

Denne fil er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Open Archive <http://brage.bibsys.no/bi>

Den inneholder akseptert og fagfellevurdert versjon av artikkelen sitert under. Den kan inneholde små forskjeller fra den originale pdf-versjonen publisert i tidsskriftet.

Fougner, J. (2018). Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll. *Arbeidsrett*, 15(1), 37-60 DOI: <http://dx.doi.org/10.18261/ISSN.1504-3088-2018-01-02>

Tidsskriftets forlag, Universitetsforlaget, tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører. <https://www.universitetsforlaget.no/Tidsskrift/Open-access>

Forlagets publikasjoner er tilgjengelige via www.idunn.no

ARBEIDSGIVERS FRIE SKJØNN - ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT OG DOMSTOLSKONTROLL

Advokat (H) Professor II P.hD Jan Fougner

1. INNLEDNING

Styringsretten er betegnelsen på arbeidsgivers rett til å treffe beslutninger om virksomheten og ansettelsesforholdet. Tradisjonelt angis styringsretten som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. Det som skal drøftes er spørsmålet om enhver styringsrettsbeslutning kan bringes inn for domstolene og dernest om det er begrensninger i domstolenes prøvingsadgang.

Spørsmålet er aktualisert fordi Høyesterett i de senere årene har behandlet en rekke styringsrettsbeslutninger,¹ samtidig som det i juridisk teori er argumentert for at domstolene har "*full prøvelsesrett*" i slike saker.² Nedenfor vil det bli vist at det dels gjelder begrensninger i hvilke styringsrettsbeslutninger som kan underkastes rettslig prøvning og dels at det gjelder klare begrensninger i domstolenes prøvingsadgang. Domstolene kan prøve fullt ut om arbeidsgiver har hjemmel til å treffe beslutningen, men domstolene kan ikke prøve arbeidsgivers frie skjønn.

2. OM UNDERORDNING OG BEHOVET FOR DOMSTOLSKONTROLL

Arbeidsgivers styringsrett er en forutsetning for arbeidsavtalen.³ Det henger grunnleggende sett sammen med arbeidsavtalens karakter og varighet. Arbeidsavtalen er langsiktig og som regel tidsubestemt.⁴ Det sier seg selv at det er vanskelig å beskrive arbeidsplikten presist i et forhold som kan løpe over mange år. Arbeidskraftsbehovet vil variere i avtaleperioden, dels som resultat av endringer i markedsforhold og dels teknologisk utvikling. Produkter og tjenester endres, faller bort og nye kommer til. Arbeidsavtalen er derfor pr. definisjon en ufullstendig og dynamisk kontrakt.⁵ Arbeidsavtalens mangel på fullstendighet kompenseres gjennom en forutsetning om arbeidsgivers styringsrett.⁶ Forutsetning om arbeidsgivers styringsrett henger nøye sammen med den omstendighet at arbeidstakeren ikke leverer en bestemt tjeneste, men stiller sin arbeidskraft til løpende disposisjon for arbeidsgiveren og dermed gir arbeidsgiveren styringsretten. Arbeidsgivers styringsrett er derfor et grunnleggende karakteristika ved fastsettelsen av arbeidstakerbegrepet.⁷

Det forhold at en av partene i en kontrakt har "*styringsrett*" overfor en annen innebærer at det gjelder et overordnings- og underordningsforhold og dermed en relasjon hvor styrkeforholdet per definisjon er ulikt. Evju har formulert det slik: "*I begge henseende er kjernen i grunnforestillingen den at arbeidsgiveren har en makt vis a vid arbeidstakeren til å treffe avgjørelser og fastsette bestemmelser med virkning for arbeidsforholdet og dets*

¹ Se for eksempel i Rt. 2000 s. 1602, Rt. 2001 s. 418, Rt. 2002 s. 1576, Rt. 2008 s. 856, Rt. 2008 s. 1246, Rt. 2009 s. 1465, Rt. 2010 s. 1412, Rt. 2011 s. 841, Rt. 2014 s. 65 og Rt. 2014 s. 402.

² Se Hotvedt og Ulseth: *Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsøktett*. Arbeidsrett 2013 s. 1112-1208.

³ Se Fougner: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*. Oslo 2007 s. 141.

⁴ Se arbeidsmiljølovens § 14-9 første ledd.

⁵ Se i den sammenheng Rt. 1927 s. 296: "*Al den stund hyrekontrakten selv ikke inneholder – og vanskelig kan inneholde – en spesifisert opregning av det arbeide, den skal omfatte...*". Se også Evju: "*Den regulerer ikke i kontraktsforholdet – partenes gjensidige rettigheter og plikter – i detalj, men forutsetter fastsettelse og komplettering gjennom kontraktsforholdets løp*". Arbeidsrett og styring – et perspektiv. Arbeidsrett og arbeidsliv bind I hefte 1 Oslo 2003 s. 7.

⁶ Se Fougner: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*. Oslo 2007 s. 152.

⁷ Se Rt. 2013 s. 354 premiss 38: "*-Arbeidstakaren har plikt til å underordne seg arbeidsgiveren si leiling og kontroll av arbeidet*".

innhold. Det er her tale om en makt for arbeidsgiveren til ensidig å fastsette bestemmelser som er bindende for den annen part i kontraktsforholdet. Det er nettopp denne funksjonen som gir grunnlaget for å karakterisere arbeidsforholdet som et underordningsforhold...".⁸ Når spørsmålet om domstolenes prøvelse av styringsrettsbeslutninger ikke bare er aktuelt, men også viktig, henger det nettopp sammen med underordningsforholdet. Behovet for domstolskontroll øker naturligvis når en viktig relasjon som arbeidsforhold ikke opererer med likestilte parter. Selv om det for øvrig er mange prinsipielle forskjeller mellom styringsbeslutninger og forvaltningsavgjørelser, har arbeidstakeren og borgeren det til felles at de er underordnet noen som har myndighet. Det er derfor ikke overraskende at domstolene i sin tilnærming ved prøvning av styringsrettsbeslutninger langt på vei benytter seg av den lære som er utviklet for domstolskontroll av forvaltningsavgjørelser.

3. NÆRMERE OM SKILLET MELLOM VIRKSOMHETS- OG ARBEIDSLEDELSE

Styringsrettsbegrepet omfatter prinsipielt sett to typer avgjørelser; dels de beslutninger arbeidsgiver treffer om virksomheten og dels de beslutninger arbeidsgiver treffer om ansettelsesforholdet. Dette skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse er prinsipielt viktig ikke bare fordi grunnlaget for arbeidsgivers beslutning er ulik, men fordi rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett – og dermed domstolskontrollen - er forskjellig avhengig av om beslutningen gjelder virksomheten eller ansettelsesforholdet. Arbeidsgiver behøver som hovedregel ikke påvise noe særskilt rettsgrunnlag for å treffe beslutninger med virkninger for virksomheten. Selv om slike beslutninger kan få betydelig indirekte konsekvenser for de ansatte, er begrensningene i styringsretten få. Når det derimot gjelder arbeidsgivers adgang til å treffe beslutninger med direkte virkning for ansettelsesforholdet, er begrensningene langt mer omfattende. Det skyldes at denne siden av styringsretten berører det som er avtalt.

Virksomhetsledelse er prinsipielt sett utøvelse av autonom kompetanse og forutsatt at arbeidsgiver gjennomfører de konsultasjoner som følger av lov og avtale⁹, kan slike beslutninger i utgangspunktet treffes etter eget forgodtbefinnende. I Rt. 1989 s. 508 har Høyesterett uttrykt det slik: *"I prinsippet hører det til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelser om nedlegging eller fortsatt drift. Men bedriftseiere må følge den fremgangsmåte som er fastsatt i lov- og avtaleverk for å sikre at også de ansatte – som slike vedtak i høyeste grad vedkommer – får anledning til å gjøre sine synspunkter gjeldende".* Arbeidsretten har i sin praksis benyttet tilsvarende formuleringer: *"Arbeidsretten finner det utvilsomt at kommunen må ha den fulle rett til å ordne sin administrasjon som den selv ønsker".¹⁰* Arbeidsgivers frihet i denne sammenheng henger sammen med at arbeidsgiveren etter lovgivningen for øvrig er ansvarlig for forvaltningen av virksomheten.¹¹ Dette perspektivet understreket Arbeidsretten i ARD 1981 s. 591 hvor det heter: *"Det er på det rene at staten har styringsretten når det gjelder å bestemme omfanget og organisering av Forsvarets virksomhet innenfor disse rammer og fastsette antall stillinger og deres nivå for å kunne gjennomføre virksomheten på en forsvarlig måte".*

Når det derimot gjelder arbeidsgivers adgang til å treffe beslutninger med direkte virkning for ansettelsesforholdet, er begrensningene langt mer omfattende. Det skyldes at denne side av styringsretten berører det som er avtalt.¹² Når spørsmålet om domstolenes prøvelse av styringsrettsbeslutninger skal drøftes, må det følgelig gjøres et grunnleggende skille mellom virksomhetsbeslutninger og beslutninger som har betydning for arbeidsavtalen. Det er bare den siste kategorien av avgjørelser hvor det er behov for domstolskontroll av betydning. I slike saker er domstolskontrollen dermed begrenset. I arbeidsrettssaker

⁸ Se Evju: *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind I hefte 1 2003 s. 11.

