

BINDINGSKLAUSULER VED VIDEREUTDANNING

Avtale om bindingstid når arbeidsgiver betaler for arbeidstakers
utdannelse

Kandidatnr: 359

Veileder: Henning Jakhelln

Våren 2004

Til sammen 17646 ord

26.april 2004

FORORD

Emnet for denne oppgaven har vist seg å være så omfattende og interessant at det har vært vanskelig å holde seg innenfor grensen som gjelder for en 10 vekttalls spesialoppgave. Det er skrevet lite om emnet tidligere og for at behandlingen av emnet skal bli så helhetlig som mulig, har jeg lagt ved noen kapitler som vedlegg.

Oslo, april 2004

Marit Omland

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | PROBLEMSTILLING | 1 |
| 1.2 | FORMÅL OG HENSYN | 1 |
| 1.3 | DEFINISJON OG BEGREPSBRUK | 2 |
| 1.4 | PLASSERING AV PROBLEMET | 4 |
| 1.5 | RETTSKILDER | 5 |
| 1.6 | NOEN EKSEMPLER PÅ TILFELLER DER DET KAN BLI SPØRSMÅL OM BRUK AV BINDINGSTID | 6 |
| 1.6.1 | OPPGRADERING AV FLYTYPE | 6 |
| 1.6.2 | KURS FOR Å OPPRETTHOLDE AUTORISASJON | 6 |
| 1.6.3 | AVBRUTT UTDANNELSE | 6 |
| <u>2</u> | <u>NÅR BINDINGSTID KAN AVTALES</u> | <u>7</u> |
| 2.1 | GENERELT | 7 |
| 2.2 | FORHOLDET TIL AML § 33D | 8 |
| <u>3</u> | <u>FORHOLD SOM KAN HA INNVIRKNING PÅ BINDINGSKLAUSULEN</u> | <u>11</u> |
| 3.1 | OPPSIGELSE | 11 |
| 3.1.1 | OPPSIGELSESADGANGEN NÅR DET FORELIGGER EN BINDINGSKLAUSUL | 11 |
| 3.1.2 | UTGANGSPUNKTER GENERELT | 12 |
| 3.1.2.1 | Medfører bindingsklausulen avvik fra det generelle utgangspunktet? | 13 |
| 3.2 | AVSKJED MENS BINDINGSTID LØPER | 17 |
| 3.2.1 | GENERELT | 17 |
| 3.2.2 | VED BRUK AV BINDINGSKLAUSULER | 18 |
| 3.3 | AVBRYTELSE AV UTDANNELSEN | 20 |
| 3.3.1 | FORHOLD PÅ ARBEIDSTAKERS SIDE | 21 |
| 3.3.2 | FORHOLD PÅ ARBEIDSGIVERS SIDE | 24 |
| 3.4 | ANDRE FORHOLD | 25 |

| | | |
|---------|--|----|
| 3.4.1 | BEDRIFTEN FLYTTER | 25 |
| 3.4.2 | BEDRIFTEN GÅR KONKURS | 28 |
| 3.4.3 | VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE | 29 |
| 3.4.3.1 | Vesentlige endringer i virksomheten | 29 |
| 3.4.3.2 | Ikke vesentlige endringer i virksomheten | 32 |
| 3.4.4 | STILLINGEN FJERNES (OMORGANISERING) | 33 |
| 3.4.5 | PERMITTERINGER | 34 |
| 3.4.6 | FØDSELSPERMISJON ELLER SYKEMELDING | 38 |
| 3.4.7 | STREIK | 44 |
| 3.4.8 | FUSJON OG FISJON | 45 |

4 HVA SKAL ARBEIDSGIVER BETALE FOR OG HVA KAN KREVES TILBAKEBETALT AV ARBEIDSTAKER? **46**

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.1 | NÅR KAN DET KREVES TILBAKEBETALING? | 46 |
| 4.1.1 | BINDINGSKLAUSUL FORELIGGER | 46 |
| 4.1.1.1 | Type utdannelse | 47 |
| 4.1.1.2 | Initiativ og kostnad | 50 |
| 4.1.1.3 | Betydning av at det er utbetalt lønn eller stipend | 51 |
| 4.1.1.4 | Gradvis utnyttelse av kompetanseøkningen | 51 |
| 4.1.2 | BINDINGSKLAUSUL FORELIGGER IKKE | 52 |

5 LITTERATURLISTE **55**

6 VEDLEGG **57**

| | | |
|------------|--|-----------|
| 6.1 | BINDINGSKLAUSULENS GYLDIGHET | 57 |
| 6.1.1 | GYLDIGHET I FORHOLD TIL UTFORMING | 57 |
| 6.1.1.1 | Avtalens innhold | 57 |
| 6.1.1.2 | Tilblivelse | 60 |
| 6.1.2 | GYLDIGHET I FORHOLD TIL AVTALTE SANKSJONER | 61 |
| 6.1.2.1 | Forlenget oppsigelsesfrist | 61 |
| 6.1.2.2 | Tilbakebetaling av kostnader | 63 |
| 6.2 | PRØVETID | 66 |
| 6.2.1 | GENERELT | 66 |
| 6.2.2 | PRØVETID VED BRUK AV BINDINGSKLAUSULER | 69 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 6.2.2.1 | Ikke tidligere ansatt | 69 |
| 6.2.2.2 | Tidligere ansatt | 72 |
| 6.3 | MIDLERTIDIGE ANSETTELSE | 75 |
| 6.3.1 | BINDINGSTID KNYTTET OPP MOT MIDLERTIDIG ANSETTELSE | 75 |
| 6.3.2 | BINDINGSKLAUSUL MED EN MIDLERTIDIG ANSATT | 78 |
| 6.4 | SANKSJONER OG REAKSJONER NÅR BINDINGSTIDEN IKKE FULLFØRES | 80 |
| 6.4.1 | TILBAKEBETALING AV KOSTNADER | 80 |
| 6.4.1.1 | Arbeidstaker bringer bindingstiden til opphør | 83 |
| 6.4.1.2 | Arbeidsgiver bringer bindingstiden til opphør | 88 |
| 6.4.2 | GJENINNTREDEN I STILLING | 91 |
| 6.4.3 | OPPSIGELSE | 91 |
| 6.4.4 | AVSKJED | 92 |

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Bruk av bindingstid er ikke noe nytt fenomen, verken innenfor arbeidsretten eller andre rettsområder. Den kan benyttes på forskjellige måter og med forskjellige formål.

Temaet for denne spesialoppgaven gjelder bindingstid når arbeidsgiver betaler for arbeidstakers utdanning. Hovedvekten vil legges på tre områder:

- Når bindingstid kan avtales
- Forhold som kan ha innvirkning på bindingsklausulen
- Konsekvensene av at bindingstiden ikke fullføres

1.2 Formål og hensyn

Formålet med å benytte seg av bindingstid er å sikre arbeidsgiver et utbytte¹ av den investeringen som det å finansiere en utdanning er.² Bindingsklausulen skal være med på å forhindre at arbeidstaker utnytter arbeidsgiver i den hensikt å få seg en billig utdanning. Dette forsøkes oppnådd ved at arbeidstaker pålegges en forpliktelse til å bli værende i arbeidsgivers tjeneste en viss periode etter fullført utdanning.

Det er ikke uvanlig at arbeidsgiver betaler for at arbeidstaker skal ha mulighet til å videreutdanne seg og øke kompetansen sin. Finansieringen skjer ved at arbeidsgiver dekker kostnader som skolepenger og nødvendig materiale, og i form av utbetalt lønn eller stipend under permisjon. En av grunnene til at denne muligheten benyttes kan være at det med virkning fra og med inntektsåret 1999 ble vedtatt at kostnader som går direkte til å dekke utdanning, dvs skolepenger, eksamensutgifter og lignende, ikke

¹ Definisjon av dette gis i pkt 1.3

² Tidsskrift for forretningsjuss, årg. 7, nr 3 (2001) s. 273-281: Karin Bergeius Andersen, Bindingstid og incentivordninger – hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?

lenger er skattepliktig for arbeidstaker.³ Etter denne lovendringen ble det mer attraktivt å benytte seg av muligheten så lå i dette.

Praksis fra bedrifter viser at det hvert år er forbundet store kostnader med ansattes utdanning, og det er derfor viktig at det finnes retningslinjer for hvordan en best kan løse problemer som kan oppstå i den forbindelse. Det er av stor betydning at en løsning tar hensyn til forhold på både arbeidsgivers og arbeidstakers side. Arbeidsgiveren vil være den som har mest å tape, mens arbeidstakeren ofte vil fremstå som den svakere part og dermed ha behov for beskyttelse.

1.3 Definisjon og begrepsbruk

Med bindingsklausul menes en klausul i arbeidsavtalen som sier at dersom arbeidsgiver betaler for arbeidstakerens utdanning, plikter denne å bli værende i arbeidsgivers tjeneste i en nærmere angitt periode. Det er også vanlig å benytte seg av uttrykk som avtalt bindingstid eller pliktjeneste.

Selv om avtalen som inngås forplikter, eller binder, arbeidstakeren til bedriften for en tid, kan ord som bindingsklausul eller bindingstid fremstå som misvisende. De fleste vil med dette tenke at arbeidstaker rent faktisk er bundet, og da uten mulighet til å komme seg fri fra det som er avtalt. Som fremstillingen senere vil vise, er ikke dette nødvendigvis riktig. Arbeidstaker har i de aller fleste tilfeller en reell mulighet til å forlate virksomheten, og arbeidsgiver vil ikke kunne forhindre fratreden.

Bruken av ordet "binding" vil altså ikke være helt treffende, men i mangel av bedre alternativer vil likevel uttrykkene bindingsklausul og bindingstid benyttes i den videre fremstillingen. Dette fordi det tross alt gir en god beskrivelse av formålet med avtalen/klausulen.

³ NOU 2001:25 Støtte til livsopphold ved utdanningspermisjon s. 43. Her kan det bemerkes at det er kommet til ytterligere krav. Arbeidstaker må ha vært ansatt i minst ett år og utdannelsen må ikke strekke seg over to år.

Formålet med klausulen er å hindre at arbeidstaker forlater bedriften. En kan derfor si at avtalen er en oppfordring til arbeidstaker om å bli værende i virksomheten inntil arbeidsgiver har fått det ønskede utbyttet, og dermed ikke vil ha grunnlag for å kreve tilbakebetalt deler av kostnadene som påløp ved utdannelsen. Her kan det være hensiktsmessig å gjøre oppmerksom på at arbeidsgivers forventede utbytte ikke nødvendigvis er sammenfallende med kostnadene som påløp ved utdannelsen. Ofte vil arbeidsgiver forvente et utbytte som økonomisk overskrider utdannelseskostnadene. Det betyr at selv om arbeidstaker, ved for tidlig fratreden, tilbakebetaler kostnadene som påløp ved utdannelsen, vil arbeidsgiver likevel kunne lide et tap sammenlignet med det utbyttet som var medregnet ved arbeidstakers kompetanseøkning.

Bindingsklausuler har mange likheter til det en kan kalle incentivavtaler.⁴

Incentivavtaler har ikke noe krav til bindingstid, men er utformet slik at de oppfordrer arbeidstaker til å bli værende fordi det vil være den mest lønnsomme løsningen ved at utdanningskostnadene nedskrives for hvert år arbeidstaker blir værende i virksomheten. Desto lenger arbeidstaker blir værende, jo lavere vil et eventuelt tilbakebetalingskrav bli. Senere i oppgaven vil det komme frem at det nødvendigvis ikke er så store reelle forskjeller mellom incentivavtaler og avtaler om bindingstid, men jeg velger å holde bruken av incentivavtaler utenfor oppgaven.

Bindingstiden er den tiden arbeidstaker forplikter seg til å bli i virksomheten. Denne regnes normalt å løpe fra arbeidstaker er tilbake i arbeid etter endt utdanning. Tiden som går med til utdannelsen regnes stort sett ikke med, men det er ikke til hinder for at bindingsklausulens bestemmelser får anvendelse før den faktiske bindingstiden begynner å løpe. Det vil si at også tiden som går med til utdannelsen vil være omfattet av reglene og forutsetningene som ligger til grunn for bindingsklausulen.

I og med at oppgaven er så tett knytte opp mot utdannelser vil det helt fra begynnelsen være greit å gjøre rede for hva som menes med "utdanning". I en grovinndeling kan det

⁴Se Tidsskrift for forretningsjus, nr. 3 (2001) s.280

skilles mellom grunnutdanning, etterutdanning og videreutdanning.⁵ Med grunnutdanning menes den grunnutdanningen og videregående opplæringen som kreves for stillingen. Etterutdanning er det en kan kalle vedlikehold og oppdatering. Dvs ajourføring av kunnskaper slik at arbeidstakeren i den stilling vedkommende til enhver tid har, er i stand til å løse oppgaver til tross for endret innhold i arbeidet og endrende bestemmelser eller forskrifter. Dette vil være utslag av en stillingens dynamiske karakter, ved at ting stadig er i utvikling og at det oppdages nye hjelpemidler og metoder for utføringen. Den siste gruppen er videreutdanning, som omfatter utdanning som tar sikte på å kvalifisere arbeidstakeren utover det som trengs i den stilling vedkommende har nå. Fremstillingen vil i all hovedsak knytte seg opp mot videreutdanning, men der det kreves for helhetens skyld vil jeg benytte meg av denne inndelingen av utdannelsene.

