

STEIN EVJU

Professor i arbeidsrett, Universitetet i Oslo
Honorær professor, Handelshøyskolen, Aarhus Universitet

Kontor:
Institutt for privatrett
Universitetet i Oslo
Postboks 6706 St. Olavs pl.
0130 OSLO

Privat:
Stensberggaten 14
0170 OSLO

Tlf.: 22 85 93 25

Tlf.: 909 82 695

Fax: 22 85 97 20

E-post: stein.evju@jus.uio.no *E-post:* stein@evju.name

Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep

0030 OSLO

17. oktober 2009

Deres ref.: 200607507-/IP

Min ref.: B 09/006 AID

HØRING – FORSLAG TIL NY LOV OM ARBEIDSTVISTER

Jeg har ikke foretatt en gjennomgang, men derimot en gjennomgåelse, av høringsnotatet og lovutkastet i saken. Jeg har enkelte bemerkninger, som følger nedenfor. De er kursoriske og begrenset til de punktene der jeg har særlige bemerkninger eller innvendinger. Arbeidssituasjonen tillater ikke at jeg skulle legge opp til et mer omfattende prosadokument med kommentarer til alle deler av notatet og forslagene. Men det burde heller ikke være nødvendig. Bortsett fra strukturen er mye ikke nytt og heller ikke noe det er særlig grunn til å kommentere i denne sammenhengen.

Om kjønnsløse betegnelser – eller å megle riket – høringsnotatets s. 5, 6, 8

Forslaget om å endre betegnelsen "riksmeglingsmann" til "riksmekler" er særdeles lite vellykket, for å si det mildt. "Mekler" – eller "megler" i min sprogbruk – er en generisk betegnelse. Vi har f.eks. aksjemegler, skipsmegler, og eiendomsmegler. Karakteristisk for disse er at personene megler – formidler mellom selger og kjøper – henholdsvis aksjer, skip (transport) og eiendom. Disse yrkesbetegnelsene har aldri hatt suffikset "mann". Dette suffikset har typisk vært knyttet til stillinger i det offentlige retts- og forvaltningsapparat. (En reservasjon må selvsagt gjøres for den klassiske, almene betegnelsen "formann", som har en rekke ulike konnotasjoner.)

Sett i sammenheng med sprogbruken ellers når det gjelder megler-betegnelsen, vil man ved å endre arbeidstvistlovgivningens betegnelse til "riksmekler", peke på en person som megler "riks". Det er ikke særlig godt. Hvis det er så om å gjøre å komme bort fra suffikset "mann", bør man i stedet vurdere å finne en helt annen betegnelse, f.eks. "rikets interessetvistmekler" eller "den nasjonale interessetvistmekler". Man bør ihvertfall unngå å la opptattheten av såkalt kjønnsnøytrale betegnelser lede ut i det parodiske. Det er da heller ikke slik at alle offentlige stillingsbetegnelser med "mann" har blitt endret. Noen egner seg nok dårlig. Vi har f.eks. "fylkesmann". Tittelen kunne i kjønnsnøytralitetens navn og i tråd med de omskrivninger som ellers er blitt brukt, bli "fylkesfører" eller "fylkesleder". Men det klinger ikke godt, ihvertfall ikke for dem som har noen kunnskap om perioden 1940-45. Så har vi "lagmann" og "førstelagmann". Det er så vidt jeg vet ingen som hittil har foreslått å erstatte

”mann” i disse titlene med ”leder”, slik man har gjort f.eks. for tittelen Arbeidsrettens formann. Men så vil heller ikke ”lagleder” (eller ”lagfører”) og ”førstelagleder” være særlig gode stillingsbetegnelser for dommere i ankeinstansen, vil jeg tro. Etter mitt skjønn er ”riksmekler” like lite vellykket.

Arbeidsgiverdefinisjonen i § 1

Formuleringsendringen fra ”sysselsetter en eller flere” til ”har ansatt” kan ha realitetsbetydning. Gjeldende lovs definisjon bygger på at vedkommende ”arbeidsgiver” ikke behøver å ha noen ansatt på det aktuelle tidspunkt, dersom han har en eller flere sysselsatt på noen tider av året. Jeg viser forsåvidt til drøftelsen av dette i min bok *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik* (1982). Hvis det er meningen at ”har ansatt” skal forstås på samme måte, bør dette gjøres meget uttrykkelig i forarbeidene.