⁹ Se Fougner: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidspplikt*. Oslo 2007 s. 270 flg.

¹⁰ Se ARD 1963 s. 12.

¹¹ Se for eksempel aksjelovens § 6-12 nr. 1 og § 6-14 nr. 1.

¹² Fougner: *Arbeidsgivers styringsrett – skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse*. Arbeid og Rett, Festskrift til Henning Jakhelln 2009 s. 235-256. Se også Evju: *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, Arbeidsrett og arbeidsliv, bind I hefte 1 2003 s. 15.

prøver domstolene ikke om arbeidsgiver har kompetanse til å treffe virksomhetsbeslutninger etter selskapsrettslige eller andre relevante kompetansegrunnlag. Domstolene kan bare prøve om de saksbehandlingsregler som er oppstilt i lov og avtale til beskyttelse av arbeidstakerne er fulgt. I det ligger at domstolene ikke kan foreta noen innholdskontroll av beslutningen. Beslutningens innhold hører under arbeidsgivers frie skjønn og faller dermed utenfor domstolskontrollen.¹³

4. VILKÅRET OM "RETTSKRAV" I TVISTELOVENS § 1-3

Det følger av tvistelovens § 1-3 at det bare kan reises sak for domstolene om "rettskrav". I forarbeidene er rettskravsbegrepet forklart med uttrykket "rettslig regulering".¹⁴ Det er følgelig et vilkår å bringe et krav inn for domstolen at det reguleres av rettsregler. I forarbeidene er det angitt at interessetvister, faktiske omstendigheter og faglige vurderinger faller utenfor nettopp fordi disse ikke er regulert av rettsregler. I Rt. 1972 s. 1071 ble søksmålet avvist fordi påstanden om at en metode for bakteriologisk kontroll utarbeidet av en metodikkomite ikke kunne sies å gjelde et "rettsforhold", men dreide seg om hvorvidt en fremgangsmåte måtte "anses ubegrunnet og misvisende". I Rt. 1998 s. 607 ble et krav om innplassering i et bestemt lønnstrinn i statens lønnsregulativ avvist. Høyesterett kom til at de lønnspolitiske retningslinjene som ble fulgt ved de lokale forhandlingene ikke var rettsregler. I avgjørelsen heter det: "I lokale forhandlinger er det tale om løsning av interessetvister hvor det må tas en rekke ulike hensyn. Jeg er således ikke enig med lagmannsretten når den uttaler at "de nødvendige overveielser må sies å være av rettslig art"¹⁵.

Det forhold at en beslutning er truffet i et over- og underordningsforhold innebærer ikke i seg selv at rettskravsvilkåret dermed er oppfylt. I lovforarbeidene er det derfor pekt på at det ikke kan reises søksmål for å få domstolene til å gi en tillatelse som det hører under forvaltningens frie skjønn å gi.¹⁶ I Alta-saken uttrykte Høyesterett det tilsvarende slik: "Selv om et reguleringsvedtak berører naturverninteresser, kan en interesseorganisasjon som Norges Naturvernforbund ikke reise søksmål med påstand om å få vedtaket underkjent eller endret av den grunn at forbundet er uenig i vedtaket. Det må som nevnt være et rettskrav som gjøres gjeldende, og det er ikke tilstrekkelig å anføre at myndighetene ut fra hensynet til naturvernet burde ha truffet en annen avgjørelse eller fastsatt andre konsesjonsvilkår eller reguleringsbestemmelser".¹⁷ I arbeidsforhold kan arbeidstaker derfor ikke saksøker arbeidsgiver og be om dom for at for eksempel et nedleggelsesvedtak skal kjennes ugyldig fordi det er bedriftsøkonomisk ulønnsomt eller andre måter forretningsmessig ufornuftig. Det samme gjelder i offentlig sektor; de ansatte i Konkurransetilsynet kunne eksempelvis ikke ha angrepet Regjeringens beslutning om flytting av tilsynet til Bergen, med den begrunnelse at rekrutteringsmulighetene ville ha blitt dårligere og at Konkurransetilsynet dermed ville blitt svekket. I slike "politiske spørsmål" må ansatte i privat og offentlig sektor nøye seg med å kjempe for sitt syn gjennom de samhandlingskanaler som er oppstilt i lov og avtaleverk og ellers benytte de arenaer som er tilgjengelige innenfor vår demokratiske styreform.

Når domstolene ikke kan overprøve innholdet i forvaltningens avgjørelser, henger det ikke bare sammen med vilkåret om "rettskrav", men også med maktfordelingslæren som bygger på rolledeling mellom lovgiver, forvaltningen og domstolene.¹⁸ I arbeidsforhold i privat sektor vil ikke konstitusjonelle prinsipper kunne begrunne noen begrensning i

¹³ Etter omstendighetene kan det finnesskranke oppstilt lovgivningen som kan sette skranke for arbeidsgivers skjønnsutøvelse. Diskrimineringslovgivningen er et slikt eksempel.

¹⁴ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 365.

¹⁵ Se også Rt. 2010 s. 880 hvor et søksmål om rekkevidden av endring i ekteskapsloven ble avvist. Høyesteretts ankeutvalg kom til at loven som ble angrepet ikke hadde noen rettslige konsekvenser for de ankende parter ekteskap og at kravet til rettslig interesse ikke var oppfylt; "kjernen i søksmålet synes å være at de ankende parter ikke ønsker at deres ekteskap skal være av samme karakter som likekjønnede ekteskap. Dette synes imidlertid å være et spørsmål om verdivalg, og ikke et spørsmål som kan være gjenstand for rettslig prøving".

¹⁶ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 365.

¹⁷ Rt. 1980 s. 569.

¹⁸ Eckhoff og Smith: *Forvaltningsrett* 2009 s. 544-545.

domstolskontrollen. I slike arbeidsforhold må begrensninger utelukkende bygge på betingelsen om "rettskrav" i tvistelovens § 1-3.¹⁹

Høyesterett har ved bedømmelse av om det foreligger "rettskrav" angitt at det også må vurderes om det er rimelig og naturlig at tvisten behandles av domstolene. I Rt. 1979 s. 468 kom Kjæremålsutvalget til at en "rimelig og naturlig tolkning av begrepet "rettslig interesse"" tilsa "at de indre anliggende i dette orkesteret må ligge utenfor hva domstolene rimeligvis bør prøve". Se Rt. 1995 s. 1111 hvor Høyesterett kom til at det ikke forelå rettslig interesse for å få prøvet gyldigheten av et vedtak om regelendring for gjennomføring av sluttspillet i bordtennis. Høyesterett kom til at tvisten gjaldt forhold som "naturlig bør avgjøres innen idrettens organer, hvor det ut fra rettsikkerhetsperspektiv er lite behov for domstolsprøving".

Ved vurderingen av om det foreligger et rettskrav er partenes pretensjoner ikke avgjørende. Domstolene må ta selvstendig standpunkt til om søksmålet gjelder rettskrav. Noe annet er at domstolen ved prøving av søksmålsvilkårene må bygge på partenes pretensjoner når det gjelder faktum og de rettsregler som saksøker påberoper.²⁰

I arbeidsforhold har Høyesterett i Rt. 1991 s. 1468 angitt at det på "dette rettsfelt ikke er grunn til å stille for strenge krav til søksmålsinteressen". Selv om saken gjaldt spørsmålet om det forelå en tilstrekkelig aktuell interesse, var avgjørelsen likevel viktig fordi Høyesterett generelt anga at det på "dette rettsfeltet" ikke er grunn til å stille for strenge krav. Saken gjaldt gyldigheten av et ansettelsesvedtak av en vikar hvor saksøkeren mente at han var urettmessig forbigått ved ansettelsen. Vikariatene var senere falt bort og en eventuell ugyldighet ville derfor kun klargjøre om grunnlaget for ansettelsesvedtaket var lovlig. Lagmannsretten mente at saksøker hadde tilstrekkelig rettslig interesse i å få saken prøvet, men kjennelsen ble opphevet av Høyesterett. Lagmannsrettens lovforståelse innebar at rettslig interesse forelå selv om "saksøkeren erklærer at han ikke ønsker å oppnå noe konkret, men bare å få fastslått at tilsettingsorganet handlet ulovlig ved tilsettingen". Lagmannsretten hadde i den sammenheng bygget på kjennelsen i Rt. 1990 s. 460 hvor det blant annet het: "Etter utvalgets mening må det legges til grunn at en forbigått søker til en offentlig stilling må anses å ha rettslig interesse i søksmål om ansettelsesvedtakets gyldighet. Dette må antas å gjelde selv om søksmålet ikke vil ha noen rettslig betydning for den som fikk stillingen, og selv om denne ikke er gjort til part. Det kan da heller ikke ha betydning for den rettslig interesse at den som fikk stillingen er sluttet. Det vises for øvrig til Lorange Backer: "rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage" (1984) s. 93-94". I saken i Rt. 1991 s. 1468 tilsidesatte Høyesterett uttrykkelig den rettsoppfatning som er formulert i Rt. 1990 s. 460 og anga: "Generelt vil rettslig interesse bare foreligge dersom en rettsavgjørelse har betydning for saksøkerens rettsstilling. Det er ikke grunn til å gå inn på hva dette i sin alminnelighet innebærer. Legger man til grunn den oppfatning av utvalgets kjennelse i Rt-1990-460 som jeg foran har redegjort for, har man reelt sett latt dette vilkåret falle for denne typer saker. Jeg har kommet til at utvalgets kjennelse ikke har grunnlag i tidligere praksis og andre rettskilder av avgjørende betydning, og at den ikke bør legges til grunn for senere praksis". I stedet understreket Høyesterett at det må foreligge "et klart behov for en rettslig avklaring". Selv om det altså ikke er grunn til å stille for strenge krav til søksmålsinteressen i denne typer saker, må det likevel samtidig foreligge "et klart behov for en rettslig avklaring".