Partene i en bindingsklausul vil være arbeidsgiver, jf aml § 4, og arbeidstaker, jf § 3.⁶

1.4 Plassering av problemet

Bindingsklausuler, eller avtaler om bindingstid, har både en avtalerettslig og en arbeidsrettslig side. Denne fremstillingen vil i hovedsak ta for seg problemene sett fra en arbeidsrettslig synsvinkel, men det vil ikke være mulig å se helt bort fra det avtalerettslige. Ved løsningen av en konflikt forbundet med bindingstid må en alltid se hen til avtalen for å se hva denne sier, og ha denne som utgangspunktet for vurderingen. Siden avtalen vil stå helt sentralt, må det tas hensyn til bindingsklausulens avtalerettslige gyldighet før de arbeidsrettslige problemstillingene kan drøftes.⁷

Det oppstår mange interessante problemstillinger på dette området, men av plassmessige årsaker har det vært nødvendig å foreta vesentlige begrensninger i forhold til hva som vil bli behandlet. Fremstillingen her kan derfor på ingen måte sies å være

⁵ Se særavtale om permisjoner og økonomiske vilkår ved etter- og videreutdanning, kurs mv som finnes på http://www.lostat.no/saeravtaler/saer_perm.htm

⁶ Se mer om dette H. Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, 2.utg (1996) s. 24 flg.

⁷ De avtalerettslige aspektene ved en bindingsklausul er nærmere behandlet i vedlegget pkt 6.1.

uttømmende eller fullstendig, men jeg har valgt ut de områdene som fremstår som mest interessante og som sannsynligvis vil ha størst betydning i praksis.

I fremstillingen vil arbeidstakere i all hovedsak bli sett på som en ensartet gruppe, og det vil ikke bli trukket noe skille mellom ansatte i eller utenfor staten. Der skillet er av betydning for løsningen vil dette likevel påpekes.

1.5 Rettskilder

Det er få rettskilder å vise til på dette området. Når det gjelder det avtalerettslige er det naturlig å ta utgangspunkt i avtaleloven av 31. mai 1918 nr 4 (avtl) § 36 som sier noe om en avtales gyldighet. Dette gjelder imidlertid kun overfor hva som kan avtales, og løser dermed ikke de problemene som oppstår i forhold til det arbeidsrettslige.

Forholdet mellom bruken av bindingstid og arbeidsrettslige spørsmål er ikke regulert i lovgivningen, og det er minimalt med teori og praksis på området. Så langt er dette nærmest å regne som et helt nytt område, og det vil derfor bli nødvendig å trekke paralleller til beslektede problemer for å finne løsninger. I den sammenheng er det naturlig å trekke inn arbeidervernlovgivningen, i form av arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr 4 (aml) og tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr 3 (tjml).

Rettskildesituasjonen har ført til at reelle hensyn har fått en sentral betydning for vurderingene som foretas i oppgaven.

Etter nærmere undersøkelser har jeg ikke klart å finne at dette er et emne som har vært behandlet i svensk eller dansk rett, og har ikke hatt mulighet til å trekke fordelene av rettslikhetene som finnes innenfor de skandinaviske landene.

Ut fra oppgavens omfang har jeg funnet det hensiktsmessig å vurdere de forskjellige situasjonene som kan oppstå ut fra et teoretisk synspunkt.

1.6 Noen eksempler på tilfeller der det kan bli spørsmål om bruk av bindingstid

1.6.1 Oppgradering av flytype

Piloten blir nødt til å gå på kurs for å lære å manøvrere den nye typen fly som forsvaret skal benytte seg av. Den nye flytypen er så forskjellig fra den tidligere at det ikke vil være mulig å fly denne uten opplæring og kursing. Dette er for øvrig en flytype som er så spesiell at den ikke kan sammenlignes med noen av flytypene som benyttes i det private.

1.6.2 Kurs for å opprettholde autorisasjon

Innenfor flere yrkesgrupper stilles det krav til jevnlig deltakelse på kurs for å opprettholde autorisasjonen, deriblant regnskapsførere. Unnlattelse av å delta på kurs medfører at autorisasjonen fratras. Også andre yrkesgrupper har lignende krav for å sikre at yrkesutøveren holdes oppdatert innenfor enkelte aktuelle områder og problemstillinger.

1.6.3 Avbrutt utdanning

Etter påtrykk fra arbeidsgiver starter arbeidstaker på en videreutdanning slik at den generelle kompetansen i virksomheten kan øke. Etter forholdsvis kort tid viser det seg at arbeidstakeren ikke synes dette er så interessant, og har i tillegg problemer med å opprettholde den progresjonen som er forventet. Kombinasjonen av manglende interesse og det at arbeidstaker finner utdannelsen for vanskelig, fører til at han ikke får de karakterene som kreves for å gå videre i studiet. Løsningen blir at arbeidstaker kutter ut hele utdannelsen, og ønsker seg tilbake til sin gamle stilling.

2 Når bindingstid kan avtales

2.1 Generelt

Rent avtalerettslig vil det ikke være noe i veien for at det inngås avtale om bindingstid så lenge avtalen ikke er i strid med avtl § 36.⁸ I forlengelse av dette vil det være nødvendig å se på når en slik avtale kan inngås. Det sentrale punktet her referer seg til gjensidigheten i avtalen, samt avtalens formål. Her vil hovedpunktene for når bindingstid kan avtales kort fremstilles, mens nærmere detaljer rundt dette vil bli behandlet i pkt 4 der det drøftes hvilke kostnader arbeidsgiver kan kreve tilbakebetalt. Grunnen til denne oppdelingen er at spørsmålet om når det kan avtales bindingstid og når arbeidsgiver kan kreve kostnader tilbakebetalt fra arbeidstaker vil være to sider av samme sak.

Utgangspunktet kan, i samsvar med bindingsklausulens formål, sies å være at bindingstid kan avtales der arbeidsgiver har berettiget grunn til å forvente en avkastning av investeringen sin. En må kunne si at den utdannelsen eller kurset som arbeidstaker får påkostet, vil være en investering for arbeidsgiver. Dette vil kunne forstås dit hen at utdannelsen må tilføre virksomheten noe, i form av økt kompetanse eller økt evne til inntjening. På den annen side kan det vanskelig sies å foreligge en investering dersom utdannelsen ikke medfører kompetanseøkning, men mer er å regne som vedlikehold av allerede opparbeidet kompetanse.

Herunder kan det bli et spørsmål om nødvendigheten av utdannelsen. Dersom arbeidstaker blir pålagt å ta utdannelsen eller kurset for å kunne fortsette i virksomheten, for eksempel som følge av den teknologiske utviklingen, taler dette for at det er en del av det som følger arbeidsforholdet mer generelt. I de aller fleste arbeidsforhold er det et krav m at arbeidstaker holder seg oppdatert på de endringer som skjer, slik at jobben kan utføres på best mulig måte. Dette er noe også arbeidsgiver er klar over. Så lenge

⁸ For en mer utfyllende behandling av dette se vedlegget pkt 6.1

utdannelsen er nødvendig for fortsatt utførelse av det arbeidet en er ansatt til å utføre, vil ikke det være noe en kan kreve bindingstid overfor. På den annen side betyr det at dersom utdannelsen er å se på som en ren kompetanseøkning som ikke er nødvendig for utførelsen av den aktuelle stillingen, vil det tale for at bindingstid kan avtales.

To andre momenter som må tas med i vurderingen er lengden på utdannelsen og kostnadene denne har påført arbeidsgiver. Jo dyrere og lengre utdannelsen er, desto større grunn er det til å anta at det foreligger en investering fra arbeidsgivers side som kan gi grunnlag for å avtale bindingstid. Det har sammenheng med at kompetanseøkning stort sett krever mer tid enn ajourføring av kunnskaper. Kostnadmessig er det naturlig at arbeidsgiver har større grunnlag for å kunne kreve utbytte dersom kostnadene kan sies ikke å være uvesentlige. Dette har sammenheng med at arbeidsgiver i slike tilfeller vil ha mer å tape på at arbeidstaker forlater virksomheten, enn der kostnaden fremstår som uvesentlige. En kan godt si det sånn at jo mer arbeidsgiver har å tape på at arbeidstaker forlater virksomheten, desto større grunn er det for å tillate avtale om bindingstid.

Det er vanskelig å trekke opp klare linjer, men det som er omtalt ovenfor kan gi uttrykk for to ytterpunkter. Det vil for det første være avgjørende om utdannelsen medfører kompetanseøkning hos arbeidstaker, og for det andre om det som følge av utdannelsen har påløpt ikke uvesentlige kostnader for arbeidsgiver. Dersom utdannelsen eller kurset tilfører noe ut over det som strengt tatt er nødvendig for utførelsen av arbeidet, vil det kunne gi grunnlag for å avtale bindingstid. Her er det viktig å huske kravet til gjensidighet – det skal være samsvar mellom den omkostningen utdannelsen er blitt for arbeidsgiver og den tiden arbeidstaker binder seg til virksomheten.⁹ Jo lengre og mer kostbar utdannelsen er, desto lengre bindingstid kan avtales.

2.2 Forholdet til aml § 33D

Med virkning fra 1.januar 2001 kom § 33 D inn som en ny bestemmelse i arbeidsmiljøloven for å sikre arbeidstaker rett til utdanningspermisjon. Vilkåret er at

⁹ Se vedlegget pkt 6.2.1.1

utdannelsen må kunne sies å være relevant. Det vil i all hovedsak si at den ikke er hobbybasert. Permisjonen kan være heltids eller deltids, og kan kun nektes dersom det vil være til hinder for arbeidsgivers forsvarlige planlegging av drift og personaldisponeringer. Det skal med andre ord ganske mye til før arbeidstaker kan nektes å få innvilget utdanningspermisjon.

Selv om det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom innvilgelse av utdanningspermisjon og avtale om bindingstid, kan det at det innvilges utdanningspermisjon være en viss pekepinn på når det kan avtales bindingstid.

Det generelle utgangspunktet når det gjelder permisjon er at denne er ulønnet.¹⁰ Permisjonen anses som en midlertidig avbrytelse av arbeidsforholdet, og det er da naturlig at lønnsforpliktelsen bortfaller eller reduseres i samsvar med arbeidsytelsen. Dette vil også virke rimelig så lenge permisjonen hovedsakelig skjer ut fra arbeidstakers egeninteresse. Det er imidlertid ingen ting i veien for at permisjonen gjøres lønnet eller at arbeidsgiver betaler ut stipend.¹¹ Dette vil virke som en rimelig løsning der permisjonen skjer ut fra arbeidsgivers interesse og på dennes initiativ. Det er i utgangspunktet opp til partene selv å bestemme hvordan det økonomiske rundt en permisjon skal løses.¹² I praksis er det nok vanlig at det utbetales økonomisk stønad fordi de fleste arbeidstakere verken vil ønske eller ha mulighet til å ta ut en lengre permisjon uten å ha en eller annen form for ”inntekt”.

I denne fremstillingen kan det være interessant å se på om det er noen sammenheng mellom retten til å ta ut utdanningspermisjon og det at arbeidsgiver bærer kostnadene forbundet med dette og kan avtale bindingstid. Det er på det rene at selv om arbeidstaker får innvilget en permisjon som kan gi arbeidsgiver fordeler ved økt kompetanse i virksomheten, medfører det ingen direkte plikt for arbeidsgiver til å betale for dette. Hvorvidt arbeidsgiver kan pålegges en slik forpliktelse, vil kanskje kunne

¹⁰ Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 249

¹¹ Se NOU 2001:25 Støtte til livsopphold ved utdanningspermisjon s. 20

¹² Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 270 og NOU 2001:25 s. 26

avhenge av hvem som har tatt initiativet til utdannelsen og i hvilken parts interesse det skjer.

Et sentralt spørsmål ved vurderingen er hva som menes med ”utdanning”. Slik jeg ser det er nok § 33D ment for utdanning som varer over noe lengre tid, men det kan ikke være noe i veien for at den også benyttes overfor kurs av kortere varighet. Kursets lengde vil ikke være det som avgjør om utdanningspermisjon kan innvilges eller ikke.

Utgangspunktet må være at så lenge kurset eller utdannelsen kan gi grunnlag for utdanningspermisjon etter § 33 D, vil det kunne være et moment som taler for at dette er relevant kunnskap som det kan tenkes at arbeidsgiver skal betale for. I denne sammenheng er det imidlertid mange momenter å ta hensyn til, og det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Det er likevel rimelig klart at dersom kurset ikke gir grunnlag for permisjon, kan det heller ikke avtales bindingstid.

3 Forhold som kan ha innvirkning på bindingsklausulen

3.1 Oppsigelse

3.1.1 Oppsigelsesadgangen når det foreligger en bindingsklausul

Bindingsklausuler har til hensikt å holde på arbeidstakerne for en bestemt tid. Begge parter har skrevet under på klausulen, og skal derfor være klar over forutsetningene for denne. Det fremstår som rimelig klart at arbeidstaker gjennom klausulen forplikter seg til å være i virksomheten ut den fastsatte tiden. Hvorvidt klausulen også pålegger arbeidsgiver en plikt, slik at arbeidstaker i tillegg til plikten får en rett til å bli værende ut hele bindingstiden, er i utgangspunktet ikke like klart. Spørsmålet blir dermed om bindingsklausulen vil få noen innvirkning på oppsigelsesadgangen mens bindingstiden løper.