Erstatningsansvar - § 9

Det ville være å foretrekke om en ny bestemmelse er tydeligere om skillet ”tariffstridig” og ”ulovlig”. Utkastet burde ha tatt opp og diskutert den problemstillingen som Arbeidsretten drøftet i ARD 1993.117 (128-130). Ihvertfall bør uttrykket ”ulovlige” i utkastets § 9 annet ledd skiftes ut med tariffstridige eller ulovlige”.

Plassfratredelse - § 17

Formuleringen i det foreslåtte første ledd siste punktum er vel ikke helt heldig. For det første har ikke uttrykket ”på tilsvarende måte” noen referanse i første ledd, hvis annet punktum bare gir en fristregel. Skriftlighetskravet i annet ledd faller utenfor referanserammen her. For det annet kan siste punktum favne for vidt, og det er uklart hva som skal gjelde dersom det ikke er avtalt noe (eller noen frister). De reglene som finnes i hovedavtaler om ”utvidelse”, knytter seg etter alminnelig forståelse til utvidelser innenfor rammen av den opprinnelige plassoppsigelse. De gir ikke en annen og ny frist for ytterligere plassoppsigelser. Slik den foreslåtte bestemmelsen er formet, kan den lett leses slik at den (også) omfatter utvidelse ut over den opprinnelige plassoppsigelsen. Og for en bruker som ikke har avtale, blir det ubesvart hva som gjelder hvis en første plassoppsigelse ønskes utvidet. Det vil være tjenlig med en referanse til og klargjøring av forholdet til utkastets § 15. Karakteristikken ”utvidelse” er dessuten egnet til å skape tvil her, fordi det i § 18 snakkes om utvidelse av *plassoppsigelsen*. I § 18 må det forutsetningsvis være tale om en annen slags utvidelse enn i § 17, hvor det er utnyttelse av en allerede gitt plassoppsigelse som omhandles.

Særregler om plassoppsigelse for midlertidige arbeidsforhold

Jeg har ingen særlige innvendinger mot at den nugjeldende lovs § 29 første – femte ledd ikke videreføres. Det er lite, om noe, som tyder på at bestemmelsene har hatt praktisk betydning etter at de ble innført. (Og plasseringen av dem er i alle fall systematisk sett gal og har ført til adskillig usikkerhet og enkelte grelle misforståelser.)

Det er imidlertid ikke treffende å knytte bestemmelsene til ”midlertidige arbeidsavtaler” *per se*. Som det er bemerket i høringsnotatet (s. 16), gjelder bestemmelsene for slike avtaler som er uoppsigelige i det avtalte tidsrom. Det er nok ikke riktig at man i 1976 antok at midler-

tidige arbeidsavtaler *per se* var uoppsigelige. Men de *kan* være det – og det var en viss praksis for bruk av slike uoppsigelige midlertidige avtaler.

Uansett er den premissen det bygges på i høringsnotatet, for enkel og dermed ikke riktig. Som utgangspunkt vil en midlertidig arbeidsavtale anses å være oppsigelig i den avtalte "løpetid". Dette er den deklarasjoniske utfyllingsregelen. Men en midlertidig avtale *kan* også være uoppsigelig; det kan følge av avtalen, uttrykkelig eller ved fortolkning i vid forstand. Jeg minner her om Arbeidslivslovutvalgets uttalelse forsåvidt: "Det vil bero på en tolkning av arbeidsavtalen hvorvidt det midlertidige ansettelsesforholdet i løpet av kontraktperioden er oppsigelig etter de ordinære oppsigelsesbestemmelsene i arbeidsmiljøloven" (NOU 2004: 5, s. 292). Det er ingen holdepunkter for at det ble bygget på noe annet i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). ALLUs standpunkt reflekterer den alminnelig antatte rettstilstand og den deklarasjoniske utfyllingsregelen.

Man kan fortsatt mene at de aktuelle bestemmelsene i gjeldende lov er unødvendige, fordi de ikke brukes i praksis eller fordi det ikke er grunn til å ha særregler for så vidt spesielle tilfeller. Men unødvendighet på grunn av oppsigelsesadgang er en forenkel og ikke treffende begrunnelse.