¹⁹ Se også Rt. 1975 s. 603: "Som allerede sagt, finner jeg at dette skjønn kan prøves av domstolene. Jeg understreker imidlertid at det er all grunn for domstolen til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelse i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som styret sitter inne med". Se Rt. 1995 s. 1427: "Jeg er etter dette kommet til samme resultat som lagmannsretten når det gjelder spørsmålet om domstolene kan prøve subsamsjonen. Det tilføyes at jeg også er enig med lagmannsretten i at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige skjønn bak et fredningsvedtak". Se Rt. 2009 s. 354: "Hvorvidt tiltaket må anses som et større bygge- og anleggsarbeid er i utgangspunktet et rettsanvendelsesskjønn. Plikten til å utarbeide reguleringsplan retter seg mot den enkelte kommune og skal avgjøres ut fra de samlede virkninger og konsekvenser av hele tiltaket. (...) Domstolen må vise betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplanen er nødvendig etter plan- og bygningslovens § 23 nr. 1".

²⁰ Se Rt. 1998 s. 607: "At saksøkeren mener at det krav som fremsettes, reguleres av rettsregler, ikke er avgjørende. Noe annet er at retten ved prøving av søksmålsvilkårene ikke kan prøve holdbarheten av det faktum eller de rettsregler som saksøkeren påberoper. Det er heller ikke et vilkår for avvising at det er klart uholdbart at søksmålsgrunnen ikke gjelder en rettighet eller et rettsforhold".

Vilkåret om "klart behov" for avklaring vil gjelde generelt og vil dermed inngå i rettskravsvurderingen. Det samme gjelder betydningen av domstolenes muligheter til å føre kontroll. Det siste aspektet er illustrert i Rt. 1998 s. 607 som gjaldt krav om dom for innplassering i et bestemt lønnstrinn. Høyesteretts primærbegrunnelse for avvisningen bygget som nevnt på at tvisten var en interesstvist og dermed ikke gjaldt en rettighet eller et rettsforhold. Høyesterett la imidlertid også vekt på at domstolene vil ha dårlig forutsetninger for å prøve en slik sak og uttalte: "Jeg legger også vekt på at saken åpenbart ikke egner seg for domstolsbehandling".

På tilsvarende måte må avgjørelsen i RG 2003 s. 914 forstås. I saken gikk to sjømenn til søksmål med krav om at ilagte advarsler ble kjent ugyldig. Lagmannsretten la til grunn at advarslene var gitt i kraft av styringsretten og innebar en "påpekning av et kritikkverdig forhold med derav følgende tilrettevisning. Det er således ikke tale om noen ordensstraff eller annen form for sanksjon som kan likestilles med slik straff. Slik lagmannsretten vurderer det, er det således ikke tale om noen reaksjon som på noen måte endrer partenes rettsstilling. Det nevnes at ved vurderingen av om et forhold kan anses som et rettsforhold vil det i tvilstilfelle også kunne tas i betraktning om det ut fra rettssikkerhetsmessig vurdering likevel vil være rimelig og naturlig at forholdet blir brakt inn for domstolene til prøving...". Videre heter det: "Det gjør seg således i denne saken ikke gjeldende hensyn av en slik styrke, det være seg så vel ut fra rettssikkerhets- som rimelighetsbetraktning, at det kan finnes rettslig grunnlag for en domstolsbehandling, tvistemålslovens § 54. Som tingretten har anført og som lagmannsretten slutter seg til vil det vern som en arbeidstaker bør ha i en situasjon der arbeidsgiver agerer med en advarsel, kunne ivaretas ved interne retningslinjer og regler i arbeidslivet".²¹

På Arbeidsrettens område vil vilkåret om at det må foreligge et krav som bygger på rettsregler, forutsetningen om behov for avklaring og hensynet til domstolenes forutsetninger for kontroll, innebære at mindre inngripende arbeidsgiverbeslutninger som knytter seg til daglig drift, men som likevel kan sies å få betydning for arbeidsforholdet, ikke kunne bringes inn for domstolene. Eksempler på slike avgjørelser kan være spørsmål om tidsbegrensede arbeidsledelsesbeslutninger som løpende treffes i forbindelse med utførelse av arbeidet, tildeling av kontor eller lignende, deltakelse på reiser og seminarer og andre lignende forhold.

5. NÆRMERE OM DOMSTOLENES ADGANG TIL OVERPRØVNING AV STYRINGSRETTSBESLUTNINGER

5.1 Innledning – skillet mellom prøvning av kompetanse og fritt skjønn

Selv om styringsretten er en forutsetning for arbeidsforholdet, og således inngår i enhver arbeidsavtalerelasjon og dermed representerer et overordnings- og underordningsforhold, er det likevel ikke slik at styringsretten er ubegrenset. Styringsretten springer ut av kontraktsforholdet slik at styringsrettens grenser prinsipielt må avklares ved en bedømmelse av de rammer arbeidsforholdet oppstiller. Høyesteretts utgangspunkt er at det foreligger en presumpsjon for at arbeidsgiveren kan treffe beslutninger som gjelder det å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. Samtidig er det på det rene at denne kompetansen til å treffe beslutninger kan være begrenset av bestemmelser fastsatt i lov, tariffavtale og arbeidsavtale.²² Når det oppstår spørsmål om arbeidsgiver har kompetanse

²¹ Avgjørelsen er i tråd med et obiter dictum i Rt. 2003 s. 480 som gjaldt om spørsmålet om en advarsel til kommunalt ansatt skulle regnes som ordensstraff og dermed som enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. I den sammenheng uttalte kjæremålsutvalget at forutsetningen for rettslig prøving var om advarselen "griper inn i tjenstemannens rettigheter eller plikter. En ren tjenestelig tilrettevisning vil således ikke omfattes". Sundet er i "Nyere høyesterettspraksis om prosessuelle spørsmål på arbeidsrettens område" Arbeidsrett 2004 s. 210-222 for øvrig kritisk til avgjørelsen i RG 2003 s. 914. Han angir at: "Avgjørelsen er diskutabel. Utgangspunktet må være at retten kan prøve beslutninger arbeidsgiver treffer med grunnlag i styringsretten, da det gjelder lovfestede og ulovfestede normer for utøvelse av styringsretten. De omtvistede advarslene hadde preg av å være en sanksjon for brudd på personalreglementet, gitt fra rederiet i egenskap av arbeidsgiver på grunnlag av rapporter fra kapteinen på skipet. Advarselen ble gitt en måned etter at forgåelsen fant sted, og lagt på vedkommendes personalmappe. Denne form for advarsler bør anses som rettsforhold etter tvistemålslovens § 54, og avgrensning av søksmålskompetansen må skje etter andre retningslinjer, for eksempel fordi det ikke foreligger noen konkret, praktisk interesse i å få prøvet spørsmålet fordi arbeidsforholdet var avsluttet. Avvisningen i RG 2003 s. 914 kunne kanskje ha vært begrunnet i at det nå ikke ville hatt betydning for deres rettsstilling å få dom for at advarselen var ugyldig, altså manglende aktualitet".

²² I Rt. 2000 s. 1602 var det uttrykt slik: "Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått".

til å treffe en bestemt beslutning vil domstolene følgelig måtte avgjøre det ved en tolkning av de mulige begrensningene som måtte følge av lov, tariffavtale og arbeidsavtale. Det er ikke tvilsomt at domstolene har full kompetanse til å prøve omfanget av de begrensninger som måtte gjelde. Spørsmålet om arbeidsgiver har myndighet til å treffe en bestemt beslutning må regnes som et rettsanvendelsesspørsmål som domstolene kan prøve fullt ut. Samtidig er det slik at domstolene ikke kan overprøve hvorledes arbeidsgiver velger å benytte den kompetansen han eller hun måtte ha. Arbeidsgiverskjønnet er fritt og domstolene vil bare kunne prøve om styringsretten er misbrukt ved at det er bygget på usaklig eller utenforliggende hensyn og ikke fremstår som vilkårlig.

Det følger av dette at det ved vurderingen av domstolenes prøvelsesrett derfor må skille grunnleggende mellom på den ene side fastlegging av arbeidsgivers kompetanse og prøvningen av arbeidsgiverskjønnet.