Klausulen gir arbeidstaker en rettmessig forventning angående mulighetene til å bli i bedriften ut hele bindingstiden, og innretter seg etter dette. Hvilken innvirkning bindingsklausulen får på oppsigelsesadgangen må vurderes ut fra bl.a. bestemmelser i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven. Klausulens formål og den konkrete arbeidsavtalen vil også kunne få betydning. Det kan tenkes at arbeidsavtalen har sagt noe om oppsigelsesfrister og stillingsvern som avviker fra lovgivningen i den grad det er tillatt. Virkninger av bindingstiden vil kunne bli underlagt en rimelighetsvurdering fordi avtalen for å kunne gjøres gjeldende ikke må stride mot avtl § 36.

Her skal det ses nærmere på hensynene rundt oppsigelsesadgangen i de tilfeller der det foreligger en bindingsklausul, og om disse vil være annerledes enn hva som gjelder generelt i andre arbeidsforhold. Det må tas hensyn til hvorvidt det kan avtales bindingstid som medfører forlengelse av oppsigelsesfristene.¹³ Dersom det er avtalt lang oppsigelsesfrist, for eksempel ett år, vil dette til en viss grad kunne sammenlignes med

¹³ Se vedlegget pkt 6.2.2.1

at arbeidsforholdet gjøres uoppsigelig for en periode. Selv om det sannsynligvis skal mer til for å avtale en unormal lang oppsigelsesfrist enn uoppsigelighet, vil de ha det til felles at arbeidstaker for en gitt periode ikke vil ha mulighet til å komme seg ut av arbeidsforholdet med mindre det foreligger spesielle forhold.

Her er det bare adgangen til å benytte seg av oppsigelse som skal behandles. Hvorvidt en oppsigelse kan medføre noen form for reaksjon vil jeg komme tilbake til senere.

3.1.2 Utgangspunkter generelt

Det naturlige utgangspunktet ved vurderingen av oppsigelsesadgangen er å se hva som gjelder generelt i et ansettelsesforhold.

Arbeidsmiljøloven forutsetter at det i alle ansettelsesforhold foreligger oppsigelsesfrist både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette følger av § 55 C pkt g) som sier at oppsigelsesfrister skal tas med i den skriftlige arbeidsavtalen som skal foreligge i forbindelse med ansettelsen, jf § 55 B. Oppsigelsesfristens lengde kan til en viss grad avtales fritt, men dersom ingen ting er avtalt gjelder de fristene som følger av aml § 58. Oppsigelsesfristen er i utgangspunktet gjensidig, jf aml § 58. Selv om partene kan avtale andre løsninger, vil det ikke i noe tilfelle kunne avtales at oppsigelsesfristen ved oppsigelse fra arbeidstakers side skal være lenger enn ved oppsigelse fra arbeidsgivers side. Dette følger av § 58 nr 7, som kan sies å være et utslag av den tanken at arbeidstakeren er den svake part i et ansettelsesforhold og derfor trenger et ekstra vern.

Uansett hva som er avtalt angående oppsigelsesfrist vil oppsigelse fra arbeidsgiver kun skje dersom det foreligger saklig grunn, jf aml § 60. I forhold til statstjenestemenn er reglene noe strengere, avhengig av hvor lenge vedkommende har vært i tjeneste, jf tjml §§ 9 og 10. Selv om arbeidsmiljøloven ikke sier noe om arbeidstakers adgang til å benytte seg av oppsigelse, er det en klar forutsetning at det foreligger en slik adgang. Det følger også av § 55 C pkt g) der det står ”arbeidstakerens og arbeidsgiverens oppsigelsesfrist”.

Når det gjelder tjenestemenn er det sagt eksplisitt i tjml § 11 at en tjenestemann alltid har rett til å si opp sin stilling. I motsetning til arbeidsmiljøloven har tjenestemannsloven ingen bestemmelse som sier noe om lovens ufravikelighet, se aml § 5. Det er likevel klart at også bestemmelsene i tjenestemannsloven i utgangspunktet er ufravikelige. Hele arbeidsretten er preget av at lovgivningen er ufravikelig for bl.a. å unngå utnyttelse av arbeidstakere. Dette anses for så klart (og opplagt) at lovgiver ikke har funnet behov for å nevne det eksplisitt i alle lovene som gjelder på området.¹⁴

Bestemmelsene angående oppsigelse regulerer i all hovedsak kun hva som kreves i forhold til en oppsigelse fra arbeidsgiver. Det er ingen bestemmelser som sier noe om hva som kreves dersom arbeidstaker går til oppsigelse, bortsett fra at oppsigelsesfristen må overholdes. En har derfor ikke noe grunnlag for å kreve at arbeidstakers oppsigelse er saklig begrunnet.

3.1.2.1 Medfører bindingsklausulen avvik fra det generelle utgangspunktet?

Det generelle utgangspunktet er at både arbeidsgiver og arbeidstaker har mulighet til å gå til oppsigelse av et arbeidsforhold. Spørsmålet blir om bindingsklausulen vil kunne ha innvirkning på oppsigelsesadgangen, og dermed avvike fra det som gjelder generelt.

Det er viktig å huske på at arbeidstakers stillingsvern står sterkt i norsk rett, og at det sannsynligvis skal en del til for å avvike fra dette. Arbeidstaker har et vern mot usakelig oppsigelse, se aml § 60, og det er også et sentralt moment at arbeidstaker har en vid oppsigelsesadgang. Arbeidsgiver har ikke tilsvarende vern mot oppsigelse fra arbeidstaker. På enkelte punkter vil det derfor utfallet kunne bli forskjellig for arbeidstaker og arbeidsgiver.

Et eventuelt avvik fra de alminnelige oppsigelsesbestemmelsene kan begrunnes på to forskjellige måter. For det første kan det bli spørsmål om bindingsklausulen tilsier at arbeidsforholdet i bindingstiden er uoppsigelig. For det andre kan en spørre om

¹⁴ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 97

bindingsklausulen i seg selv tilsier at det stilles strengere krav til en oppsigelse enn hva som ellers gjelder.

3.1.2.1.1 Uoppsigelig kontrakt

En såkalt uoppsigelig kontrakt kan sies å svekke arbeidstakers stillingsvern, men slike kontrakter forekommer nok likevel i praksis. En uoppsigelig kontrakt vil ikke avskjære oppsigelsesadgangen helt, men det vil medføre atskillig strengere krav til når rettmessig oppsigelse kan skje. Denne type kontrakter må være tidsbegrensede for ikke å fremstå som urimelige, og det må også være et visst samsvar mellom lengden på den uoppsigelige kontrakten og formålet med denne. Det kan stilles spørsmål om en avtale om bindingstid kan sies å være uoppsigelig.

Hensynene bak en bindingsklausul og en uoppsigelig kontrakt vil langt på vei være sammenfallende. Hovedhensynet er ønsket om å hindre arbeidstaker i å forlate virksomheten før etter en viss periode. Ved å hindre arbeidstaker i å forlate sin stilling før utløpt bindingstid, vil arbeidsgiver være sikret å få det forventede utbyttet, og ikke bare få dekket de økonomiske kostnadene som hadde direkte forbindelse med utdannelsen.

Siden en uoppsigelig kontrakt kan sies å sette strengere krav til når oppsigelse kan skje, vil dette fremstå som så inngripende overfor arbeidstakers rettigheter at dette er noe som må avtales konkret. Det er sannsynligvis ingen ting i veien for at det avtales at bindingstiden skal gjøres uoppsigelig, så sant avtalen ikke fremstår som urimelig etter avtl § 36. Derimot er det tvilsomt om bindingsklausulen som sådan kan tolkes som uoppsigelig dersom dette ikke er sagt eksplisitt.

3.1.2.1.2 Strengere oppsigelsesadgang som følge av avtalt bindingstid

Som tidligere nevnt er bindingsklausulens formål at arbeidsgiver skal få et visst utbytte av den investeringen som er lagt i arbeidstakerens utdanning. Det er ikke tvil om at dette utbytte kun vil oppnås ved at arbeidstaker blir i virksomheten og benytter sin

kompetanse der. Dersom arbeidstaker går til oppsigelse før utløpt bindingstid, vil arbeidsgiver kunne lide et tap i forhold til det forventede utbyttet.¹⁵

Bindingsklausulen sier oftest ikke noe om at oppsigelsesadgangen skal være strengere enn hva som følger av det underliggende arbeidsforholdet. Derimot vil det ofte være avtalt hva som blir konsekvensen av at arbeidstaker fratrer før utløpt bindingstid. Tanken bak klausulen er at forpliktelsen som følger med bindingstiden, og et eventuelt krav om tilbakebetaling av kostnader, skal være tilstrekkelig til å forhindre for tidlige fratreden fra arbeidstaker. Dette kan tolkes dit hen at det foreligger en oppsigelsesadgang til tross for forpliktelsene som følger av bindingsklausulen. Så langt tilsier dette at bindingsklausulen ikke medfører at det kan stilles strengere krav til en oppsigelse enn hva som er vanlig. Det at en blir forpliktet etter avtalen kan ikke automatisk medføre at dette får innvirkning på oppsigelsesadgangen.

Et annet spørsmål er om klausulens formål medfører at en må tolke ”saklig grunn” noe strengere enn hva en ville gjort i arbeidsforhold uten denne type forpliktelse. For arbeidsgiver vil klausulen fremstå som et vern mot utnyttelse fra arbeidstaker. Det må derfor være opp til den enkelte arbeidsgiver å avgjøre behovet for dette i og med at det er hos denne tapet vil ligge dersom arbeidstaker sies opp. Selv om utdanning helst påkostes arbeidstakere som det er ønskelig å beholde i bedriften, er ikke det tilstrekkelig til å si at det skal stilles strengere krav til oppsigelse. Det at bindingsklausulen gir arbeidstaker forventninger til å bli i virksomheten og innretter seg etter dette, vil heller ikke være avgjørende siden dette sannsynligvis ikke skiller seg vesentlig fra andre ansettelsesforhold.

En vil ofte si at så lenge en avtale blir inngått i arbeidsgivers interesse vil det også være denne som bærer risikoen for at den kan fullføres. Det er ingen tvil om at bindingsklausulen inngås i arbeidsgivers interesse. Som nevnt tidligere vil det ut fra klausulens formål virke urimelig om en avtale skal forplikte arbeidsgiver så lenge denne aksepterer det tapet som kan følge av arbeidstakers fratreden.

¹⁵ Se pkt 1.3.

Begge parter er klar over at klausulen medfører forpliktelser, men det er ikke like klart hvordan en skal sørge for at denne etterleves. Når en arbeidstaker inngår en avtale som forplikter denne til å bli i virksomheten i en viss periode, vil det som et utgangspunkt kunne oppfattes slik at arbeidstaker ikke skal ha adgang til å fratrukke stillingen før fullført bindingstid. Dette vil imidlertid kun sies å utgjøre et moralsk, men ikke nødvendigvis et juridisk utgangspunkt.

Spørsmålet blir om forutsetningen kan medføre strengere vilkår for oppsigelse enn hva som følger av loven uten at dette nevnes konkret. I likhet med uoppsigelige kontrakter vil dette kunne virke inngripende overfor arbeidstaker, og det må nok avtales konkret og tydelig dersom klausulen skal kunne påvirke de generelle oppsigelsesreglene. Dersom arbeidstaker opptrer i strid med klausulens forplikter, vil dette kun utløse et tilbakebetalingskrav eller erstatningskrav. Det at forpliktelsen ikke får noen betydning for oppsigelsesadgangen, betyr ikke at et brudd kan få andre konsekvenser.

Det er allerede kort nevnt at oppsigelsesvernet er tenkt overfor arbeidstaker slik at denne ikke skal utnyttes av arbeidsgiver. Arbeidsgiver har i utgangspunktet ikke noe vern mot at arbeidstaker går til oppsigelse. Avtaler som på en eller annen måte avviker fra de alminnelige reglene om oppsigelse, vil ofte kunne sies å skje i arbeidsgivers interesse. Dersom arbeidsgiver foretar disposisjoner som gjør at bindingstiden ikke lar seg fullføre, for eksempel ved omorganisering, vil dette sannsynligvis ikke være tilstrekkelig grunnlag for arbeidsgiver til å gå til oppsigelse. Her må det nok kreves at arbeidstaker først gis mulighet til for eksempel å tre inn i en annen stilling, se aml § 60 nr 2. Stort sett vil det være arbeidsgiver som har mest å vinne på slike avtaler. Det kan derfor spørres om dette kan medføre at arbeidsgiver også kan sies å være forpliktet etter avtalen og om det at avtale i all hovedsak gagnar arbeidsgiver kan medføre noen ytterligere konsekvenser. Det kan imidlertid spørres om slik avtaler også kan medføre en rett for arbeidstaker, og ikke bare en plikt. Dersom avtalen medfører et strengere krav for arbeidsgivers oppsigelsesadgang, vil en da kunne tolke dette dit hen at arbeidstaker får en sterkere rett til å bli værende i stillingen ut bindingstiden? Dette må bli en vurdering av hensyn mot hverandre for å finne en løsning som fremstår som velbalansert og rimelig.