Kobling

Jeg er enig at den gjeldende bestemmelsen om kobling ikke videreføres. Jeg bemerker bare at i stedet for, eller ved siden av, bemerkningene vedrørende Danmark ville det være naturlig å vise til praksis fra the European Committee of Social Rights om Den europeiske sosialpakts artikkel 6(3) og Norge. Se forsåvidt Conclusions XVI-1 volume 2 (2003) og Conclusions 2004 Volume 2 (2004). (Se også Conclusions XVII-1 Volume 1 (2005) og Conclusions XVIII-1 Volume 1 (2006) med negativ konklusjon for Danmark ad artikkel 6(4).)

Arbeidsrettens domsmyndighet - § 37 annet ledd

Jeg bemerker at her legger utkastet opp til relativt omfattende ordlydsendringer. De er ikke i alle henseender vellykket, og de har større rekkevidde enn høringsnotatet synes å gi uttrykk for.

Gjeldende referanse til § 6 nr. 1 dekkes adekvat av annet ledd første punktum. Men utkastets formulering i annet punktum om "brudd på tariffavtaler" er da fullstendig overflødig. Det samme gjelder tredje punktums "erstatningsansvar for tariffbrudd". Begge deler er uomtvistelig "krav som grunner seg på tariffavtale". De gjentatte henvisningene til § 4 i gjeldende § 7 nr. 2 har som funksjon å trekke inn krav som ikke er grunnet på tariffavtale, særlig krav etter § 4 annet ledd. Derimot kan det ikke legges til grunn at Arbeidsretten idag har en alminnelig kompetanse til å behandle spørsmål om *ulovlig* arbeidskamp eller krav om erstatning for ulovlig arbeidskamp. Jeg viser forsåvidt igjen til dommen i ARD 1993.117 (128-130). Gjeldende § 7 nr. 2s henvisning til "tvister om det foreligger brudd på bestemmelsene i § 6 nr. 3" er en særregel om kompetanse til å behandle tvister som ikke gjelder tariffavtaler eller tariffbrudd. Ulovlighet på annet grunnlag hører ikke under Arbeidsretten. Det gjaldt f.eks. i sin tid også brudd på politilovens streikeforbud (et forhold jeg tok opp med

departementet for ca. 20 år siden). Det samme gjelder erstatningsspørsmål for ulovlig arbeidskamp, herunder erstatningskrav fra "tredjemenn". Den foreslåtte ordlyden i utkastet kan forstås slik at til og med dette siste skal falle inn under Arbeidsrettens saklige domsmyndighet.

Disse uklarhetene og utilsiktede kompetanseendringer bør unngås.

Arbeidsrettens "medlemmer" - § 39

Skal man bruke betegnelsen "dommer" om alle medlemmer i Arbeidsretten – og det er jeg helt ut i favør av – bør paragrafens overskrift reflektere dette. Den bør lyde "Arbeidsrettens dommere". Videre bør betegnelsen "meddommere" i første ledd unngås. Meddommer er domstolslovens standardbetegnelse på legdommere som trekkes for den enkelte sak. Arbeidsrettens legdommere er en kategori som skiller seg vesentlig fra dette. Det kan ikke være vanskeligere enn at man bruker uttrykket "fire andre dommere". Med "andre" står disse da som motsetning til "fagdommere". Annet ledd må endres tilsvarende. Det samme gjelder §§ 43 og 44.

Saksforberedelse - § 48

Som jeg har nevnt ved en tidligere anledning, er det kanskje ikke helt heldig at kompetanse til å beramme etter sjetten ledd er lagt til "saksforberedende dommer" uten reserverasjoner. Eftersom enhver av rettens tre fagdommere kan være saksforberedende, åpner det for at en av de to kan beramme uten konsultasjon med eller på tvers av direktiver fra Arbeidsrettens formann. I det lengste vil man selvsagt tro at intern strid ikke vil forekomme. Men det er vel ikke derfor nødvendig å legge til rette for det motsatte.