5.2 Nærmere om domstolenes kontroll av kompetansegrunnlaget

Som nevnt er Høyesteretts utgangspunkt at arbeidsgiver har kompetanse til å *"organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet"*, jf. Rt. 2000 s. 1602. Det foreligger en presumpsjon for at arbeidsgiver kan treffe beslutninger om disse forhold og det må påvises et rettslig grunnlag for å oppstille begrensninger i kompetansen. Avgjørelsen i Rt. 2001 s. 418 illustrerer tydelig hvordan Høyesterett tar utgangspunkt i presumpsjonen og deretter undersøker henholdsvis lov, tariffavtale, arbeidsreglement og deretter individuell kontrakt. Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne endre oppmøtestedet for en rekke ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø. For enkelte medførte endringen opp til 20 minutters lengre gangtid, hvilket igjen praktisk sett innebar en forlengelse av arbeidstiden med de samme 20 minuttene. De ansatte gjorde gjeldende at styringsretten var en restkompetanse og at arbeidsgiver ikke i kraft av denne kunne treffe beslutninger som var i strid med forpliktelse på annet grunnlag. De ansatte bestred derfor at Statoil ensidig uten kompensasjon kunne forlenge den tid arbeidstakerne reelt sett sto til disposisjon for arbeidsgiver med en korresponderende reduksjon av deres fritid.²³ Høyesterett avviste de ansattes innsigelser og kom til at arbeidsgiver hadde kompetanse til å treffe beslutningen. Høyesterett vurderte først om de individuelle arbeidsavtalene hadde en regulering av spørsmålet. Arbeidsavtalene viste i sin tur til Statoils arbeidsreglementer. Høyesterett kom til at verken arbeidsavtalen eller arbeidsreglementet hadde noen bestemmelser om oppmøtested. Høyesterett vurderte deretter om arbeidsmiljøloven hadde bestemmelser om oppmøtested, men kom til at reglene om hva som måtte regnes som arbeidstid og bestemmelsen om lengden av den alminnelige arbeidstid, ikke kunne sies å løse spørsmålet. Høyesterett fant det heller ikke dokumentert at det forelå fast praksis som hadde betydning for spørsmålet. Høyesterett konstaterte dermed *"at de individuelle arbeidsavtalene ikke innebærer at arbeidstiden skal regnes fra innpassering til utpassering av ytterport, slik arbeidstakerne har anført, og de tidligere retter har lagt til grunn"*. Da Høyesterett hadde konstatert at det ikke forelå begrensninger i kompetansegrunnlaget var Høyesterett tilbake på presumpsjonen om at arbeidsgiver hadde styringsrett og konstaterte deretter i neste setning: *"Det følger da av styringsretten at Statoil innenfor de rammer lovgivning og avtaler oppstiller, har rett til å fastsette det fremmøtested hvor arbeidstakeren skal stå til disposisjon for å utføre arbeidsoppgavene. Jeg viser til Høyesteretts avgjørelse i Nøkk-saken, Rt-2000-1602, hvor førstvoterende uttaler på side 1609: "Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten retten til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men det må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått"."*

Den samme teknikken benytter Høyesterett i Rt. 2002 s. 1576. Spørsmålet i saken var om arbeidsgiver var forpliktet til å opprettholde en kollektiv pensjonsordning. Arbeidsgiver

²³ Innskrenkningen i styringsretten er i dag blitt så omfattende at mange betegner styringsretten som en restkompetanse. På et tidspunkt indikerte Evju at styringsretten ikke lenger kunne ses som et selvstendig rettslig grunnlag: *"Ideen om arbeidsgivers styringsrett er for så vidt viktig i arbeidsretten. Men den er lite fruktbar som utgangspunkt når tanken og konkrete rettsspørsmål skal løses. Arbeidsgivers "styringsrett" er ikke et uavhengig, selvstendig rettsgrunnlag, men en restkompetanse. Det er et grunnleggende, sikkert utgangspunkt at arbeidsgiver ikke ensidig kan pålegge eller gjennomføre endringer i arbeidsvilkår, i vid forstand, overfor en arbeidstaker i strid med det som følger av arbeidsavtalen"*. Evjus standpunkt har ikke støtte i Høyesteretts praksis. Se nærmere om dette: Fougner: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt* s. 157-160.

argumenterte for at verken individuell kontrakt eller tariffavtale representerte noen "begrensninger i arbeidsgivers styringsrett". Høyesterett ga arbeidsgiver medhold. Høyesterett undersøkte først og fremst spørsmålet om pensjonsordningen var en del av arbeidstakernes individuelle arbeidsavtaler. Hvilket uten videre ville innebære at arbeidsgiver i kraft av styringsretten ikke ensidig kunne endre ordningen. Etter en detaljert analyse av avtaleforholdene kom Høyesterett til at de individuelle kontraktene ikke avskar bedriften fra å avvikle pensjonsordningen. Teknikken var altså den samme som i Kårstø-saken i Rt. 2001 s. 418; Så lenge de ansatte ikke kunne påvise noe grunnlag for å kreve opprettholdelse av status quo, hadde arbeidsgiver endringsadgang. Synspunktet ble forsterket i Rt. 2008 s. 1246 hvor spørsmålet var om Statoil var forhindret fra å fjerne en G-regulering av løpende pensjoner. Høyesterett kunne ikke se at det forelå kilder som indikerte at Statoil hadde bundet seg til å opprettholde denne reguleringen. Deretter heter det: *"Etter mitt syn innebærer imidlertid de forhold jeg har redegjort for, at det må antas å gjelde en viss presumpsjon for at arbeidsgiver, i dette tilfellet Statoil, ikke ved individuelle avtaler har gitt avkall på retten til å foreta endringer i pensjonsordningen for så vidt endringen ikke strider mot lov og ikke berører opptjente pensjoner"*. Høyesterett nøyer seg altså ikke bare med å fastslå at det er de ansatte som må påvise innskrenkninger i arbeidsgivers styringsrett; det forelå endog presumpsjon for at arbeidsgiver hadde slik endringsadgang. Dette begrunnet Høyesterett med at pensjonsavtalen gjennomgående var av så *"lang varighet at det må ventes å oppstå behov for endringer"*. I Rt. 2010 s. 412 ble synspunktet ytterligere forsterket. Der var spørsmålet om arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten kunne endre pensjonsordningen fra ytelsesbasert– til innskuddsbasert pensjon. Høyesterett kom til at endringen var rettmessig og tok i den sammenheng utgangspunkt i de nevnte pensjonsdommene fra Rt. 2002 s. 1576 og Rt. 2008 s. 1246. Deretter anga Høyesterett: *"Oppsummert forstår jeg dommene slik at det rettslige utgangspunktet er at arbeidsgiver kan gjøre endringer i en kollektiv pensjonsordning. For at dette utgangspunkt skal fravikes, må det foreligge holdepunkter av en viss vekt som tilsier at arbeidstakerne har rettigheter som er til hinder for endringer"*. Formuleringen representerer ikke bare en gjengivelse av de foregående dommene, men en tydeliggjøring. I Rt. 2002 s. 1576 fastslo Høyesterett at det er de ansatte som må påvise begrensninger i arbeidsgivers styringsrett, i Rt. 2008 s. 1246 ble det fastslått at det forelå en presumpsjon for at det ikke forelå slike begrensninger og i Rt. 2010 s. 412 ble dette forsterket ved at det dessuten måtte påvises holdepunkter *"av en viss vekt"* for å konstatere begrensninger i arbeidsgivers endringsadgang. Avgjørelsen i Rt. 2009 s. 1465 er et sjeldent, men viktig eksempel på at Høyesterett finner at arbeidsgiver har avtalt begrensninger i styringsretten som er til hinder for endringen. Spørsmålet i saken var om arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten kunne bestemme at arbeidstakere som tidligere hadde arbeidet kveldsvakter, nå skulle arbeide dagvakter. Høyesterett analyserte avtalegrunnlaget og tok utgangspunkt i at ikke *"enhver avtalebestemmelse om arbeidstid"* ville begrense arbeidsgivers styringsrett. I saken konstaterte Høyesterett imidlertid at det uttrykkelig var avtalt *"seinvakt"* hvoretter et pålegg om å arbeide *"dagvakter"* etter Høyesteretts mening ville være en *"så vesentlig endring i arbeidsforholdet at det normalt ikke kan gjennomføres i kraft av styringsretten"*.

5.3 Nærmere om tolkingsmetode

Ved fortolkningen av de begrensninger som måtte inngå i styringsretten, avhenger metodevalget av arten av begrensningen. Når Høyesterett vurderer om lovgivningen oppstiller begrensninger i styringsretten og dermed arbeidsgivers kompetansegrunnlag, benyttes alminnelige rettslig metode. Utgangspunktet tas i ordlyden og denne fortolkes i lys av forarbeidene og avklarende rettspraksis. Det oppstår ingen særskilte lovtolkingssspørsmål eller andre metodiske problemstillinger og det går derfor ikke nærmere inn på dette.