3.2 Avskjed mens bindingstid løper

3.2.1 Generelt

Tidligere har det vært sett på oppsigelsesadgangen når det foreligger en bindingsklausul. Oppsigelse er klart den vanligste måten å avslutte et arbeidsforhold på, men det er ikke den eneste. I mer alvorlige tilfeller er det adgang til å benytte seg av avskjed. Dette følger både av aml § 66 og tjml § 15.

Avskjed innebærer øyeblikkelig opphør av arbeidsforholdet, og det er følgelig ikke noe som tilsvarer en oppsigelsestid. Avskjed kan sammenlignes med heving av en kontrakt der begge parters forpliktelser bortfaller. Dette er en alvorlig reaksjon og skal kun benyttes når det er helt nødvendig. Loven har av den grunn stilt strenge vilkår for når det er akseptabelt å benytte seg av avskjed fremfor vanlig oppsigelse. Det må i denne sammenheng nevnes at det i praksis ofte ikke vil være noen helt skarp grense mellom forhold som gir grunnlag for avskjed og forhold som ikke gjør det. Aml § 66 sier at avskjed kun skal benyttes dersom det forligger et ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen”. Også tjml § 15 har strenge krav ved at det må ha vært utvist grov uforstand i tjenesten, eller at tjenestemannen ved utilbørlig atferd i eller utenfor tjeneste har vist seg uverdigg sin stilling. Selv om ordlyden i disse to bestemmelsene er forskjellige, er det antatt at det er tilsvarende forhold som kan gi grunnlag for avskjed etter begge lovene. Dette bl.a. fordi tillitsforholdet og måten arbeidet utføres på vil være av betydning uansett hvilken lov som regulerer forholdet.¹⁶

Av dette følger at det skal ganske mye til før avskjed kan anvendes fremfor oppsigelse. Det står ikke uttrykkelig noe sted at avskjed kun skal brukes dersom ingen andre sanksjoner anses tilstrekkelig, men det er likevel forholdsvis klart når en ser på vilkårene og hvordan lovsystemet vårt er bygget opp. Trekket likheten til heving etter alminnelig kontraktsrett, er det slik at dette bare skal benyttes dersom det ikke er mulig å løse problemet ved bruk av andre og mindre inngripende sanksjoner. Avskjed skal være siste utvei dersom ingen andre løsninger vil være tilstrekkelige. Til en viss grad

¹⁶ Se mer om dette Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 332

kan det trekke parallell til det som kalles mildeste inngreps prinsipp. Det skal ikke anvendes kraftigere reaksjoner enn hva som er nødvendig for å løse problemet.

3.2.2 Ved bruk av bindingsklausuler

Som vist tidligere kan det reises spørsmål om hvordan oppsigelsesadgangen skal være når det foreligger en bindingsklausul. Fremstillingen viser at de beste grunner taler for at det foreligger en alminnelig oppsigelsesadgang for både arbeidsgiver og arbeidstaker, men at det som følge av en oppsigelse kan bli snakk om å ilegge en eller annen form for reaksjon.

Når det gjelder adgangen til avskjed under bindingstid, er dette et enklere spørsmål. Vilkårene for avskjed og heving av en kontrakt vil i all hovedsak være de samme ved at det kreves at det foreligger et vesentlig mislighold av avtalen. Dersom arbeidsgiver finner at det foreligger grunner som tilsier avskjed, vil det fremstå som urimelig at en bindingsklausul kan hindre dette.¹⁷ Skal det være mulig å si opp arbeidstaker når det foreligger en bindingsklausul, må det også være mulighet for arbeidsgiver til å benytte seg av avskjed ved alvorligere forhold.

Som nevnt under det generelle, er avskjed å anse som det arbeidsrettslige motstykket til den kontraktsrettslige hevingen. Det ville virke rart om bindingsklausulen kunne sette til side dette prinsippet. Dette kom også tingretten i Oslo frem til i dom av 16. mai 2002 der det sies klart at det at avtalen har en bindingstid på 3 år, ikke beskytter mot avskjed.¹⁸ Selv om en tingrettsdom ikke kan sies å ha så stor tyngde, vil den kunne være av betydning på dette området hvor det er svært lite rettspraksis.

Det sentrale ved avskjed er at det skyldes så graverende forhold fra arbeidstakerens side at det ikke vil fungere å fortsette arbeidsforholdet. Loven tar utgangspunkt i at avskjed skjer fra arbeidsgivers side, men det er ikke tvilsomt at også arbeidstaker har mulighet til å si opp et arbeidsforhold med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger vesentlig

¹⁷ Tidsskrift for forretningsjus, nr. 3 (2001) s. 277

¹⁸ Dommen gjaldt avskjed i et arbeidsforhold der det var avtalt bindingstid på 3 år.

mislighold fra arbeidsgivers side. Avskjed fra arbeidstaker reguleres ikke direkte i loven, men må løses med støtte i alminnelig arbeidsrettslige regler.¹⁹

En kan godt si at avskjed er en sanksjon som ikke kan tilsidesettes ved avtale, jf aml § 5. Det betyr imidlertid ikke at arbeidsgiver er forhindret fra å begrense sin adgang til å anvende avskjed ved at det avtales at handlinger som normalt sett ville gitt grunnlag for avskjed, anses akseptable. I praksis vil nok ikke en arbeidsgiver inngå en avtale med en slik begrensning. Avskjed er en sanksjon som ikke helt kan tilsidesettes, men området for avskjed kan endres noe.

På den annen side er det ingen ting i veien for at arbeidsforholdet opphører på det grunnlag alene at det foreligger et vesentlig mislighold, med andre ord på et rent kontraktsrettslig grunnlag, jf Rt 1997.506.

Forholdet var her at arbeidsforholdet opphørte uten at det forelå noen formell oppsigelse fra noen av partene. Etter endt sykemelding unnlot arbeidstakerne å gå tilbake til arbeid pga det vanskelige forholdet til arbeidsgiver. Grunnlaget for opphøret av arbeidsforholdet var at arbeidsgiver, ved sin oppførsel, hadde vesentlig misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidstakerne.

Det ble imidlertid uttalt at ”det skal meget til for at det kan bli tale om vesentlig mislighold” pga forhold ved arbeidsmiljøet knyttet til kommunikasjon og samarbeid.

Avskjeden vil medføre brudd på klausulen, men det vil være rettmessig og også berettiget. Slik jeg ser det er adgangen til avskjed til stede på alle stadier av bindingstiden, uansett om utdannelsen er fullført eller ikke.

Avskjed kan benyttes ved vesentlig mislighold av hele arbeidskontrakten, men også hvis misligholdet av den konkrete klausulen er graverende nok. Det å skille mellom klausulen og arbeidsavtalen vil imidlertid virke noe rart i og med at bindingsklausulen må sies å være en del av arbeidskontrakten.

¹⁹ Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 330

I likehet med oppsigelse kan det ved avskjed bli spørsmål om det er adgang til å benytte seg av noen form for reaksjon. Dette vil bli behandlet senere i fremstillingen.

3.3 Avbrytelse av utdannelsen

Så langt har det vært en forutsetning at utdannelsen er fullført og at arbeidstaker er tilbake i arbeid. En annen situasjon det kan ses nærmere på er der det oppstår problemer før utdannelsen er fullført.

I de fleste tilfeller vil problematikken rundt oppsigelse eller avskjed av arbeidstaker mens denne er under utdanning, og konsekvensene av dette være sammenfallende med det som er drøftet ovenfor. Så lenge oppsigelsen eller avskjeden er i samsvar med lovens krav, jf aml §§ 60 og 66 og tjml §§ 9, 10 og 15, er det ingen ting i veien for at dette skjer selv om arbeidstaker er under utdanning.²⁰ Selv om arbeidstaker er innvilget permisjon etter aml § 33D, medfører ikke dette et vern mot oppsigelse. Uansett om arbeidstaker anses som student eller arbeidstaker under utdannelsen, vil forholdet til arbeidsgiver være så nært at dette ikke i seg selv kan hindre bruken av oppsigelse eller avskjed.

Problemene som skal drøftes her er av en noe annen karakter enn oppsigelse og avskjed, som medfører et endelig opphør av arbeidsforholdet. Hva skjer dersom utdannelsen avbrytes, men arbeidsforholdet fortsetter? I likehet med andre tilfeller der avtalen ikke blir oppfylt, vil utgangspunktet være at det foreligger et brudd på klausulen, og dermed et mislighold. Spørsmålet blir derfor om det kan sies å være forhold som, til tross for avbrytelsen, likevel ikke vil utgjøre et mislighold. Dette vil i stor utstrekning også kunne bli problemstillingen dersom bindingstiden ikke lar seg fullføre, se pkt 3.4. Hvorvidt det foreligger et brudd eller ikke, vil ha betydning for spørsmålet om det kan benyttes reaksjoner, og i tilfelle hvilke.

²⁰ Se til sammenligning departementets vurdering i Ot.prp.nr.68 (1998-1999): "Etter departementets oppfatning må de alminnelige regler om stillingsvernet komme til anvendelse, slik at personer i utdanningspermisjon på vanlig måte må vurderes i forhold til andre arbeidstakere i tilfelle oppsigelse."

Her vil det være vanskelig å skille klart mellom forhold som blir avgjørende for om det foreligger et brudd eller ikke, og momenter som "bare" får betydning ved vurderingen av konsekvensene av bruddet. Samme forhold kan få betydning begge steder, men jeg vil prøve å skille mellom dette så godt det lar seg gjøre, da eventuelle konsekvenser av et brudd vil bli behandlet senere.

Det som blir avgjørende for om en kan si at det foreligger et brudd eller ikke, vil være årsaken til at utdannelsen ikke fullføres.

Som utgangspunkt kan det skilles mellom forhold arbeidstaker har kontroll over, og det som ligger utenfor dennes kontroll. Så lenge arbeidstaker i stor grad har kontroll over forholdene knyttet til utdannelsen, vil en avbrytelse fort kunne oppfattes som et mislighold. På tilsvarende måte kan en si at dersom det er forhold utenfor arbeidstakers kontroll som gjør at utdannelsen ikke fullføres, skal det mye til før det vil utgjøre et mislighold fra dennes side. Her kan det også tenkes at det er forhold på arbeidsgivers side som fører til avbrytelsen, og at denne dermed kan bebreides.

Begge parter har anledning til å avbryte utdanningsforløpet. Hvem som tar den endelige avgjørelsen trenger imidlertid ikke ha noen betydning i forhold til hvilken part som kan sies å være skyld i avbrytelsen. Som en grovinndeling kan det likevel skilles mellom tilfeller der arbeidstaker selv velger ikke å fullføre, og der arbeidsgiver pga foreliggende forhold ikke ser det ønskelig eller tjenelig at utdannelsen fullføres. Det kan være mange forskjellige årsaker til avbruddet, og presentasjonen her vil derfor ikke kunne bli helt uttømmende.

3.3.1 Forhold på arbeidstakers side

Selv om avbrytelsen stort sett skyldes forhold på arbeidstakers side, betyr ikke dette at arbeidstaker nødvendigvis kan bebreides.

Den enkleste situasjonen er der arbeidstaker selv ikke ønsker å fullføre studiet fordi den nødvendige interessen og motivasjonen ikke er til stede. Det kan være at arbeidstaker synes utdannelsen er kjedelig, og ikke er villig til å yte den innsatsen som kreves for å fullføre. Dette kan for så vidt være tegn på at arbeidstaker heller ikke kunne tenke seg å

jobbe innenfor det aktuelle fagområdet i fremtiden, og at arbeidsgiver til tross for fullført utdanning fra arbeidstakers side ikke ville oppnå det forventede utbyttet i etterkant.

En slik avgjørelse om å avbryte utdannelsen vil være ærlig, og fremstå som lojal ved at den vil forhindre at arbeidsgiver pådras kostnader²¹ som ikke vil føre til et optimalt utbytte. Det er likevel ingen tvil om at arbeidstaker er skyld i at utdannelsen ikke fullføres, og at det vil utgjøre et brudd på bindingsklausulen. Arbeidstaker burde satt seg bedre inn i hva utdannelsen gikk ut på og hvilken innsats det ville kreve, før avtalen ble inngått. Dette er forhold som arbeidstaker selv kunne ha kontroll over, og det vil føre til at denne vil kunne bebreides for at bindingsklausulen ikke oppfylles.

En helt annen situasjon er der arbeidstaker finner at utdannelsen rett og slett er for vanskelig, og at det pga dette ikke oppnås tilstrekkelig gode resultater for å fortsette. Med mindre dette var noe arbeidstaker hadde grunn til å forvente eller forutse, vil ikke arbeidstaker kunne bebreides.²² Det at det ikke oppnås tilstrekkelig gode resultater, kan også medføre at arbeidsgiver velger å avbryte utdanningsforløpet. Hvem som tar det endelige initiativet, vil sannsynligvis ikke ha noen betydning. Situasjonen vil uansett være den samme, og arbeidstaker kan ikke bebreides for dette. Det kan derfor ikke sies å foreligge et mislighold av avtalen, men den må anses opphørt som følge av omstendighetene.