Megling i saker for Arbeidsretten

Forslaget om å innføre regler om megling i saker for Arbeidsretten anser jeg som meget uheldig. Hvis et formål er å "effektivisere saksavviklingen" (høringsnotatet s. 17), vil slike regler være kontraproduktive. De er mer egnet til å fremme flukt fra ansvar og forlengelse av saksbehandlingstiden.

Den foreslåtte § 51 er overflødig. Som det er pekt på i høringsnotatet, kan "forliksmegling" skje uformelt. I praksis vil det oftest komme opp i forbindelse med saksforberedende møter. Uformaliteten er da en forutsetning for å kunne uteske forliksmuligheter. Formalisering betyr en komplisering og virker som rent anstaltmakeri.

Regler om rettsmegling (utkastets § 52) har ingen fornuftig plass i prosessordningen for Arbeidsretten. Praktisk talt samtlige saker som behandles av domstolen, har de overordnede arbeidsmarkedsorganisasjonene som parter. Tvisteforhandlinger mellom dem er en prosessforutsetning. Hvis en av rettens dommere skal kunne henvise partene til "rettsmegling", får det nærmest karakter av en ansvarsfraskrivelse og et avlastningsmiddel. For partene vil det være et hinder for og en forsinkelse med hensyn til å kunne få en rettslig avklaring av det eller de tvistes spørsmål som de ikke seg imellom har kunnet komme til enighet om. De skritt til et mulig forlik som eventuelt kan tas, må kunne håndteres mest effektivt innenfor rammen av den alminnelige saksforberedelsen med bruk av saksforberedende møte(r). Hensynet til

Arbeidsrettens dommere kan ikke tilsi noe annet. Med den bemanning (*sic* : besetning/bepersoning?) domstolen nu har, må det være åpenbart at arbeidsbelastningen ikke er større enn at de oppgavene domstolen har ivaretatt tidligere, kan ivaretas også nu.

Jeg fraråder således sterkt at regler om megling tas med i et videre lovutkast.

Ledelse av hovedforhandling

Forslaget i utkastets § 53 annet ledd bør revurderes. Det er riktig og kurant at en av fagdommerne leder saksforberedelsen i en sak. Men det bør ikke åpne for at en annen enn rettens formann uten videre kan lede hovedforhandlingen. Det er viktig å holde fast ved at Arbeidsretten er en enhetlig institusjon, hvor rettens formann har og skal ha en sentral posisjon. Det vil være uheldig dersom loven åpner for at formannen kan "sette bort" ledelse av hovedforhandling etter forgodtbefinnende, og dermed trekke seg unna den dømmende virksomheten. Det som sies i høringsnotatet, gir inntrykk av at intensjonen er at også den tredje fagdommer skal kunne lede hovedforhandlinger. Dette kan selvsagt kombineres med en regel om at det er formannen (lederen) som normalt leder hovedforhandlinger. F.eks. kan en bestemmelse formuleres slik: "Rettens leder, eller ved forfall nestlederen eller den tredje fagdommer, leder hovedforhandlingen."

Saksbehandlingen - § 53

Henvisningen i utkastets åttende ledd til tvistelovens § 9-14 bør begrenses til § 9-14 annet ledd. Ellers blir det en direkte motsigelse med utkastets § 53 tredje ledd, som gir mulighet for skriftlig (hoved)forhandling.

Inhabilitet

På s. 28 i høringsutkastet sies det i tilknytning til gjeldende lovs § 14 at dommerordningen er "et viktig grunnelement i arbeidstvistloven og i og for seg en videreføring av voldgiftsordningen som partene hadde etablert forut for arbeidstvistloven". Dette er galt og bør ikke gjentas i senere dokumenter. Den opprinnelige ordningen for sammensetning av Arbeidsretten innebar et klart og bevisst brudd med tidligere voldgiftspraksis, hvor nettopp sammensetningen av voldgiftsretter og inhabilitet var hyppig omtvistede spørsmål. Tredje og fjerde ledd i § 14 ble dessuten ikke føyet inn i loven før i 1937. Tillat meg i denne sammenheng å vise også til kjennelsen i ARD 1991.60 (som er nevnt i notatet på s. 29)

Forslaget i utkastets § 42 annet ledd annet punktum kan jeg slutte meg til. Der spørsmål om inhabilitet reises *under* en hovedforhandling, legger jeg til ut fra notatets s. 31 at det skal fortsettes slik praksis har vært.