Ved fortolkningen av tariffavtaler er ordlydens relative vekt større enn ved fortolkningen av individuell avtale. Kristen Andersen har begrunnet det med at det på tariffavtalenes felt *"foreligger omstendigheter, som tilsier en noe annen innstilling om fortolkning og utfylling"*

enn i kontraktsretten i sin alminnelighet. I så måte er det i første rekke oppfordring til å påpeke at tariffavtalens ordlyd gjennomgående må tillegges særdeles stor betydning".²⁴ Det forhold at ordlyden spiller stor rolle, innebærer likevel ikke at man er henvist til en ren bokstavfortolkning. Hvis en slik fortolkning kommer i strid med hva begge parter har tilsiktet er det på det rene at den ikke skal legges til grunn.²⁵ Hvis det derimot ikke er enighet mellom partene om hva ordlyden inneholder, har Arbeidsretten i sin praksis og innenfor "forstandens og anstendighetens ramme, funnet det riktigst å holde seg til en ren språklig forståelse av ordlyden, selv om den ene eller den annen av partene med den største bestemthet hevder at denne forståelsen ikke samsvarer med partene under forhandlingene, og etter forholdene natur, er blitt enige om".²⁶ Høyesterett har godtatt Arbeidsrettens utgangspunkt slik det er beskrevet ovenfor. I Rt. 1996 s. 1696 anga Høyesterett at det i komplekse avtaleforhold er "spesielle hensyn som tilsier at det kan være problematisk å legge avgjørende vekt på subjektive forutsetninger hos forhandlerne, dersom disse forutsetninger ikke nedfelles i avtalen". Høyesterett fulgte opp uttalelsen i Rt. 2004 s. 297 og understreket: "Da avtaler mellom fagforeninger og en arbeidsgiver regelmessig gjelder flere enn to parter, må de fortolkes etter ordlyden ut fra en objektiv språklig forståelse. Det samme må gjelde for protokoller og retningslinjer i denne sak".

Grunnen til at Høyesterett har vektlagt ordlyden med tariffavtalefortolkning henger sammen med at det er "rettspolitisk fordelaktig å ha noe sikkert å holde seg til, så langt det er mulig. Ved denne rettspolitiske vurdering er det hensynet til partene man har hatt for tanke. De forhandlinger som går forutfor avslutningen av tariffavtalen, er som foran påpekt, ofte meget omfattende og langvarig. Dette medfører at partene etter noe tidsforløp gjennomgående er ute av stand til, eller i alle fall har uhyre vanskelig for, å huske hva som var sagt eller ikke sagt under forhandlingene. (...) Under hensynet til dette har Arbeidsretten funnet det betenkelig å innlate seg på å skifte sol og vind mellom partene, i den forstand at den i kraft av en sannsynlighets- og rimelighetsbestemt vurdering skal ta stilling til den ene eller den annen av dem har hukommelsen i orden i vedkommende situasjon. Det er meget vel mulig at den holdning Arbeidsretten på denne måte har inntatt, vil føre til at en avgjørelse i det enkelte tilfellet kan fortone seg som urimelig. Det spørres imidlertid om det ikke på lang sikt er bedre å trekkes med slike urimeligheter, enn å gi avkall på den sikkerhet og fastsett som en etterlevelse av ordlyden medfører. De "urimelige" avgjørelser man kan bli stilt overfor, vil den ene gang ramme den ene part, og den annen gang den annen. For så vidt kan dette med urimeligheten på et vis sies å gå opp i opp".²⁷

Også ved fortolkning av arbeidsavtalen tas det utgangspunkt i kontraktens ordlyd. Kristen Andersen uttrykte det slik: "På bakgrunn av det som nå er fremholdt, sier det seg selv at den personlige arbeidsavtalens egen ordlyd etter omstendighetene kan bli utslagsgivende for hvilke arbeidsoppgaver som påhviler arbeidstakeren dersom det i vedkommende arbeidsavtale er truffet uttrykkelige bestemmelser om disse oppgaver, vil således bestemmelsene bli å følge i den utstrekning de er utvetydig, og verken strider mot lov, tariffavtale eller arbeidsreglementet".²⁸ Høyesteretts avgjørelse i seinvakt-saken i Rt. 2009 s. 1465 er et eksempel på dette, hvor Høyesterett la avgjørende vekt på ordet "seinvakt" i arbeidsavtalen.

I tillegg til å se på den alminnelige forståelsen av ordlyden fortolkes ordlyden i sammenheng med avtalens formål og bakgrunn. Avtalens forhistorie kan være selvstendige kilder, men kan også kaste lys over ordenes rette mening og slik sett tjene som indirekte kilde. Formålet og bakgrunn utgjør ordlydens kontekst i vid forstand og inngår derfor i selve ordlydsfortolkningen. Etter omstendighetene er det nødvendig å

²⁴ Se Andersen: *Fra arbeidslivets rett* s. 99.

²⁵ Se ARD 1937 s. 1 og ARD 2. desember 1955.

²⁶ Se Andersen: *Fra arbeidslivets rett* s. 99.

²⁷ Se Andersen: *Arbeidsretten og organisasjonene* s. 131 flg.

²⁸ Se Andersen: *Fra arbeidslivets rett* s. 99.

hensynta en rekke øvrige skriftlige kilder til utfylling av det bilde avtaleteksten gir. Stillingsannonse eller utlysningstekst er de kilder som først skaper forventninger hos arbeidstaker. Reglementet eller instruks for stillingen kan også være relevante som uttrykk for avtaleforutsetninger. Praksis eller sedvane er også på arbeidsrettens område en sentral rettskilde. Det er likevel slik at praksis først og fremst er relevant ved fortolkningen av tariffavtale. Det skyldes først og fremst at det er tariffavtalen som har bredde av varighet at bindende normer kan etableres.²⁹ Det forhold at arbeidsavtalen nærmest uten unntak aldri regulerer styringsrett og endringsadgang og i seg selv er en ramme som krever utfylling, innebærer at domstolene må ta i bruk omfattende fortolkningsmodeller for å avklare om det gjelder begrensninger i arbeidsgivers kompetansegrunnlag. Det vil føre for langt å gå inn på alle de spørsmål denne problemstillingen reiser. I denne sammenheng skal det imidlertid pekes på et forhold av særlig betydning, og det er at Høyesterett etter år 2000 forlot det man kan kalle et statisk tolkningsprinsipp og siden har anvendt det man kan kalle en dynamisk fortolkning av arbeidsavtalen.

Frem til å 2000 representerte bruken av "grunnpregsstandard" en statisk fortolkningsmodell.

Grunnpregsstandard ble introdusert av Kristen Andersen i 1967-boken fra Arbeidslivets rett. Der uttalte han: *"Det bør nemlig være hevet over tvil at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med"*.³⁰ Kristen Andersen forsøkte selv ikke å forklare innholdet i grunnpregsstandard. Den ble presentert etter en gjennomgang av en dom som omhandlet arbeidspikten i et individuelt forhold. Grunnpregsstandard ble oppfattet som en begrensning i arbeidsgiverens styringsrett. Det fremgår av rettssetningens henvisning til at *"arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere"* en arbeidstakers arbeidsområde, slik at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen direkte eller indirekte opererer med. Uttrykket *"ikke ensidig"* henviser til styringsretten. Med uttrykket *"grunnpreg"* henspiller på ideen om at en stilling har en kjerne eller visse karakteristika som gir den et bestemt preg. Rettssetningen angir dernest at grunnpreget identifiseres ved å klarlegge hva *"arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med"*. Slik sett er det et sikkerhetsmoment i grunnpregsstandard som gjør at *"grunnpreget"* ikke representerer noe annet enn henvisning til arbeidsavtalen i *"direkte eller indirekte form opererer med"*. I teori og praksis ble grunnpregsstandard forstått slik at det måtte foretas en sammenlignende vurdering av innholdet i arbeidsforholdet før og etter styringsrettsbeslutningen.³¹ Denne sammenlignende vurdering av stillingsinnholdet var tilbakeskuende. Sentralt i før- og ettertesten er stillingsinnholdet slik det de facto hadde vært før endringsbeslutningen kom. Fortolkningen var til.....

Selv om grunnpregsstandard hadde et meget tynt rettskildemessig grunnlag, ble den likevel godtatt i juridisk teori.³² Det kan skyldes flere forhold; For det første representerte rettssetningen en betydelig forenkling. Spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett hadde vært oppe i en rekke avgjørelser og det skulle bli flere i årene som fulgte. For det annet var Kristen Andersen den gang Arbeidsrettens formann og det måtte antas at Arbeidsretten for sin del vil følge den rettssetning domstolens leder hadde oppstilt. Arbeidslivets parter måtte derfor forholde seg til grunnpregsstandard. I underrettene fikk grunnpregsstandard et ikke ubetydelig gjennomslag. Selv om Arbeidsretten har lagt betydelig vekt på praksis ved fastlegging av arbeidsgivers endringsadgang, har retten selv likevel aldri uttrykkelig vist til grunnpregsstandard. Høyesterett har heller aldri begrunnet noen avgjørelse i grunnpregsstandard. Avgjørelsen i Rt. 1964 s. 1345 bygger

²⁹ Se nærmere om disse tolkningsproblemer i Fougner: *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplicht* s. 180-206.

³⁰ Se Andersen: *Fra arbeidslivets rett* s. 101.

³¹ Se Bjørnaraa, Gaard og Selmer: *Norsk tjenestemannsrett* s. 477.