Et tredje tilfelle kan tenkes der arbeidstaker blir forsinket slik at utdannelsen ikke kan fullføres innen avtalt tid. Dersom forsinkelsen ikke er lenger enn at arbeidstaker vil klare å ta dette igjen og avslutte innen fastsatt tid, vil det sannsynligvis ikke ha noen betydning. Grunnlaget for forsinkelsen vil kunne bli avgjørende. Skyldes forsinkelsen latskap fra arbeidstaker slik at denne ikke har klart å holde forventet progresjon, er dette

²¹ Se til sammenligning NAD-1981-83-222 der et av momentene for lojalitetsvurderingen gikk på det at arbeidsgiver ikke fikk muligheten til å vurdere om det skulle gås til innkjøp av utstyr for å hjelpe arbeidstaker med eksamen.

²² Sml Henning Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s.1653-1694. Sykepleieres arbeidsrettslige stilling ved bedriftsintern videreutdanning, s 1678

forhold som arbeidstaker kan bebreides for. Viser forsinkelsen seg å være så vesentlig at arbeidstaker ikke vil klare å fullføre innen den fastsatte fristen, tyder det på at det foreligger et mislighold. Det kan medføre at arbeidsgiver ikke ønsker at arbeidstaker skal gis mulighet til å fullføre.

Skyldes derimot forsinkelsen at arbeidstaker har funnet utdannelsen vanskeligere enn først antatt, men at en fullføring med bra resultat kan skje dersom det settes av litt mer tid enn planlagt, er det mer tvilsomt om forsinkelsen utgjør et brudd på avtalen. Så lenge dette ikke var noe arbeidstaker hadde grunn til å forutse eller forvente, vil det nok ikke oppfattes som et brudd.

Grunnen til forsinkelsen kan også skyldes fravær, rettmessig eller urettmessig. Urettmessig fravær, skulk, som grunnlag for forsinkelsen av studiet, vil anses som mislighold.²³ Her vil arbeidstaker alene være skyld i forsinkelsen. Lovlig fravær, for eksempel på grunn av sykdom eller svangerskapspermisjon, se aml §§ 31, 33A og 64, vil ikke kunne medføre mislighold av avtalen. Forsinkelsen kan da føre til at bindingsklausulen opphører fordi forutsetningene ikke lenger er til stede. En annen løsning kan være at bindingstiden forlenges slik at arbeidstaker gis mulighet til å fullføre til tross for forsinkelsen.

Til slutt kan det nevnes at arbeidstakers generelle holdning og innstilling under utdanningstiden, kan tenkes å være grunn nok til at arbeidsgiver ønsker å avbryte. Eksempler kan være at arbeidstaker møter uforberedt til undervisning, ikke deltar aktivt der det kreves etc. Det trenger ikke være én konkret ting som er grunnlaget for avbrytelsen. Dersom helheten i situasjonen gir arbeidsgiver gode grunner for å tvile på at investeringen vil gi det forventede resultatet, mener jeg dette kan være tilstrekkelig for en avbrytelse. Om arbeidstaker kan bebreides her vil bl.a. avhenge av om det er gitt advarsler, og om arbeidsgiver har gitt klart uttrykk for at arbeidstakers holdning og innstilling ikke er akseptabel.

²³ Jakhelln, Arbeidsrettslige studier bind III (2000) s. 1679

3.3.2 Forhold på arbeidsgivers side

Det kan tenkes at det er forhold på arbeidsgivers side som gjør at utdannelsen ikke fullføres, selv om arbeidstaker ønsker å fortsette.

Arbeidsgiver kan ikke på et hvert stadium av utdannelsen ha mulighet til å kreve utdannelsen avbrutt uten at dette anses som et brudd. Uten saklig grunn vil en slik avgjørelse føre til kontraktsbrudd fra arbeidsgiver, og det kan resultere i erstatningskrav. Det blir da et spørsmål om det finnes grunner som gjør at arbeidsgiver kan avbryte utdannelsen, uten at det medfører mislighold.

Det å finansiere lengre utdannelser for arbeidstakere kan fort bli veldig kostbart for arbeidsgiver. En kan derfor tenke seg situasjoner der arbeidsgiver på grunn av inntrådte omstendigheter rett og slett ikke ser seg i økonomisk stand til å finansiere resten av utdannelsen. Problemet blir om dette er en god nok grunn til å kreve at utdannelsen avbrytes når dette vil medføre at avtalen ikke oppfylles. Arbeidsgiver har gjennom avtalen påtatt seg en forpliktelse til å betale for utdannelsen, og eventuelt betale ut lønn eller stipend under permisjon.

Her er det ikke lett å komme med et konkret svar, men jeg antar at en kan stille forholdsvis strenge krav. Det vil ikke være tilstrekkelig at arbeidsgiver syns at kostnadene er for store sammenlignet med det utbyttet som kan forventes.

Sannsynligvis må det være snakk om en så alvorlig økonomisk situasjon at dette er penger som heller må brukes konkret på virksomheten for at denne skal klare seg. Dette viser at problemstillingen helst vil kunne gjøre seg gjeldende i små bedrifter der noen hundretusen fra eller til vil kunne ha en avgjørende betydning. For store selskaper vil det at en sparer kostnader ved avbrytelsen av enkelte ansattes utdanning, sannsynligvis ikke ha noen avgjørende betydning. I alle tilfeller vil det nok være snakk om forholdsvis akutte situasjoner siden krav til budsjettering skal kunne vise hvorvidt bedriften er i stand til å bære kostnadene som utdannelsen utgjør.

3.4 Andre forhold

Så langt har fremstillingen konsentrert seg om oppsigelser og avskjed som avslutning på arbeidsforholdet. Det er imidlertid også andre forhold som kan medføre spørsmål om arbeidsforholdet må anses bortfalt, og at det dermed foreligger brudd og/eller bortfall av bindingsklausulen. Dersom det ikke foreligger et endelig brudd, kan en spørre seg om et eventuelt opphold i arbeidsforholdet også fører til opphold i bindingstiden eller om den fortsetter å løpe.

3.4.1 Virksomheten flytter

Når virksomheten flytter blir spørsmålet hva som skjer med arbeidsforholdet dersom flyttingen medfører at det ikke lenger vil være naturlig for arbeidstaker å jobbe der. Vurderingen vil bli den samme uavhengig av om arbeidstakers utdannelse er fullført eller ikke, fordi arbeidstaker før eller siden må yte en innsats i virksomheten for å oppfylle bindingsklausulen.

Utgangspunktet er at arbeidstaker har en flytteplikt så lenge en kan si at det ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett å bestemme virksomhetens plassering. For tjenestetemenn følger det konkret av tjml § 12 at de tilsatte har rett og plikt til å følge arbeidsoppgavene, også ved omlokalisering av virksomheten.²⁴ Holo uttaler at det er antatt at det er videre rammer for arbeidsgivers styringsrett etter tjml enn hva som gjelder i privat sektor.²⁵ Arbeidsavtalen, og dermed også bindingsklausulen, vil fortsatt være bindende mellom partene, som vil være de samme før og etter flytting. Spørsmålene blir om det kan tenkes unntak som medfører flyttefritak. Det første en kan spørre seg er om flyttingen kan anses som en bristende forutsetning som gir grunnlag for å sette avtalen til side, slik at det ikke lenger er noen bindingstid som må avtjenes. Et annet spørsmål er om bindingsklausulen kan tolkes så vidt at det følger en selvstendig flytteplikt med denne.

²⁴ Se for eksempel juridisk betenkning av Lars Holo vedrørende flytteplikt for statlige tjenestetemenn, jf Ot. prp. nr. 72 (1981-82) s. 25, første avsnitt <http://www.jus.no/index.db2?id=28060>

²⁵ op.cit. Holo

Det helt avgjørende blir hvor langt bedriften flytter, og om arbeidstaker var klar over at dette kunne skje da avtalen ble inngått.

Når det gjelder det første spørsmålet vil det være rimelig klart at dersom bedriften ikke flytter lenger enn at det ikke kan sies å være urimelig at arbeidstakeren pendler, må nok dette også bli løsningen. Det at arbeidstakeren som følge av flyttingen får lengre vei til jobb og dermed må sette av mer tid til dette, vil ikke i seg selv være nok til å si at det foreligger bristende forutsetninger som medfører bortfall av bindingsklausulen. Her må det vurderes hva en med rimelighet kan kreve. Vurderingen vil kunne være noe forskjellig fra arbeidstaker til arbeidstaker, avhengig av forutsetningene ved det konkrete arbeidsforholdet. Det kan tenkes arbeidsavtaler der enhver flytting vil innebære en bristende forutsetning, men dette må følge klart av avtalen. Dersom avtalen ikke sier noe, må en falle tilbake på en rimelighetsvurdering. Det vil ikke være mulig å fastsette noen helt klare grenser ut fra reisevegens lengde og tid. Vurderingen av hvorvidt reisevegen utgjør en bristende forutsetning må bl.a. tas ut fra hva som er vanlig reisetid i det aktuelle distriktet, herunder kommunikasjonsmessige forhold, og om økte reiseutgifter utgjør betydelige beløp.²⁶ Det betyr at vurderingen vil bli forskjellig avhengig av om flyttingen skjer innenfor et byområde eller ute i distriktene. Har arbeidstaker allerede før flyttingen hatt en noe lengre reiseveg, vil økt reisetid være arbeidstakers egen risiko.

Så langt er det klart at bindingstiden ikke bortfaller som følge av flytting over en kortere avstand. Spørsmålet videre vil være hva utfallet blir dersom virksomheten flytter så langt at det ikke vil være mulig å dagpendle.

Selv om det ikke er klart uttalt, er det sannsynlig å anta at arbeidstaker, på det tidspunkt bindingsklausulen ble inngått, forutsatte at arbeidet skulle utføres på samme sted som tidligere. Når dette ikke er mulig, vil forutsetningene være endret. Spørsmålet er om dette er tilstrekkelig grunnlag for bortfall av bindingstiden. Sagt på en annen måte; vil

²⁶ Se Jakhellns artikkel ”Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering”. Utredning til Justisdepartementets domstolsavdeling, april 2002.

flyttingen anses som en så vesentlig endring av arbeidsvilkårene at det vil kunne medføre flyttefritak? Dette må avgjøres etter en konkret vurdering.²⁷ Her vil personlige forhold kunne ha betydning, som for eksempel arbeidstakers alder, helse og familiesituasjon. Jo vanskeligere flyttingen vil være for arbeidstaker, desto større grunn er det til å vurdere flyttefritak.

Et annet forhold det må ses nærmere på er om bindingsklausulen alene kan være grunnlag for flytteplikt. Her forutsettes det at flyttingen i utgangspunktet vil regnes som bristende forutsetninger ved ansettelsesforholdet. Spørsmålet blir om bindingsklausulen kan virke innskrenkende på dette. Det fremstår som rimelig klart at en bindingsklausul ikke kan gi grunnlag for flytteplikt dersom dette ikke tidligere har vært diskutert. Det å kreve at arbeidstaker må flytte for å følge virksomheten, vil være så pass inngripende at det ikke alene kan utledes av en bindingsklausul. Det må i tilfelle avtales konkret, da det på grunn av omstendigheter ved flyttingen vil ligge utenfor arbeidsgivers styringsrett. Dersom arbeidstaker derimot visste at det var en stor mulighet for at bedriften ville flytte før fullført bindingstid, og dette ble diskutert før avtalen ble inngått, vil det være vanskeligere å si at det ikke kan kreves flytting.

Så lenge virksomheten flytter så langt at det ikke vil være mulig å pendle, og det ikke foreligger flytteplikt, vil flyttingen i de fleste tilfeller sies å være en bristende forutsetning som gjør at bindingsklausulen bortfaller.

Jakhelln²⁸ peker på et beslektet problem der arbeidstaker blir pålagt å avtjene bindingstiden på et sykehus så langt vekk at flytting er eneste alternativ. I dette tilfellet er bindingsklausulen inngått med arbeidsgiver som sådann, og det er derfor innenfor dennes styringsrett å avgjøre hvor bindingstiden skal utføres. Her var det ikke snakk om flytting av virksomheten, men det kan likevel trekkes paralleller fordi arbeidstaker pålegges å flytte. Uansett grunnlag for krav om at arbeidstaker flytter, vil det i all hovedsak være samme momenter som må legges til grunn i vurderingen. Dette taler

²⁷ Se eksempel på dette i rapport fra Landbruksdepartementet angående samordning og eventuell utflytting av forvaltningsenheter, www.odin.dep.no

²⁸ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1684

derfor for at det kan tenkes situasjoner der arbeidstaker likevel kan pålegges å flytte for ikke å handle i strid med avtalen.

En annen problemstilling er hva som skjer dersom arbeidstaker velger å følge virksomheten. Ovenfor har vi sett at flytting av bedriften i praksis gir arbeidstaker valget mellom å slutte eller å flytte med virksomheten. Spørsmålet blir om det at arbeidstaker velger å flytte, medfører et nytt ansettelsesforhold, eller om en bare anser det som en fortsettelse av det gamle. Dersom en ser det slik at ansettelsesforholdet til tross for flyttingen fortsetter å løpe som før, taler det for at bindingstiden også gjøres gjeldende. Dersom det anses som nyansettelse vil bindingsklausulen bortfalle.

3.4.2 Bedriften går konkurs

Dersom bedriften går konkurs kan en tenke seg to forskjellige situasjoner.

