. 806). Også tilgjengelig på <http://www3.arbeidsrett.no/dxp/content/-aml/14/10/> (for abonnenter).

<sup>32</sup> <http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?grid=051585&sortby=grsort%20+grtitle> (for abonnenter).

<sup>33</sup> I.M. Borgerud, [Kommentarer til §14-9], <http://abo.rettsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20050617z2D62z2EzA714z2D9>, Note (496).

«Dersom arbeidsavtalen gir adgang til å avvikle arbeidsforholdet før den avtalte tida er utløpt eller arbeidet er utført, gjelder lovens alminnelige oppsigelsesfrister og krav om saklig begrunnelse.»<sup>34</sup>

I kommentarutgaven til Johansen og Stueland (red.) stilles det heller ikke opp noen presumsjon. Der heter det bare lakonisk: «Hvis arbeidsgiveren ensidig vil avslutte arbeidsforholdet før det [dvs. utløpet av kontraktstiden eller avsluttet arbeid], har arbeidstakeren ordinært oppsigelsesvern, ...»<sup>35</sup>

Dege har berørt temaet, men hans uttalelse er noe diffus. I hans *Den individuelle arbeidsrett* fra 2009 heter det således:

«Det er ikke noe til hinder for at en avtale om midlertidig tilsetning har både prøvetid og oppsigelse, hvis det er saklig grunn til dette, eller avskjed hvis arbeidstaker grovt misligholder sine plikter, jf. hhv. aml. § 15-7 og § 15-14. Hvis ikke annet er avtalt, gjelder lovens alminnelige oppsigelsesfrister, jf. aml. § 15-3.»<sup>36</sup>

Formuleringen kan gi inntrykk av at Dege vil stille et saklighetskrav som vilkår for oppsigelighet i kontraktstiden. Men det er neppe meningen; formodentlig må meningen være å gi uttrykk for at hvis det er oppsigelighet, vil de alminnelige krav til saklig grunn (for oppsigelse fra arbeidsgivers side) gjelde.

Storeng, Beck og Due Lund omtaler ikke problemstillingene.<sup>37</sup>

#### 5.4 En oppsummering om litteraturen

Ser vi på litteraturen i et lengdesnitt, springer det i øynene at visse elementer føres videre fra tidlige kommentarutgaver til nåtidige. Det klareste eksempelet er Fribergs utsagn fra 1983 om hva som var «det vanlige» med hensyn til oppsigelighet i midlertidige arbeidsavtale-

<sup>34</sup> P.A. Larsen, *Arbeidsmiljøloven : kommentarer– praksis – veiledning* . Oslo: Ad Notam Gyldendal–Tiden Norsk Forlag 1999, 375, likelydende i 2. utgave, Oslo: Gyldendal Akademisk–Tiden Norsk Forlag, 399, og i 3. utgave, Oslo: Gyldendal Akademisk 2004, 434. (Det er ikke kommet flere utgaver; kommentaren er «overtatt» av Johansen og Stueland (red.), jfr. note 35 nedenfor.)

<sup>35</sup> A.S. Johansen og E. Stueland, *Arbeidsmiljøloven : Kommentarer og praksis*. Oslo: Gyldendal Akademisk 2011, 581.

<sup>36</sup> J.T. Dege, *Den individuelle Arbeidsrett*. Del I, Oslo: Minerva 2009, 156.

<sup>37</sup> N.H. Storeng, T.H. Beck, A. Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget 2011, 145.

forhold. Dette utsagnet figurerer fortsatt og har blitt ført videre fra Friberg, Fougner og Holo 1998 til Fougner og Holo 2006, men som nevnt uten at det på noe tidspunkt er gitt empirisk belegg for påstanden. Rettskildemessig har den heller ikke grunnlag; jfr. i 5.2 foran.