³² Se Bjørnaraa, Gaard og Selmer: *Norsk tjenestemannsrett* s. 744.

imidlertid på en tenkning som minner om grunnpregsstandarden. Saken gjaldt spørsmålet om jordmor kunne pålegges å tjenestegjøre som assistentsykepleier i oppsigelsestiden. Bakgrunnen for endringsbeslutningen var at fødeavdelingen ved sykehuset ble nedlagt. Jordmoren hadde tidligere arbeidet som assistentsykepleier ved samme sykehus. Høyesterett fant endringsbeslutningen rettsstridig og uttalte blant annet: *"Når sykehuset ikke får medhold i sin tolking av tariffavtalen, kan jeg ikke se at det når frem med en henvisning til alminnelige arbeidsrettslige prinsipper. Det kan nok tenkes akutte situasjoner hvor de ansatte må finne seg i midlertidig å utføre arbeid som faller utenfor de gjøremål de etter arbeidsavtalen plikter å påta seg. (...) Det bør også fremheves som et moment av viktighet at arbeidet som jordmor ved sykehuset etter den dokumenterte instruks adskiller seg markert fra sykepleierarbeidet, slik at det ikke gjaldt overføring til likeartet arbeid".*³³

I år 2000 kom en Høyesterettsavgjørelse som markerte et brudd med grunnpregsstandarden. Saken gjaldt spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers endringsadgang. To utdannede skipsmaskinister ble ansatt som maskinister på Stavanger kommunes brannbåt med lønn og grad som brannmestere. Spørsmålet var om kommunen med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kunne treffe vedtak om at mannskapet på brannbåten skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Høyesterett godtok endringsbeslutningen i en prinsipielt formet avgjørelse. Som nevnt foran anga Høyesterett at spørsmålet om rekkevidden av styringsretten måtte avgjøres på bakgrunn av en tolkning og utfylling av mannskapets arbeidsavtale. Det ble deretter angitt som et prinsipielt utgangspunkt at: *"Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved en tolkning og utfylling av arbeidsavtalen må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvane i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen".* Høyesteretts utgangspunkt er i tråd med det som har vært ansett som alminnelig lære. Ved angivelsen av hvilke kilder som har betydning for å fastlegge grensene, er det grunn til å merke seg at samfunnsutviklingen introduseres som et nytt tema. Det har ikke tidligere vært angitt at denne spiller en rolle. Arbeidsretten var i ARD 2000 s. 39 inne på betydningen av endrede forhold og anga at arbeidsplikten måtte fastlegges i *"lys av den faktiske utvikling av driftsformer og arbeidsoppgaver på det aktuelle skip".* Det representerer likevel en klar nyskapning når Høyesterett direkte angir samfunnsutvikling som et særskilt moment ved vurderingen av arbeidsgivers endringsadgang. Det kan ikke være tvilsomt at det særlig er virksomhetenes omstillingsbehov som ligger bak uttrykket *"samfunnsutviklingen"*. Stavanger kommunes endringsbeslutning var nettopp begrunnet i behovet for å redusere kommunens kostnader. Høyesterett konstaterer deretter at praksis ikke gir særlig veiledning. Høyesterett foretar deretter en analyse av omfanget av de endringer som maskinistene ble utsatt for. Beskrivelsen av endringene er viktige fordi grunnpregsstandarden jo nettopp bygger på en før- og ettervurdering. Endringene Høyesterett fant var meget betydelige. Ikke bare innebar det bytte av arbeidsplass, arbeidsomfanget øket og innholdet i oppgavene var slik at arbeidstakerne i utgangspunktet heller ikke mestret dette. De måtte ha tilleggsutdanning for å kunne utføre det. Det var således betydelige endringer på alle punkter ved bedømmelsen av arbeidsplikten. Høyesterett skriver rett ut at endringene var omfattende: *"Som det fremgår av det jeg har sagt, vil integreringen av maskinistene på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke, medføre ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver, selv om hovedoppgaven fremdeles består i å være maskinister på B/S Nøkk".* Høyesterett markerer med dette at arbeidstakere må finne seg i *"ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver"*.

³³ Saken i Rt. 1994 s. 305 bygger også på en lovforståelse som minner om grunnpregsstandarden. En viss indirekte støtte i grunnpregsstandarden kan også leses av et obiter dictum i Rt. 1995 s. 227. Ved forberedelsen av arbeidsmiljøloven av 2005 la departementet uten videre til grunn at grunnpregsstandarden gjaldt. I Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) heter det om dette på s. 250: *"Med mindre arbeidsavtalen er klar, vil den såkalte "grunnpregsstandarden" gjelde, dvs. at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg"*.

At avgjørelsen i Rt. 2000 s. 1602 må regnes som prinsipiell fremgår av den etterfølgende avgjørelse av Høyesterett i Rt. 2001 side 418. Saken gjaldt som nevnt spørsmålet om arbeidsgiver i kraft av styringsretten oppmøtestedet for en rekke ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø. I premissene viste førstvoterende til de prinsipielle utsagnene i Rt. 2000 s. 1602 og siterte uttrykkelig betydningen av hva som fantes *"rimelig i lys av samfunnsutviklingen"*. Høyesterett bygget videre på disse utgangspunktene og sementerte dermed betydningen av avgjørelsen i Rt. 2000 s. 1602.

I pensjonssaken fra 2002 benytter Høyesterett også en dynamisk fortolkningsmodell. Høyesterett begrunner resultatet blant annet med at pensjonsavtalene gjennomgående var av *"så lang varighet at det må forventes å oppstå behov for endringer"*.

I Rt. 2008 s. 856 var spørsmålet om arbeidsgiver hadde adgang til å pålegge servitørene å dele tips med kokker, hovmester og andre som arbeidet i restauranten. Høyesterett fant at pålegget om deling var omfattet av arbeidsgivers styringsrett og la blant annet vekt på at servitørenes arbeidsavtaler ikke hadde bestemmelser om tips. Høyesterett fant at den langvarige praksisen – *"at servitørene over en periode på omtrent 70 år hadde beholdt tipsen udelt"*, som det sterkeste argument til støtte for de ansattes syn. Høyesterett kom til at denne forventningen ikke kunne anses beskyttet som avtalevilkår. I den sammenheng la Høyesterett betydelig vekt på *"utviklingen over tid i restaurantbransjen"*. Argumentet om at arbeidsgiver må tilpasse seg utviklingen er altså det samme som Høyesterett introduserte i Rt. 2000 s. 1602 og som siden var fulgt i pensjonsdommene og nå også i denne saken.

I Rt. 2011 s. 841 var spørsmålet om Oslo kommune kunne omplassere en undervisningsinspektør til en tilsvarende stilling innen kommunen. Omplasseringen førte til endrede tid, noe endrede oppgaver og lengre reisevei. Høyesterett kom til at endringen lå innenfor arbeidsgivers styringsrett og viste til Rt. 2002 s. 1602: *"Selv om A nok selv opplever overgangen som stor, kan jeg ikke se at endringene er større enn at arbeidstaker må finne seg i dette. (...) Til sammenligning var de endringer som ble foretatt av arbeidsområdet og status for arbeidstakerne i Nøkk-dommen (Rt-2000-1602), langt større. Her ble mannskapet på kommunens brannbåt overført til kommunens hovedbrannstyrke. Dette medførte en ikke ubetydelig økning av arbeidsoppgaver. De må delta i brannutrykning på land og gjennomgå opplæring i den forbindelse. I tillegg ville de, ved utrykning på land, ikke få oppgaver tilsvarende graden som brannmester. Høyesterett kom likevel til at kommunen hadde hjemmel i styringsretten til å foreta disse endringene"*. Det er ikke tvilsomt at Høyesterett også i denne avgjørelsen benytter en dynamisk fortolkningsmodell.

5.4 Prøvningen av arbeidsgivers frie skjønn

På arbeidsrettens område er det Arbeidsretten som først og tydeligst understreket at arbeidsgivers frie skjønn ikke kan overprøves. Saken i ARD 1960 s. 63 illustrerer dette. Tvisten gjaldt fortolkningen av anvendelsen av fortrinnsrettsbestemmelse i en tariffavtale. Arbeidsretten la til grunn at det ikke var domstolens oppgave å gripe sensurerende inn overfor en saklig og samvittighetsfull kvalifikasjonsvurdering med den begrunnelse at den ikke var enig i vurderingen. *"I denne forbindelse er særskilt å merke at den omstendighet at ansettelsesmyndighetenes vurdering er diskuterbar, og altså ikke hevet over enhver tvil, på ingen måte er tilstrekkelig til at Arbeidsretten kan sidesette den som stridende mot § 2, e. Denne paragraf er med andre ord ikke slik å forstå at Arbeidsretten kan gripe sensurerende inn overfor en saklig og samvittighetsfull kvalifikasjonsvurdering, med den begrunnelse at den ikke er enig i vurderingen"*. Avgjørelsen ble fulgt opp i ARD 1987 s. 9 hvor tvisten gjaldt vedtak om ansettelse av en avdelingssjef. I avgjørelsen heter det blant annet: *"Er en ansettelse motivert av usaklig eller utenforliggende hensyn, eller bygger på det skjønn som virker så åpenbart urimelig at det fremtrer som vilkårlig, vil dette være tariffstridig. (...) Arbeidsretten kan imidlertid ikke sette ansettelsesmyndighetenes vurdering til side som tariffstridig alene av den grunn at retten er uenig i vurderingen eller finner den diskutabel"*. I ARD 1990 s. 87 sa Arbeidsretten tilsvarende i en ansettelsessak:

"Vurderingen må ikke bygge på usaklig eller utenforliggende hensyn. I dette ligger også at det skjønnet som utøves, må være saklig i den forstand at det bygger på et holdbart faktisk grunnlag, og at vurderingen har tilstrekkelig bredde og ikke er vilkårlig. Men Arbeidsretten kan ikke sette den vurdering som er foretatt, til side som tariffstridig alene av den grunn at retten er uenig i kvalifikasjonsvurderingen eller finner den diskutabelt".