Den første situasjonen er at virksomheten som følge av konkursen opphører og at det dermed ikke lenger vil bli utført noen som helst form for arbeid. Arbeidstakeren vil ikke ha muligheten til å yte noen arbeidsinnsats og arbeidsforholdet vil følgelig måtte oppheves. I et slikt tilfelle vil arbeidstaker heller ikke ha mulighet til å fortsette utdannelsen for arbeidsgivers regning. Det fremstår som klart at bindingsklausulen bortfaller og at det heller ikke kan bli snakk om noe tilbakebetalingskrav overfor arbeidstaker som ikke hadde noen som helst skyld i bruddet.

Den andre situasjonen er der konkursboet i samsvar med konkursloven av 8. juni 1984 nr 58, (kkl), § 119 velger å drive virksomheten videre, og med det også trer inn i skyldnerens kontrakter i samsvar med dekningsloven av 8. juni 1984 nr 59, (deknl), §§ 7-3 flg. Konkursboet kan med dette tre inn i arbeidsavtalene som foreligger ved å forplikte seg til å utbetale lønn, jf § 7-4 (1). I og med at konkursboet ved inntreden blir ”berettiget og forpliktet på avtalens vilkår”, jf § 7-4 (1), er det naturlig at bindingsklausulen fortsetter å gjelde så lenge forutsetningene for dette er til stede. Det medfører også at arbeidstaker som er innvilget utdanningspermisjon vil kunne fortsette denne i henhold til det som var avtalt med arbeidsgiver.

Skulle arbeidstaker gå til oppsigelse mens bindingstiden løper og konkursboet står ansvarlig for driften av virksomheten, vil dette bli regulert på akkurat samme måte som om det var den opprinnelige arbeidsgiveren som fortsatt hadde ansvaret. Uansett hvem som står ansvarlig, vil tapet for virksomheten bli det samme dersom fratreden skjer før utløpet av bindingstiden. Hvem arbeidstaker faktisk svarer til vil ikke være det avgjørende.

3.4.3 Virksomhetsoverdragelse

Når det foreligger en virksomhetsoverdragelse er det en klar forutsetning at virksomheten skal fortsette. Det følger av aml § 73B at den nye innehaveren treer inn i tidligere innehavers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet som foreligger. Det betyr at arbeidstakernes arbeidsavtaler i utgangspunktet forblir uendret og at de både har rett og plikt til å følge med virksomheten.²⁹ Det foreligger altså gode grunner for å si at bindingsklausulen vil bli videreført. Det er videre antatt at det i norsk rett ikke foreligger noen rett for arbeidstaker til å motsette seg at arbeidsforholdet blir overført til en ny arbeidsgiver, og dermed heller ingen rett til å velge arbeidsgiver.³⁰

3.4.3.1 Vesentlige endringer i virksomheten

Et spørsmål som imidlertid dukker opp er hvordan situasjonen blir dersom arbeidstakerne i forbindelse med overdragelsen gis en valg- eller reservasjonsrett.³¹ (Jeg går ikke inn på drøftelsen om krav rundt disse rettighetene, men forutsetter at eventuelle vilkår er til stede.) Med dette menes at arbeidstakerne pga de inntrådte forhold kan velge om de vil fortsette i bedriften etter at overdragelsen har funnet sted. For at en slik mulighet skal foreligge må omdannelsen innebære ”så inngripende negative endringer for arbeidstakerne” at det må gjelde unntak fra hovedregelen om at arbeidstakerne ikke har noen valgrett, se flertallet i Rt 2000.2058 [Cowards votum].³² De kan reservere seg mot

²⁹ Se Rt 2000.2058 og Rt 2000.2047, samt NOU 1996:6 Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v. s. 45

³⁰ Jf NOU 1996:6 s. 45 flg og s.99

³¹ Se nærmere om hos Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 367-369 og Rt 1999.977

³² Se notat fra H. Jakhelln til Tjenestemannsorganisasjonene i Statskonsult, datert 12 nov. 2003

å jobbe for den nye innehaveren, men må jobbe ut oppsigelsestiden som vanlig. Utfallet av at arbeidstaker benytter seg av reservasjonsretten er at oppsigelsen vil sies å ha grunnlag i forhold på arbeidsgivers side, sml aml § 73 C nr 2.

Her vil det klart foreligge en motstrid mellom bindingsklausulen og reservasjonsretten. Klausulen sier at arbeidstakeren er forpliktet til å bli værende ut bindingstiden, mens reservasjonsretten gir arbeidstakeren en mulighet til å avslutte arbeidsforholdet pga forhold på arbeidsgivers side. Spørsmålet blir hvilken løsning en må falle ned på her, for det fremstår som rimelig klart at det ikke vil være mulig å tolke avtalene slik at de går klar av hverandre. Ren avtalerettslig tolkning vil ikke føre frem. Det finnes heller ikke noen klare grunner for hvorfor den ene skal gå foran den andre.

Et moment i vurderingen kan være når avtalen kom i stand. Dersom arbeidstakeren var klar over at det var en mulighet for virksomhetsoverdragelse da bindingsklausulen ble inngått, vil det være vanskeligere å gi reservasjonsretten forrang. Var arbeidstaker derimot ikke klar over dette er vi tilbake på null.

Et argument for å si at reservasjonsadgangen går foran, er at virksomhetsoverdragelsen medfører en bristende forutsetning i forhold til bindingsklausulen. Som nevnt ovenfor er en reservasjonsadgang bare aktuelt der overdragelsen innebærer ”inngripende negative endringer for arbeidstakerne”.³³ Hvor grensen går for hvilke endringer som kan sies å medføre en reservasjonsrett, kan det ikke gis noe konkret svar på. Jo større endringer som følger med overdragelsen, desto større grunn er det til å si at det foreligger omstendigheter som kan sette klausulen til side.

Ved vurderingen kan en trekke inn aml § 73 C nr 2 som sier at dersom overdragelsen medfører vesentlige endringer i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstaker, anses arbeidsforholdet opphørt som en følge av arbeidsgivers forhold. Det er nettopp dette som blir utfallet ved benyttelse av valgretten. Som Jakhelln presiserer vil reservasjonsretten innebære at arbeidstakeren selv kan ta initiativ til å få arbeidsforholdet avviklet – uten å måtte avvente at forholdene etter hvert utvikler seg

³³ Rt 2000.2058 [Cowards votum]

slik at oppsigelse må påregnes fra arbeidsgiver – samtidig som arbeidstaker oppnår de rettigheter som overtallige tilkommer.³⁴ Idet arbeidstaker velger å gjøre reservasjonsretten gjeldende, vil arbeidsgiver kunne gå til oppsigelse.

Selv om oppsigelsen skyldes en reservasjonsrett, vil det foreligge en oppsigelsesfrist der arbeidstaker i utgangspunktet vil være så vel forpliktet som berettiget til å utføre arbeid. Arbeidet i oppsigelsestiden vil kunne utføres i det nye rettssubjektet, dersom det ikke er avtalt at arbeidstaker ikke skal være forpliktet til å fortsette arbeidet i oppsigelsestiden, eller arbeidets karakter tilsier at arbeidsplikt ikke kan antas. En annen løsning ville tilsi fratreden fra det tidspunkt da omorganiseringen med det nye rettssubjekt ble iverksatt, men dette vil ikke være noen heldig løsning.³⁵ Hvilken part som kan sies å være årsaken til oppsigelsen kan ha stor betydning i forhold til hvilke reaksjoner som kan komme til anvendelse.³⁶

Ut fra dette er det rimelig å anta at dersom det foreligger grunnlag for en reservasjonsadgang, vil dette være så sterke grunner at denne vil få forrang fremfor bindingsklausulen. Det kan godt tenkes at de endringene som har funnet sted som følge av virksomhetsoverdragelsen har ført til at forutsetningene for bindingsklausulen ikke lenger er til stede, og at det derfor også kan sies å foreligge bristende forutsetninger som på selvstendig grunnlag fører til at klausulen bortfaller.

Dette er et vanskelig spørsmål der en må se nøye på hva som egentlig følger av den enkelte avtale, samt se på hva som blir konsekvensene rent praktisk ved at det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Det er de reelle virkningene som vil være avgjørende, ikke de formelle.³⁷

³⁴ Redegjørelse av H. Jakhelln ”Perspektiver på Statskonsult-saken”, 11. februar 2004, s.10

³⁵ Jakhelln, Perspektiver på Statskonsult-saken (2004). s 10

³⁶ Se mer om dette i vedlegget pkt 6.3

³⁷ Se førstvoterende i Rt 1997.506

3.4.3.2 Ikke vesentlige endringer i virksomheten

Dersom driften i all hovedsak blir værende uendret etter overdragelsen vil det ikke være grunnlag for en reservasjons- eller valgrett, og bindingsklausulen vil derfor ikke falle bort. Så lenge virksomheten forblir den samme vil det være like stort behov for arbeidstakeren, og den praktiske situasjonen rundt arbeidet vil ikke endre seg vesentlig. I enkelte tilfeller er det også klart at noe av bakgrunnen for overdragelsen nettopp skyldtes den kompetansen virksomheten stod for. Her kan det trekkes paralleller til RG 2000.262.

Saken gjaldt salg av et meglerfirma der de selgende aksjonærene forpliktet seg til å bli i det nye selskapet i tre år, og hvor det ble fastslått at bindingstiden var en helt vesentlig forutsetning for aksjekjøpet.

Retten la til grunn at ”en stor andel av verdiene i selskapet var knyttet til de menneskelige ressursene i selskapet og deres kompetanse og kontaktnett. Det var denne kompetansen kjøper var interessert i, og det var denne selger fikk betalt for.”

Selv om situasjonen kanskje kan sies å være en annen for en alminnelig arbeidstaker ved virksomhetsoverdragelse, vil dette likevel være et moment. Det er arbeidstakerne og deres kompetanse som utgjør virksomheten, og det vil følgelig kunne være av stor viktighet dersom den nye innehaveren ønsker å fortsette driften slik den har vært frem til nå.

Her er det viktig å huske på at det klare utgangspunkt er at arbeidsavtalen som helhet overføres til den nye innehaveren, og at bindingsklausulen fortsatt vil ha betydning for det videre arbeidsforholdet. Det betyr at så lenge arbeidstaker har en bindingstid som må fullføres, så vil denne måtte skje i samsvar med forutsetningene for klausulen. Skulle den nye arbeidsgiveren ønske å foreta eventuelle endringer i arbeidsavtalen, og dermed også bindingsklausulen, vil dette blant annet vurderes ut fra om den tidligere arbeidsgiveren kunne gjort tilsvarende.³⁸

³⁸ Se NOU 1996:6 s. 44

3.4.4 Stillingen fjernes (omorganisering)

Dersom arbeidstakeren gjennom bindingsklausulen er bundet til en konkret stilling, eller til et bestemt fagområde, kan det bli spørsmål om hva som skjer hvis den aktuelle stillingen fjernes. Dette er en problemstilling som også vil gjelde dersom arbeidsgiveren foretar omorganisering av virksomheten med den følge at arbeidstaker bli flyttet til en annen stilling.

Er arbeidstakeren bundet opp mot virksomheten som sådan, vil det at en stilling fjernes normalt ikke føre til at klausulen kan sies å falle bort. Arbeidsgiver vil da i kraft av sin styringsrett³⁹ kunne omplassere arbeidstakeren til en annen stilling der pliktjenesten skal fullføres. Arbeidstaker kan ikke omplasseres til en hvilken som helst stilling, men så lenge det er innenfor et aktuelt fagområde og i en stilling som ikke er helt ulik den forrige, må det anses greit. For tjenestemenn følger en plikt til å overta annen stilling ved omorganisering, jf tjml § 12.

Dersom det skulle vise seg at det i bindingsklausulen er spesifisert at bindingstiden skal avtjenes i en bestemt stilling, og denne så fjernes før utløpet av bindingstiden, vil det bli aktuelt å spørre om dette medfører et avtalebrudd. Her vil sannsynligvis arbeidsgivers adgang til å benytte seg av styringsretten til å omplassere arbeidstakeren være begrenset. Omplassering kan skje, men det vil i større grad enn vanlig kunne stilles krav til likhet mellom stillingene før og etter omplasseringen. Dette har sammenheng med grunnlaget for avtalen. Det er arbeidsgiver som har risikoen for at arbeidstaker får en mulighet til å gjøre bruk av de tilegnede kunnskaper og ferdigheter som videreutdannelsen resulterte i. Dersom arbeidstaker til tross for avtalen skulle kunne bli omplassert til en annen type stilling, ville dette medføre at utdannelsen mister sin verdi. En noe tilsvarende problemstillingen i forhold til spesialsykepleiere har Jakhelln sett på.⁴⁰ Dersom arbeidsgiver ikke kan tilby avtjening av bindingstid i stilling som er relevant med videreutdannelsen, vil dette representere mislighold slik at plikten til å fullføre bindingstiden bortfaller.

³⁹ Se nærmere om dette i Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) kap 1.3

⁴⁰ Forholdet her gjaldt hvilken stilling avtjeningen kunne knyttes til i avtalen, men vil ha overføringsverdi til problematikken ved omorganisering i virksomheten, s. 1684

En siste ting er om arbeidstaker kan kreve å få arbeide innenfor et bestemt fagområdet. Hvordan dette praktiseres vil nok variere noe. Som et utgangspunkt kan en tenke seg at bindingstiden er knyttet opp mot enhver aktuell stilling innenfor virksomheten, men at det fortrinnsvis skal være innenfor det området utdannelsen omfatter.