En annen observasjon som ligger i dagen, er hvordan utsagn i kommentarer ser ut til å ha vandret fra den ene til den andre. Som nevnt (i 5.3) skrev Jakhelln i 1996 at

«Hvorvidt arbeidsforholdet kan bringes til opphør før tidsrommets utløp, eller før det bestemte arbeid er avsluttet, avhenger av arbeidsavtalen og dens tolkning, jf. forutsetningsvis ARD 1951 s. 186 og ARD 1981 s. 84.»

Dommen fra 1951 hadde figurert lenge i kommentarlitteraturen, men aldri som mer enn et særtilfelle for akkordarbeid. Etter Jakhellns uttalelser i 1996 ser vi at Friberg, Fougner og Holo i 1998 presenterer et omslag fra Fribergs tidligere kommentarutgaver. Da trekkes begge arbeidsrettsdommene inn- og som støtte for synspunktet om «det vanlige», men uten Jakhellns kvalifiserende utlegning «forutsetningsvis». Slik står den kommentaren fortsatt (jfr. avslutningsvis i 5.2 foran). Borgerud er helt på linje med Fougner og Holo; Egeland holder seg til Jakhellns synsmåter.

Som dette viser, er litteraturen sammensatt, og oppfatningene er forskjellige. Noen antyder en praksisbasert presumsjon for uoppsigelighet i kontraktstiden, med kriteriet «det vanlige». Andre, i første rekke Jakhelln, fremholder at den deklarasjonsregelen er oppsigelighet. Rettskildegrunnlaget gir dårligere holdepunkter for det første enn for det andre. Et tankekors må det også være at hvis man vil legge til grunn uoppsigelighet, innebærer det i realiteten at en midlertidig avtale blir en form for avtale om *bindingstid*, som er en avtaleform som tradisjonelt, også i kommentarlitteraturen, er betraktet som noe annet enn midlertidige arbeidsavtaler i sin alminnelighet.

## **6 Sluttord. Høyesteretts rettskildeanvendelse og konsekvenser**

Som påpekt foran i avsnitt 2, stilte Høyesterett i dommen i Rt. 2012.168 opp en deklarasjonsregel om uoppsigelighet i kontraktperioden for midlertidige arbeidsavtaler. I førstvoterendes resonnement som ledet frem til denne konklusjonen, heter det, etter et sitat av bestemmelsen i § 14-9 femte ledd:

- «(49) Bestemmelsens ordlyd peker i retning av at midlertidige ansettelsesforhold ikke kan bringes til opphør i kontraktperioden, men at en oppsigelsesadgang kan følge av skriftlig avtale eller tariffavtale.
- (50) En slik forståelse støttes av lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) side 164, og er også antatt i teorien, jf. Friberg, Arbeidsmiljøloven med kommentarer (1978) side 303 og Fougner og Holo, Arbeidsmiljøloven med kommentarer (2006) side 664.»

Det er påtagelig at Høyesterett her velger å bygge på én retning i litteraturen. Et slikt utvalg er ikke representativt for de oppfatningene som finnes i faglitteraturen om den problemstillingen det gjelder. I en slik sammenheng burde «teorien» ikke settes i bestemt, men i ubestemt form,<sup>38</sup> i og med at det bare er et begrenset utsnitt det vises til. En sidebemerkning til litteraturen er at det er påtagelig å se hvordan en påstand om «det vanlige» får leve videre uten spørsmål eller forsøk på å underbygge den. Det er ikke mindre påtagelig hvordan rettsavgjørelser uten betydning for den generelle problemstillingen går fra å være særtilfeller til å presenteres som om de underbygger en generell norm. Det tyder ikke på noen kritisk prøvelse eller overprøvelse av rettskildematerialet, snarere tvert imot.