Stansning m.v.

Den praksis med "berostillelse" som beskrives i høringsnotatet på s. 33-34, er et fenomen som er ukjent for meg. Det bør ikke forekomme. For å motvirke at slikt skjer igjen, bør det ikke bare sies i forarbeidene at "berostillelse" antas å miste sin praktiske betydning (s. 34). Det å innføre regler om stansning endrer ingenting her; stansningsregler har vært anvendt tidligere også, slik det er pekt på i notatet. Det bør sies tydelig i forarbeidene at "berostillelse" på annen måte enn ved stansning *ikke* skal forekomme.

Rettsforlik

Jeg forholder meg ikke til spørsmål om rettsforlik under rettsmegling, ettersom jeg mener at rettsmegling ikke bør innføres i saker for Arbeidsretten.

Forslaget om å gi tvistelovens § 19-12 annet – fjerde ledd anvendelse (notatets s. 37/utkastets § 62 annet ledd) er en anomali og en systemfremmed hybrid. Det virker søkt at en tingrett skal kunne prøve en sak som er avgjort i Arbeidsretten, selv om det er ved rettsforlik. Andre lignende spørsmål kan påkjæres (nu: ankes) til Høyesteretts ankeutvalg etter reglene i gjeldende lovs § 26 nr. 2 og 3 jfr. § 26 a nr. 5. En tilsvarende løsning bør overveies her. Argumentet om at det ville innebære en utvidelse av "Arbeidsrettens kompetanseområde" å la Arbeidsretten behandle søksmål om gyldigheten av rettsforlik, kan ikke ha nevneverdig vekt. Det grunnleggende utgangspunktet i vår prosessordning er at saker som hører under Arbeidsretten, hører under Arbeidsretten: Hvis en sak er avgjort ved voldgift, hører søksmål om voldgiftsdommens gyldighet under Arbeidsretten, ikke under tingrett; jfr. Rt. 1955.163. Det tilsvarende kan appliseres på søksmål om rettsforlik uten at det innebærer noen egentlig utvidelse av Arbeidsrettens domsmyndighet. Den reelle innvendingen er derimot at det lett kan oppstå vanskelige eller uakseptable inhabilitetsproblemer dersom Arbeidsretten skal behandle avgjørelser truffet i retten selv. Anke til Ankeutvalget, eventuelt til lagmannsrett dersom umiddelbar bevisførsel antas å være viktig i slike tilfeller, må være å foretrekke.

Partenes representanter – utenlandsk advokat


Med de endringene som foreslås i utkastets § 46 vedrørende partsrepresentantbegrepet og nasjonalitetskrav, er kjennelsen i ARD 1995.140 ikke lenger aktuell på samme måte. Jeg savner likevel noen bemerkninger om forholdet til EØS-retten. Utkastet viser til tvistelovens § 3-3 femte ledd. Samme paragrafs sjette ledd er derimot forbigått i stillhet. Det etterlater en viss usikkerhet om hva som tilsiktes.

Petitesser

På s. 25 i høringsnotatet sies det at det ikke finnes statistikk for hvor lang tid som gjennomsnittlig brukes på domsskrivning, "men det er på det rene at det i noen tilfeller går 2-3 måneder fra hovedforhandlingens avslutning til avsigelse av dom". Det siste er utvilsomt riktig. Men det bør understrekes at det gjelder tiden etter 2000. Før dette forekom slik eksessiv tidsbruk ikke. Det første er derimot ikke aldeles riktig. Det finnes statistikk, ihvertfall for årene 1984 – 1999, men den er ikke aggregert og publisert. Tallene skulle imidlertid være enkelt tilgjengelige i Arbeidsretten.

På s. 38 brukes uttrykket "den sentrale Arbeidsretten". En slik tautologi bør unngås; den er strengt tatt utilstedeilig. Vi snakker ikke om "den sentrale Høyesteretten" (eller den alminnelige sådanne). Arbeidsretten med stor A er én, og en klart definert, domstol. Adjektiver er ikke på sin plass og er dessuten overflødige når motsatsen er "lokale arbeidsretter".

Med vennlig hilsen



Stein Evju