Eksempel som kan belyse denne problemstillingen finnes i Jakhellns artikkel.⁴¹ Her sies det at

”normalt er elevene/studentene forpliktet til å gjennomføre bindingstiden der hvor sykehuset har behov, men fortrinnsvis innenfor det spesialområdet den ferdige spesialsykepleier er videreutdannet. Skulle sykehuset ikke ha noen ledig stilling å tilby den ferdig utdannede sykepleier, er det vanligvis fastsatt at bindingsforpliktelsen bortfaller”.

Senere i artikkelen uttrykkes det derimot at det ”fremstår som temmelig tvilsomt om det i avtalen om videreutdanning med sykepleieren bare kan fastsettes at bindingstiden **fortrinnsvis** (min uthevning) skal avtjenes i spesialpleierstilling”.

Etter dette vil jeg anta at arbeidstaker kan kreve å få jobbe innenfor et bestemt fagområde etter endt utdanning. Noe annet ville resultere i at arbeidstaker selv blir påført risikoen for at de tilegnede kunnskaper og ferdigheter kan miste sin verdi fordi det ikke vil være mulighet til å praktisere dem.⁴²

3.4.5 Permitteringer

Når en virksomhet kommer i en slik situasjon at permitteringer anses nødvendig, reises det i hovedsak to spørsmål som vil ha betydning når det er inngått en bindingsklausul. For det første blir det et spørsmål om hvem som kan permitteres, og for det andre om hvordan bindingstiden vurderes under permitteringen.

Det første en må ta for seg er om det spiller noen rolle om arbeidstaker har fullført utdannelsen eller ikke. Dersom arbeidstaker er under utdanning når permitteringer blir

⁴¹ Jakhelln, Arbeidsrettslige studier bind III (2000) s. 1661

⁴² Jakhelln, Arbeidsrettslige studier bind III (2000) s. 1684

aktuelt, vil utfallet kunne bli forskjellig avhengig av om det er innvilget permisjon eller ikke. Dersom arbeidstaker er ute i permisjon, vil det kunne ha betydning om denne er lønnet eller om det utbetales annen økonomisk støtte fra arbeidsgiver, for eksempel ved stipend.

Så lenge arbeidstaker ikke har fått innvilget permisjon, men gjennomfører utdannelsen på sin egen fritid, vil permittering kunne skje på lik linje med resten av de ansatte. En avtale om bindingstid vil ikke her ha noen innvirkning på arbeidsgivers permitteringsadgang.

Dersom arbeidstaker derimot er innvilget permisjon, hel eller delvis, vil situasjonen kunne bli en annen. Ved delvis permisjon er det naturlig å anta at arbeidstaker kan bli permittert fra arbeidet som utføres i utdanningsperioden. Spørsmålet blir om permitteringen også kan få innvirkning på arbeidstakers mulighet til å fortsette utdannelsen. Permittering blir aktuelt der det er behov for driftsinnskrenkninger, og hvor det ikke er tilstrekkelig arbeid til å holde arbeidstakerne sysselsatt. Permitteringer vil ofte gjenspeile økonomiske forhold ved at manglende oppdrag fører til en svak økonomi, men det er ikke alltid tilfelle. Så lenge en arbeidstaker allerede er fritatt fra arbeidsplikten gjennom utdanningspermisjonen, vil det som utgangspunkt ikke være grunnlag for å permittering. Skulle arbeidsgiver likevel finne at den økonomiske situasjonen under permitteringsperioden er blitt så vanskelig at det ikke er ønskelig å finansiere resten av arbeidstakers utdanning, vil dette bli en problemstilling som må vurderes separat fra permitteringsspørsmålet. Sannsynligvis vil ikke grunnlaget som tilsier bruk av permittering, nemlig at virksomheten ikke har nok å gjøre for å sysselsette de ansatte, kunne føre til at ansatte som er ute i utdanningspermisjon også blir permittert, med den følge at utdannelsen ønskes avbrutt. Utgangspunktet ved permisjonen vil være at ytelsene knyttet til arbeidsforholdet er avbrutt for en nærmere angitt periode. Det at partene til tross for dette utgangspunktet har bestemt at permisjonen skal være lønnet eller at det skal utbetales stipend, vil være en økonomisk risiko arbeidsgiver må påta seg.

Dersom arbeidstakeren har fullført utdannelsen blir spørsmålet om permitteringen fører til at kravet om bindingstid bortfaller eller om den fortsetter å løpe. Det er ikke tvil om at permitteringer skyldes forhold på arbeidsgivers side.

Det litt spesielle ved permitteringer er at både arbeidsgiver og arbeidstaker fristilles fra de forpliktelsene som vanligvis følger av et arbeidsforhold. Arbeidstakeren har verken plikt eller rett til å utføre arbeid, se permitteringsloven av 6. mai 1988 nr 22 (perml), § 1 (2) og arbeidsgiveren har en begrenset plikt til å utbetale lønn, se perml § 3. Selv om de vanlige kjennetegnene på et arbeidsforhold bortfaller for en periode, vil arbeidstakeren fortsatt være knyttet til bedriften. Dette følger av Hovedavtalen 2002-2005 mellom LO-NHO (H), § 8-6 (1) som må sies å ha generell anvendelse da det ikke finnes lovfestede regler angående permitteringer.

Under permittering er utgangspunktet at det alminnelige oppsigelsesvernet gjelder, se H § 8-6 (1), ”formelt oppsagt”. Aml § 58 nr 8 gir et unntak fra dette ved at oppsigelsesfristen for en arbeidstaker som er permittert uten lønn settes til 14 dager, uavhengig av hva som ellers gjaldt. Denne kortere oppsigelsesfristen gjelder kun ved oppsigelse fra arbeidstakers side. Skulle arbeidsgiver ønske å gå til oppsigelse, vil utgangspunktet være at de alminnelige oppsigelsesfristene kommer til anvendelse. Dette er med på å vise alvoret ved permitteringer siden arbeidstaker stilles atskillig friere enn hva som er vanlig. Jeg finner imidlertid ikke at dette alene er tilstrekkelig grunnlag for å si at permittering er en bristende forutsetning som medfører bortfall av bindingsklausulen. Oppsigelsesfristen vil riktig nok endres, men oppsigelse vil i like stor grad som tidligere representere et avtalebrudd.

Så lenge det er forhold på arbeidsgivers side som forårsaker avbruddet i arbeidsforholdet, uten at dette representerer en bristende forutsetning, vil den mest naturlige forståelsen være at bindingstiden fortsetter å løpe under permitteringen slik at det ikke kan bli snakk om noen forlengelse av tiden. Her vil det helt og holdent være arbeidsgiver som har risikoen for at utbyttet av utdannelsen ikke blir som forventet. Sett i sammenheng med permitteringsens formål vil dette fremstå som et rimelig utgangspunkt.

Permittering kan kun finne sted når saklig grunn gjør det nødvendig, jf H § 8-1 (1). Dessuten er det viktig å huske på at permittering er ment som en midlertidig løsning. Det betyr at arbeidstaker bare kan permitteres dersom det antas at gjeninntreden vil skje på et senere tidspunkt. Permittering skal ikke benyttes hvis en regner det som sannsynlig at arbeidstaker ikke vil komme tilbake i arbeid, det skal ikke være en erstatning av den alminnelige oppsigelsesadgangen.

Så lenge permitteringen er ment å være midlertidig, vil det ikke virke urimelig om en arbeidstaker som har forpliktet seg overfor arbeidsgiver gjennom en bindingsklausul fortsatt vil være bundet til virksomheten i samsvar med H § 8-6 (1). Dette har bl.a. som konsekvens at arbeidstaker ikke kan søke nye jobber under permitteringen, i hvert fall ikke med henblikk på fast ansettelse. At arbeidstaker derimot tar seg arbeid hos andre midlertidig under permitteringen, vil det ikke være noe i veien for. Strengt tatt vil dette kanskje kunne sies å være i strid med klausulens ordlyd, men en midlertidig jobb kan ses på som et bierverv som bindingsklausulen ikke kan sette noe stopper for. Dette er en av de tingene som skiller en bindingsklausul fra en konkurranseklausul, nemlig at avtale om bindingstid ikke setter noen begrensninger for hva arbeidstakeren kan foreta seg utenom normal arbeidstid.⁴³ En bindingsklausul kan ikke tolkes dit hen at den setter begrensninger i forhold til arbeidstakers mulighet til å ta seg bierverv innenfor samme fagområde som sin vanlige jobb. Så lenge arbeidstakers tilknytning til virksomheten opprettholdes, vil arbeidsgiveren ha mulighet til å få det forventede utbyttet. Ønsker arbeidsgiver å hindre at andre får utbytte av investeringen, må det eventuelt skje ved bruk av en konkurranseklausul. Hvor strengt forholdet til en slik klausul vil være under permittering tas det ikke stilling til her.

Så langt viser fremstillingen at utgangspunktet vil være at arbeidstaker er bundet til virksomheten under permitteringen, og at bindingstiden løper. Dette er imidlertid kun et utgangspunkt, for det vil kunne virke urimelig om arbeidstaker ved langvarig permittering ikke skal ha mulighet til å se seg om etter en annen og mer permanent jobb. Her kan det kanskje trekkes paralleller til H § 8-6 (3) som sier at fratreden kan skje uten oppsigelsesfrist dersom arbeidstakeren er permittert utover 3 mnd og inntil videre, samt

⁴³ Se mer om dette hos Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) kap 4.1.1

aml § 58 nr 8 som reduserer oppsigelsesfristen. Reglene rundt oppsigelse og stillingsvern står sterkt i norsk rett, og når en da velger å se bort fra hovedreglene understreker det alvorret ved situasjonen. Det vil være rimelig å si at når permitteringen viser seg å bli langvarig, taler det for at forutsetningene for bindingsklausulen ikke lenger er til stede. For arbeidstaker vil det føre til et altfor urimelig resultat hvis en bindingsklausul skulle føre til at fratreden ved langvarig permittering skulle være forhindret. Dessuten vil det være et moment at permitteringen fort kan føre til at den tilegnede kunnskapen og ferdigheten arbeidstaker har oppnådd gjennom utdannelsen mister sin verdi hvis det ikke gis mulighet til å praktisere. Her kan en i større grad enn hva utgangspunktet tilsier spørre om permitteringen kan anses som en bristende forutsetning.

Når jeg tidligere kom frem til at arbeidstaker for en kortere periode må anse seg bundet av bindingsklausulen, skyldes dette at det ikke vil få like store konsekvenser som en langvarig permittering. Arbeidstaker vil etter endt permittering både ha rett og plikt til å gå tilbake til arbeid, jf H § 8-6 (1). Bindingstiden vil ha løpt under permitteringen, og i lengden vil arbeidstaker ikke lide større tap enn hva som ville vært tilfellet uten bindingsklausulen. Det faktum at arbeidstaker har forpliktet seg som følge av påkostet utdanning, vil føre til at det kan stilles noe strengere krav enn hva som ellers gjelder. Hvis arbeidstaker pga kortvarige problemer på arbeidsgiversiden skulle komme seg fri fra bindingsklausulen uten noen form for reaksjon, vil det kunne føre til et noe urimelig resultat. Forpliktelsen som arbeidstaker har påtatt seg medfører også en viss risiko for at ikke alt blir helt som forutsatt. Det at bindingsklausulen skal gjelde i hvert fall de første 3 månedene vil gi arbeidsgiver en sikkerhet ved å vite at det er kompetente mennesker som kommer tilbake når virksomheten igjen tas opp. Klausulen medfører visse forpliktelser, og da vil det ikke være urimelig at dette også vil få konsekvenser ved kortere permitteringer.

3.4.6 Fødselspermisjon eller sykemelding

Et sentralt og praktisk spørsmål er om fødselspermisjon eller sykemelding, som helt klart medfører at det ikke ytes noen arbeidsinnsats, vil være å anse som et brudd på bindingsklausulen.

Dersom det er å anse som et brudd, vil konsekvensen bli at arbeidstaker kan risikere å bli ilagt et tilbakebetalingskrav fordi arbeidsgiver ikke får det forventede utbyttet. Det at en kan bli ilagt en sanksjon pga lovlig fravær vil virke urimelig. At slikt fravær anses som lovlig følger av aml § 31 når det gjelder rett til svangerskapspermisjon. Rett til fravær under egen sykdom er ikke kommet like klart til uttrykk i aml, men det følger av regler om oppsigelsesvern ved sykdom i aml § 64 samt av reglene i folketrygdloven av 28. februar 1997 nr 19 (ftrl), om sykepenger. Det kan ikke avtales at det skal ses bort fra slikt lovlig fravær, jf ufravikelighetsprinsippet i aml § 5

Selv om arbeidstaker planla å bli gravid under utdanning eller i den påfølgende bindingstiden, og dermed forstod at arbeidsgiver ikke ville få forventet utbytte, vil ikke det gi grunnlag for å si at det foreligger et mislighold. Strengt tatt er det forhold på arbeidstakers side som gjør at oppfyllelse av klausulen ikke skjer, men det er klart at tilfeller som dette ikke kan sies å representere et brudd.⁴⁴

Her blir det viktig å se på om det at arbeidstaker for et bestemt tidsrom ikke har anledning til å yte en arbeidsinnsats, kan føre til bortfall av klausulen. Det er på det rene at verken permisjon eller sykemelding fører til at arbeidsforholdet som sådant opphører, men det kan bli snakk om langvarig fravær. Ved sykdom kan lengden på fraværet variere mye, mens svangerskapspermisjon nærmest alltid vil være å regne som langvarig. Ved vurderingen av hvordan bindingstiden skal beregnes vil det være viktig å huske på at det vil være lettere for arbeidsgiver å akseptere å "miste" noen dagers innsats fremfor flere måneder. På den annen side vil det være lettere for arbeidstaker å akseptere at bindingstiden blir forlenget med noen dager, fremfor måneder. I det foregående har eksemplene i all hovedsak referert seg til situasjoner som medfører at arbeidsforholdet i sin helhet opphører, med den konsekvens at arbeidsgiver ikke vil få det forventede utbyttet.