Høyesterett har i sin praksis fullt den linje Arbeidsretten har trukket opp. I Rt. 1977 s. 902 som gjaldt blant annet oppsigelse om prøvetidsansatt uttalte Høyesterett at om domstolen finner å kunne *"bygge på det faktum bedriften anfører å ha lagt til grunn, må den respektere det skjønnet arbeidsgiveren på dette grunnlag har utøvet, med mindre den finner å måtte karakterisere det som uforsvarlig"*. Tilsvarende formuleringer er brukt i Rt. 2008 s. 135 hvor det i premiss 36 blant heter: *"Hvorvidt relevante forhold kan begrunne oppsigelse i prøvetiden, og hvorvidt de i tilfelle bør lede til oppsigelse, beror i første rekke på arbeidsgivers vurdering av den ansattes egnethet for arbeidet. Det er alminnelig antatt at domstolene skal være tilbakeholdne i sin prøving i oppsigelsessaker. Vurderingen av en ansatts egnethet for stillingen er i stor grad et arbeidsfaglig spørsmål som ligger til arbeidsgiver. I det forslag til endringer i arbeidsmiljøloven (av 1977) som ble lov nr. 2/1995 - der det bl.a. ble gitt nye regler i § 63 om oppsigelse i prøvetid - uttaler således departementet i Ot.prp.nr.50 (1993-1994) på side 164: "Departementet ser det som viktig å understreke gjeldende rett om at domstolene skal være svært tilbakeholdne med å etterprøve arbeidsgivers skjønsmessige vurdering av hvordan arbeidstaker fungerer i stillingen, så lenge det faktum som oppsigelsen bygger på må anses bevist og relevant".* Videre heter det i premiss 41: *"Som utgangspunkt må det tilligge en etat å bestemme hvilke vandelsmessige krav den vil stille til sine ansatte, og forsåvidt hvilket nivå den vil strebe mot. Bare i særlige tilfeller kan det være aktuelt for domstolene å sette til side et slikt krav, og det er åpenbart ikke situasjonen her. Når skjønnet over hvorvidt «opplæringen er gjennomført på en tilfredsstillende måte» nærmere presiseres til hvorvidt kravet til «holdninger» og «vurderingsevne» er tilfredsstillt, gjelder skjønnet forhold som arbeidsgiver neppe har vesentlig bedre forutsetninger for å vurdere enn en domstol. I et slikt tilfelle må domstolene kunne prøve hvorvidt skjønnet fremstår som forsvarlig ut fra bredere samfunnsmessige oppfatninger, men med respekt for de holdepunkter som følger av den generelle ordning etaten har etablert for å sikre seg at dens ansatte er skikket for tjenesten."* Avgjørelsen er viktig ikke bare fordi den sier noe om grensene for hva domstolene kan prøve, men fordi den tydelig angir noe om begrunnelsen for begrensningen; nemlig domstolenes forutsetning for å overprøve arbeidsgivers vurderinger.³⁴

Det er lite tvilsomt at Arbeidsrettens og Høyesteretts tilnærming til overprøving av arbeidsgivers frie skjønnet, minner mye om domstolens overprøving av forvaltningsavgjørelser. Ved diskresjonære beslutninger er domstolens kontroll begrenset til å avgjøre om forvaltningen har holdt seg innenfor lovens rammer, og om avgjørelsen bygger på en korrekt saksbehandling og på et riktig faktum og at det ikke foreligger brudd på de ulovfestede prinsipper om saklighet, likhet og forsvarlighet. Det frie skjønnet kan ikke overprøves.³⁵ Begrunnelsen for den begrensede prøvingsretten i saker hvor det foreligger fritt skjønnet henger sammen med rollefordelingen mellom lovgiver, forvaltning og domstolene. Det er forvaltningens oppgave å styre, og domstolenes oppgave å kontrollere grunnlaget for de beslutninger som treffes i forbindelse med forvaltningens maktutøvelse.

I styringsrettssaker hvor arbeidsgiver er et offentlig organ, er Høyesteretts tilnærming ikke bare inspirert av forvaltningsretten, men en direkte følge av at de forvaltningsrettslige

³⁴ Avgjørelsen i Rt. 2008 s. 135 er fulgt opp i Rt. 2011 s. 74 som gjaldt lovligheten av oppsigelse av miljøterapeut i prøvetid. I saken konstaterte Høyesterett: *"Når det gjelder domstolenes prøvingsintensitet ved oppsigelse i prøvetid, heter det at domstolene må vise tilbakeholdenhet med å overprøve "arbeidsgivers skjønsmessige vurderinger av hvorledes arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, må anses bevist og relevant". Det samme følger av Rt-2008-135 avsnitt 36 og 41 for så vidt gjelder den skjønsmessige vurderingen av en arbeidstakers egnethet for stillingen og hva kravet til egnethet nærmere består i. Utover det som her er omhandlet, vil det imidlertid ikke kunne oppstilles spesielle begrensninger i prøvingsintensiteten ved oppsigelse i prøvetid."*

³⁵ Frode Innjord diskuterer i Jussens Venner 1996 s. 161-194 visse sider ved domstolskontroll ved forvaltningsvedtak når forvaltningskompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk.

normene uten videre får anvendelse. Et eksempel på et slikt sammenfall av arbeids- og forvaltningsrett er gitt i Rt. 1982 s. 1729 hvor spørsmålet gjaldt lovligheten av fylkesmannens beslutning om å avskjedige en lektor.

Om prøvingen sier Høyesterett: *"Det domstolen kan prøve, er om avskjedsvedtaket er truffet på riktig faktisk grunnlag og om lovens regler er riktig forstått. I dette siste spørsmålet vil det, som både byretten og Arbeidsretten har pekt på, inngå skjønsmessige vurderinger. Selve forvaltningsskjønnet – dvs. om det, dersom lovens vilkår for avskjed var tilstede, skulle gjøres bruk av adgangen til å avskjedige A – kan etter min mening ikke overprøves. Domstolene skal med andre ord ikke avgjøre om A bør avskjediges, men bare kontrollere om vilkårene for at han kan avskjediges er oppfylt".* Høyesterett markerer gjennom dette et tydelig skille mellom prøvning av kompetansegrunnet og prøvningen av skjønnet.

Avgjørelsen i Rt. 2011 s. 841 som gjaldt spørsmålet om lovligheten av en omplassering av en undervisningsinspektør i Oslo kommune, bygger på samme forståelse av domstolens adgang til overprøving. Høyesterett kom til at omplasseringen var hjemlet i arbeidsgivers styringsrett. Høyesterett markerte deretter at domstolene ikke skal *"foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutning innenfor rammen for styringsretten er påkrevde eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten"*.

Avgjørelsen i Rt. 2001 s. 418 viser hvordan Høyesterett brakte forvaltningstenkningen over i privat sektor. Spørsmålet i denne saken gjaldt spørsmålet om når arbeidstiden begynte og sluttet for to grupper ansatte i Statoil. Høyesterett vurderte først arbeidsgivers kompetansegrunnlag og kom til at de endringer som var gjennomført måtte anses *"å ligge innenfor rammen av arbeidsforholdet"*. Når det gjaldt spørsmålet om prøvningen av de skjønsmessige deler av beslutningen sa Høyesterett: *"Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn"*. Formuleringen er direkte hentet fra Høyesteretts praksis ved kontroll av forvaltningens frie skjønn.

I Rt. 2014 s. 402 gjentok ikke bare Høyesterett at domstolene ikke kan overprøve arbeidsgivers frie skjønn, men også at det skulle vises tilbakeholdenhet ved å overprøve arbeidsgivers *"faglige skjønn"*. I avgjørelsen heter det: *"Arbeidsgiver bestemmer i kraft av sin styringsrett hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan de ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre. Domstolene skal ikke overprøve om arbeidsgivers beslutning er innenfor rammen for styringsretten er påkrevd eller optimal. Derimot kan domstolene overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten..."*. Videre heter det: *"Ved overprøving av arbeidsgivers faglige skjønn må domstolene vise tilbakeholdenhet med å sette sin vurdering over arbeidsgivers. Også i denne relasjon må domstolskontrollen begrenses til en saklighets- og forsvarlighetskontroll"*.³⁶

Etter omstendighetene følger det av loven at domstolene skal kunne prøve alle sider av saken. Prøvning av oppsigelser gitt utenfor prøvetid er det viktigste eksempelet. Prinsipielt sett er en oppsigelsesbeslutning en utøvelse av arbeidsgivers styringsrett; Det er arbeidsgiver som bestemmer seg for å treffe beslutning om oppsigelse, men må i den sammenheng hensynta de prosessuelle og materielle skranker som arbeidsmiljøloven stillingsvernsbestemmelser oppstiller. Kravet om *"saklig grunn"* i lovens § 15-7 er forstått slik at domstolene skal kunne prøve alle sider av saken. Avgjørelsen i Rt. 1984 s. 1058 er en viktig illustrasjon på forståelsen av regelen. I avgjørelsen heter det: *"Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om*