Dernest er det påfallende at Høyesterett finner støtte i de kildene førstvoterende viser til. I Ot.prp. nr. 50 (1993-94) sies det bare, som også i NOU 1992: 20, at «Dersom avtalen kan tolkes slik at det er adgang til å avvikle denne før arbeidet er utført, eller den avtalte tid utløpt, gjelder lovens alminnelige regler om oppsigelsesfrister» (s. 164). Det er vanskelig å se at dette skal forstås slik at uoppsigelighet er den deklarasjoniske hovedregelen (jfr. i 4.3 foran). Det er langt mer nærliggende å lese uttalelsen slik at det er et åpent tolkningsspørsmål om avtalen er oppsigelig eller ikke, i tråd med de egentlige forarbeidene til den gang § 58 nr. 7 første ledd. Uttalelsen i Ot.prp. nr. 50 (1993-94) er jo ikke et egentlig lovforarbeid, men en uttalelse om den gjeldende rettstilstand på et punkt hvor det ikke ble gjort noen endringer ved lovrevisjonen i 1995.

Det er likeledes bemerkelsesverdig at det vises til Fribergs kommentarutgave fra 1978, den første til den nye arbeidsmiljøloven av

---

<sup>38</sup> Jeg vil heller ikke bruke «teori» om den litteraturen det er tale om i det hele. Det er karakteristisk for kommentarlitteraturen at den i alt vesentlig ikke har teoretisk dybde og utførlighet eller teoretiske ambisjoner.

1977, men ikke til lovforarbeidene fra den gang. Som jeg har pekt på foran (i 5.1), står Fribergs kommentar til det nye § 58 nr. 7 første ledd i klar motstrid til lovforarbeidene. Dertil forlot Friberg standpunktet fra 1978 i tredje utgave av kommentaren, i 1983. Der introduserte han i stedet synspunktet om «det vanlige». Dét føres så videre og overtas av Fougner og Holo (2006), men fortsatt uten å ha noen reell forankring; jfr. i 5.2 foran. Uansett er det et langt sprang å slutte fra en empirisk oppfatning av hva som måtte være vanlig, til en rettsnorm, om enn deklarasjonsmessig.

Når førstvoterende stiller opp en regel om at «midlertidige arbeidsavtaler som utgangspunkt ikke kan sies opp etter arbeidsmiljølovens ordinære oppsigelsesregler så lenge arbeidsavtalen løper, med mindre annet følger av avtale», må konklusjonen ut fra dette i det hele bli: Standpunktet har ikke et bærekraftig fundament. Analysen av det rettskildematerialet som er trukket frem, er svak. Og hva grunnen enn kan være, er det uheldig at Høyesterett bare forholder seg til et så selektivt og snevert rettskildegrunnlag som her, når domstolen tar mål av seg til å formulere alminnelige normer. Det er hverken domstolen eller rettslivet tjent med.

Et annet tankekors er dette: Hvis midlertidige arbeidsavtaler skal være uoppsigelige i kontraktperioden, hva blir da forholdet mellom dem og alminnelig «fast» ansatte med tidsbestemte arbeidsavtaler? For å parafrasere en forgjenger: Jeg setter at et foretak ansetter fem spesialister midlertidig for en femårsperiode for å bistå med et prosjekt om utvikling av nye teknologiske løsninger. Etter to-tre år kommer virksomheten i alvorlige økonomiske vanskeligheter. Det fører til at den må skrinlegge prosjektet og gå til nedbemanning. Skal de fem spesialistene da ikke kunne sies opp, men få beholde ansettelse ut femårsperioden – slik at virksomheten i stedet må si opp fem fast ansatte, kanskje med fem, seks ti eller 20 års tjenestetid i virksomheten? Kanskje var dette en problemstilling Høyesterett ikke anså som aktuell i fotballspillernes tilfelle og derfor unnlot å gå inn på. Men når retten gikk inn på en generell drøftelse av (u)oppsigelsesspørsmålet, hvilket heller ikke var nødvendig for resultatet, er det ikke til å unngå at man må spørre seg om Høyesterett også på dette punktet, likesom i rettskildeanvendelsen, ikke riktig har fått tak på hva man stod overfor.