³⁶ Se tilsvarende Rt. 1988 s. 20: *"Sosialstyret måtte blant annet vurdere hvilke av de oppgavene som tillå stillingen som var de vesentligste, og hvilken søker som hadde de beste forutsetninger for å løse disse oppgaver. (...) Avveining av de forskjellige momenter tillå sosialstyret, selve den skjønsmessige vurdering kan ikke overprøves av domstolene"*.

avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren. (...)Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten". Det fremgår altså av avgjørelsen at til tross for prinsippet om full prøvning vil det i utgangspunktet modifiseres der det oppstår spørsmål som domstolene ikke naturlig overprøver arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurdering knyttet til styringsrettsbeslutninger et viktig eksempel på det. Behovet for rasjonaliseringstiltak og spørsmål om hva som er nødvendig for å drive virksomheten på en god måte, overprøver ikke Høyesterett. I Rt. 1989 s. 508 heter det om dette: "Domstolprøvingen knytter seg til den enkelte oppsigelse, slik at det i prinsippet skjer en individuell vurdering for hver enkelt oppsagt. I saken her kreves det dom for at fremtidige oppsigelser på et bestemt grunnlag, kollektivt skal kjennes uberettiget. I dette ligger i realiteten at domstolen innbys til å skulle anse nedleggelsen av stålproduksjonen ved Spigerverket for lovstridig eller kontraktsstridig. Arbeidsmiljøloven regulerer ikke direkte en slik situasjon. I prinsippet hører det til bedriftseiernes styringsfunksjoner å treffe avgjørelse om nedlegging eller fortsatt drift. Men bedriftseieren må følge den fremgangsmåte som er fastsatt i lov- og avtaleverk for å sikre at også de ansatte - som slike vedtak i høyeste grad vedkommer - får anledning til å gjøre sine synspunkter gjeldende". Videre heter det: "For Høyesterett har det vært uenighet mellom partene i spørsmålet om vedtaket om å la all stålproduksjon basert på jernskrap legges til Mo, var bedriftsøkonomisk berettiget. Jeg ser ingen grunn til å gå nærmere inn på de ulike tallmessige beregninger av forskjellige alternativer som ble fremlagt i de utredninger som lå til grunn for det vedtak som ble truffet...". Videre heter det: "Det hevdes å følge av sistnevnte bestemmelse at oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak ikke er saklig hvis de ikke er begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn. Dette uttrykk er ikke brukt i lovteksten, men det er vist til lovforarbeidene...". Videre heter det: "Jeg kan ikke se at det kan legges mer i den siterte uttalelse enn at gevinst ved rasjonalisering eller driftsinnskrenkning må avveies mot de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Det fremgår ikke at oppsigelser i forbindelse med driftsinnskrenkning ved en bedrift aldri kan være saklig begrunnet hvis dette ikke gir en økonomisk gevinst for bedriften eller det konsern denne er en del av. Det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom. At en stor bedrift - i vårt tilfelle en statsbedrift - skulle være avskåret fra å ta hensyn til distriktsinteresser, når det tvinges til å velge mellom drift på ett av to steder, måtte det i tilfelle kreves helt klare holdepunkter i loven for".

Høyesterett har i avgjørelsene gjennomgått ovenfor utelukkende vurdert om arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten kunne treffe en bestemt beslutning. Som det vil ha fremgått over, kom Høyesterett til at slik hjemmel forelå i samtlige tilfeller, med unntak av seinvaktdommen, hvor en uttrykkelig avtalebestemmelse var til hinder for endringen. Etter at Høyesterett konstaterte at det forelå hjemme for endringen, stopper Høyesteretts vurdering og det foretas ikke noe ytterligere kontroll av beslutningen. Høyesterett prøver ikke om beslutningen er rimelig og fornuftig. I Rt. 2011 s. 841 ble det uttrykt slik: "Domstolen skal ikke foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutning innenfor rammen av styringsretten er påkrevd eller optimal. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten". Misbrukstesten ble formulert i Rt. 2001 s. 418 hvor Høyesterett markerte at utøvelse av styringsretten stiller "visse krav til saksbehandling, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn".

Det kan derfor konstateres at det domstolene prøver i styringsrettssaker er tilsvarende domstolenes prøvning av forvaltningsavgjørelser; har arbeidsgiver hjemmel og om det konstateres foretas det en misbrukstest: Er det tatt utenforliggende hensyn eller fremstår

avgjørelsen som vilkårlig eller uten et forsvarlig grunnlag. Arbeidsgivers frie skjønn angripes imidlertid ikke. Det innebærer at endringsbeslutningens rimelighet ikke prøves.³⁷

6. OPPSUMMERING

Domstolene overprøver ikke arbeidsgivers frie skjønn. Ved utøvelse av styringsrett oppstår det to spørsmål; foreligger det hjemmel for endringen og dernest hvorledes skal endringen nærmere utformes. Hjemmesspørsmålet prøver Høyesterett fullt ut, men Høyesterett legger seg ikke opp i hvilken løsning arbeidsgiver velger så lenge denne treffes innenfor rammen av den hjemmel som foreligger. Arbeidsretten og Høyesterett har på samme måte som i forvaltningsretten likevel alltid foretatt en misbrukskontroll. Dels er det oppstilt visse krav til avgjørelsesgrunnlaget slik at arbeidsgiver er på det rene hvilket faktum som er relevant og dernest undersøkes det om det er tatt utenforliggende hensyn eller om avgjørelsen fremstår som vilkårlig. Tenkningen minner om domstolenes kontroll med forvaltningens avgjørelse. Forvaltningsavgjørelser og styringsrettsbeslutninger har det til felles at de begge representerer beslutninger i en relasjon hvor maktforholdet er ujevnt; forvaltningen er som arbeidsgiverne overordnet borgerne og arbeidstakerne. Det er derfor behov for domstolskontroll. Når domstolene ikke kontrollerer forvaltningens frie skjønn, henger det prinsipielt sett sammen med maktfordelingsprinsippet, men uansett dette kunne ha vært begrunnet selvstendig med spørsmålet om hvem som er egnet til å foreta vurderingen. Utgangspunktet er at den som har ansvaret for å gjennomføre oppgave ikke bare bør treffe hensiktsmessighets-avgjørelsene, men også har de beste forutsetningene for å foreta disse. Det vil sjelden være slik at domstolene har de beste forutsetningene for å treffe hensiktsmessighets-avgjørelser. I de tilfeller der det offentlige er arbeidsgiver smelter de forvaltningsrettslige og arbeidsrettslige prinsipper sammen.

³⁷ Hotvedt og Smith Ulseth argumenterer i *Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett*, *Arbeidsrett* 2013 s. 112-128, for at domstolene har adgang til å prøve endringens rimelighet. I artikkelen heter det: "Et viktig spørsmål er om det skal legges vekt på rimelighet ved avgrensning av styringsretten på bakgrunn av den individuelle avtalen. Med rimelighet mener vi at arbeidsgivers begrunnelse for å gjennomføre endringen avveies mot endringens virkning overfor arbeidstakeren. Det kan også formuleres som et spørsmål om domstolene har full prøvelsesrett i saker om styringsrettens grenser". Forfatterne argumenterer for at domstolene kan prøve beslutningens rimelighet og bygger det på Nøkk-saken, Hakon-saken, Statoil-saken, Seinvakt-saken og Fokus Bank-saken. Forfatterne mener at disse avgjørelsene representerer en kontraktsrettslig retning og gir støtte for synspunktet, mens avgjørelsene i Kårstø og Oslo-skolen representerer en forvaltningsrettslig retning og må nærmest regnes som avvikende. I artikkelen heter det at forskjellen på kontrakts- og forvaltningsinnfallsvinkelen, er "nettopp i hvilken grad det åpnes for en konkret avveining av partenes interesser. Dersom man legger til grunn en begrenset prøvelsesrett hvor misbruk av styringsretten er spørsmålet, vil det være lite rom for en slik interesseavveining. Etter en kontraktsrettslig innfallsvinkel vil det derimot være rom for å tolke ut fra avtalen mer konkrete rimelighetsvurderinger basert på den gjensidige lojalitetsplikt i kontraktsforholdet og avtalelovens § 36. Man kan vanskelig si at den rene kontraktsrettslige og den forvaltningsrettslige innfallsvinkel enkelt lar seg forene". Forfatterne mener derfor at rettspraksis dermed ikke "samlet sett (gir) uttrykk for noen helhetlig rettssetning". Forfatterne argumenterer for at det ikke er tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag "for en rettsregel om begrenset prøvelsesrett på arbeidsrettens område". Som det vil ha fremgått ovenfor er dette ikke en treffende beskrivelse. Høyesterett har alltid tatt utgangspunkt i kontrakten, ved bedømmelsen av om det foreligger et kompetansegrunnlag, men har aldri overprøvet selve det frie skjønnet. Når Høyesterett har lagt vekt på samfunnsendringer ved fastleggningen av arbeidsgivers kompetansegrunnlag, er det ikke noe annet enn alminnelig tolkingslære.