Når det gjelder permisjon og sykemelding er imidlertid situasjonen en helt annen. Begge disse er tidsbegrensede, og er mer å regne som et opphold i arbeidsforholdet enn

⁴⁴ se Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1680

en avslutning. Selv om arbeidsgiveren ikke får utbyttet sitt umiddelbart, vil ikke utdannelsen nødvendigvis være en bortkastet investering. I de aller fleste tilfeller vil arbeidstakeren komme tilbake til arbeidet, og arbeidsgiver vil da få det forventede utbyttet. Generelt sett vil slikt fravær ikke føre til at bindingsklausulen automatisk bortfaller.

Det kan tenkes tilfeller der det langvarige fraværet fører til at bindingsklausulen som helhet bortfaller. Dette vil helst være aktuelt der bindingstiden er knyttet opp mot for eksempel et spesielt prosjekt, og hvor dette ikke lenger vil være aktuelt når arbeidstaker kommer tilbake i jobb. Selv om arbeidsgiver har hatt kostnader forbundet med utdannelsen, kan det ikke kreves at arbeidstaker må fullføre bindingstiden i en annen stilling eller på et annet område enn hva som var forutsatt i klausulen.⁴⁵

I vurderingen av denne type fravær vil det være av betydning hvilke konsekvenser oppholdet i arbeidsforholdet vil få på beregningen av bindingstiden. Det kan tenkes to forskjellige løsninger.

For det første kan en tenke seg at bindingstiden fortsetter å løpe til tross for at det ikke ytes en arbeidsinnsats. Det betyr at den sikkerheten bindingstiden er ment å gi arbeidsgiver blir kraftig redusert. I verste fall kan en tenke seg at hele bindingstiden løper uten at arbeidsgiver får noe som helst utbytte av investeringen sin.

Den andre løsningen er at bindingstiden blir forlenget med tilsvarende tid som arbeidstaker er fraværende pga permisjon eller sykdom. På denne måten er arbeidsgiver sikret å få et visst utbytte av investeringen sin, om enn på et noe senere tidspunkt enn planlagt. Denne løsningen medfører imidlertid at arbeidstaker strengt tatt blir bundet til bedriften lenger enn hva som først var planlagt.

Dette blir egentlig et spørsmål om hvem som skal ha risikoen i slike tilfeller. Hvem er nærmest til å bære et eventuelt tap pga slike omstendigheter? Ved graviditet og sykdom kan en ikke snakke om skyld, og det kan derfor ikke sies at den ene part er mer å

⁴⁵ Se mer om denne problemstillingen i fremstillingens pkt 2.4.4.

bebreide enn den andre. Derimot kan det være rimelig å si at arbeidsgiver er forpliktet til å ta høyde for at slike omstendigheter kan inntre, og at arbeidsgiver dermed er nærmest til å bære risikoen. En slik tankegang tilsier at bindingstiden vil fortsette å løpe til tross for manglende arbeidsytelse.

Selv om arbeidsgiver må ta høyde for at arbeidstakere blir syke eller gravide, vil det fort kunne virke urimelig om denne må bære hele tapet alene. Utdannelser er kostbare, og en kan spørre seg om gjensidighetsmomentet i avtalen⁴⁶ bortfaller/forskyves ved et slikt avbrudd. Arbeidstaker vil fortsatt være tilknyttet arbeidsgiver, men arbeidsgiver vil ikke få noe utbytte av dette i den aktuelle perioden.

Det er vanskelig å finne konkrete holdepunkter for å gi et klart svar på om bindingstiden skal fortsette å løpe eller ikke. Det kan ikke sies å være noe til hinder for at det avtales konkret hvordan lovlig og ulovlig fravær skal håndteres i forhold til bindingstiden.⁴⁷ Så langt ser det ut til at det mest naturlige utgangspunktet vil være at bindingstiden forlenges tilsvarende med den tiden arbeidstakeren har vært fraværende fordi fraværet anses som en avbrytelse av arbeidsforholdet, og dermed også av bindingsklausulen.

Rundt om i lovgivningen finnes eksempler som kan støtte denne løsningen. I ftrl § 8-15 står det at permisjon og andre grunner til at arbeidsforholdet midlertidig avbrytes i mer enn 14 dager regnes som avbrudd i forhold til retten til sykepenger. Avbrudd i den forstand at denne perioden ikke regnes med i vurdering.

Også i aml er det bestemmelser som til en viss grad kan være retningsgivende. § 63 (4) slår fast at dersom arbeidstaker er fraværende under prøvetiden, kan prøvetiden forlenges med en periode som tilsvarer fraværets lengde. Det sies ingen ting om hva slags type fravær det er snakk om, og lovlig fravær pga sykdom og graviditet vil dermed antas å være omfattet. Hvis dette gir grunn til å forlenge prøvetiden, vil jeg anta at slikt fravær også kan gi grunnlag for å forlenge den avtalte bindingstiden. Dette kommer enda klarer frem i de tilfeller der det er avtalt prøvetid for den første tiden etter fullført

⁴⁶ Se mer om dette i vedlegget pkt 6

⁴⁷ Jakhelln, Arbeidsrettslige studier bind III (2000) s. 1683

utdannelse.⁴⁸ Skulle det vise seg at arbeidstaker er fraværende før prøvetiden er fullført, gir loven arbeidsgiver adgang til å forlenge denne. Det ville da virke rart om selve prøvetiden kunne forlenges, mens resten av bindingstiden skulle fortsette å løpe uten hensyn til avbruddet.

Momentene det er vist til så langt trekker i retning av at bindingstiden må kunne forlenges når arbeidstaker kommer tilbake på jobb. Et annet resultat vil kunne virke urimelig overfor arbeidsgiver som ikke vil ha noen mulighet til å gardere seg mot det tapet slike situasjoner kan medføre.

Et annet spørsmål blir forholdet til arbeidstakers oppsigelsesadgang under fraværperioden. Det er klart at det foreligger en forpliktelse frem i tid om at arbeidstaker skal være i tjeneste hos arbeidsgiver i et visst tidsrom. Dersom arbeidstaker sier opp sin stilling under permisjonen, vil det foreligge et brudd i forhold til den forpliktelsen som er stilt. Selv om det ikke foreligger en arbeidsytelse i det aktuelle tidsrommet, vil "bindingen" være til stede med den følge at en oppsigelse ikke kan skje uten at det kan ilegges en eller annen form for sanksjon. Her ser en urimeligheten av at bindingstiden blir forlenget, fordi dette i praksis fører til at bindingstiden sett fra arbeidstakers side blir mye lenger enn avtalt. Til tross for avbruddet i arbeidsforholdet, vil arbeidstaker generelt, og spesielt som følge av bindingsklausulen, være bundet til virksomheten. Dette vil fort kunne sies å være urimelig overfor arbeidstaker fordi momentet angående gjensidig bebyrdende avtale vil kunne bli kraftig forskjøvet ved at arbeidsgivers kostnader forbundet med utdannelsen forblir uendret mens arbeidstakerens motytelse i form av bindingstid vil kunne bli kraftig forlenget.

Spørsmålet en kan stille seg er om en slik avtale og praksis kan gå klar av rimelighetskravet i avtl § 36. Vil ikke denne løsningen bli like urettferdig overfor arbeidstaker, som den andre løsningen vil bli overfor arbeidsgiver? Uansett hvilken løsning en faller ned på, vil det medføre en viss forskyvning i det gjensidighetsaspektet som avtalen skal avspeile. En mulig løsning er at avtalen revideres etter avtl § 36, for å oppnå et resultat som vil fremstå som rimelig for begge parter.

⁴⁸ Adgangen til å benytte seg av prøvetid ved bruk av bindingsklausul er behandlet i vedlegget pkt 6.2.

Resultatet etter en slik revidering kan kalles en mellomløsning, der det blir tatt hensyn til begge parter. En slik løsning kan selvfølgelig avtales allerede i utgangspunktet. Løsningen en da kan tenke seg er at bindingstiden avbrytes under fraværet, men at den tiden som legges til forkortes noe i forholdet til hele fraværets lengde dersom det er snakk om langvarig fravær. Hvordan dette skal gjennomføres i praksis vil variere med fraværets og bindingstidens lengde. Hvor realistisk og gjennomførbar en slik løsning er, vil være et annet spørsmål. Det vil uansett kunne sies å være en forholdsvis rimelig løsning der begge parter vinner og taper litt. Arbeidsgiver får et redusert utbytte av investeringen sin, mens den totale tiden arbeidstaker blir bundet til virksomheten anses akseptabel.

Det er åpenbart at en her står overfor en vanskelig situasjon der det er mange hensyn som må tas, og der en av partene sannsynligvis vil tape på utfallet. Det avgjørende må være hvem som er nærmest til å bære kostnadene. Det er gode momenter på begge sider, og det finnes ingen enkel løsning. Så lenge ingen av partene kan sies å være skyld i fraværet, vil det være mest rimelig at det er arbeidsgiver som bærer risikoen. Det er tross alt arbeidsgiver som til syvende og sist har risikoen for at det foreligger et arbeidsresultat. Etter dette blir løsningen at bindingstiden til tross for fraværet fortsetter å løpe.

Et problem med denne løsningen er de konsekvensene som kan oppstå. En løsning som vil kunne skremme arbeidsgiver fra å videreutdanne unge kvinner, og kanskje også unge menn nå som pappapermisjon blir mer aktuelt, pga redsel for økonomiske tap, vil ikke være en god løsning. På den annen side er det vanskelig å godta at arbeidstaker skal bli bundet opp til bedriften for en periode som totalt sett fremstår som lengre enn avtalt fordi den faktiske utøvelsen av bindingstiden forlenges.

Dersom det ikke kan enes om en form for mellomløsning, som nevnt ovenfor, finner jeg etter mye tvil at en må ta mest hensyn til arbeidstakeren, som i de aller fleste tilfeller er ansett for å være den svakere part i forholdet. Resultatet blir dermed at bindingstiden, til tross for fraværet, vil fortsette å løpe. Det at arbeidsgiver vil kunne lide tap og bli skremt fra fremtidige investeringer, må forsøkes løst på andre måter.

3.4.7 Streik

Den kan tenkes at arbeidstaker, i perioden bindingstiden løper, blir tatt ut i streik. Spørsmålet blir hvilken innvirkning streiken skal få på gjennomføringen av bindingstiden.

Streik medfører at arbeidstakerne, selvstendig eller kollektivt, sier opp stillingen sin ved såkalt arbeidsoppsigelse, jf arbeidstvistloven § 1 nr 7. Det medfører at arbeidstakers forpliktelser etter arbeidsavtalen opphører, i hver fall så lenge streiken pågår. Skulle en følge tankegangen som følger for alminnelige oppsigelser, se pkt 2.1, ville bindingsklausulen bortfalle som følge av arbeidsoppsigelsen. Gjennom praksis har det imidlertid vist seg at en arbeidsoppsigelse på mange måter ikke kan likestilles med en alminnelig oppsigelse. Det normale er at arbeidsforholdet gjenopptas etter at arbeidskampen er brakt til avslutning, og det må legges til grunn som hovedregel at både arbeidsgiver og arbeidstakere er så vel berettiget som forpliktet til å gjenoppta arbeidet.⁴⁹ Oppsigelsen kan på mange måter sies å være midlertidig.

Så lenge arbeidstaker er forpliktet til å gå tilbake til arbeid etter streikens avslutning, taler det for at bindingstiden ikke bortfaller som følge av arbeidsoppsigelsen. I likhet med bl.a. permisjon vil streiken fremstå som et opphold på arbeidsforholdet, ikke som en avslutning. Spørsmålet blir om tiden arbeidstaker var ute i streik skal tas med i beregningen av bindingstidens lengde.

Her kan det trekkes parallell til aml § 58 nr 5 som sier at den tid arbeidstaker er fraværende pga streik, ikke skal telle med når lengden av den sammenhengende ansettelsestiden skal beregnes. Dette tilsier at den tiden arbeidstaker var i streik, ikke kan medregnes i bindingstiden. Selv om ingen av partene kan sies å ha direkte skyld for at arbeidsforholdet fikk et opphold, vil det likevel kunne sies at oppholdet skyldtes forhold på arbeidstakers side. Det var arbeidstakerne som selvstendig eller gjennom en fagforening satte i gang streiken, og det er arbeidsgiver som taper på dette. Slik

⁴⁹ Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 450

situasjonen fremstår, taler det for at bindingstiden forlenges med tilsvarende tid som arbeidstaker er fraværende pga streiken. En kan beskrive det slik at arbeidsforholdet med bindingstid ”fryses” under streiken, og at beregningen først tar til igjen når arbeidstaker kommer tilbake på jobb.

Ved lock-out, se arbtvl § 1 nr 6 vil løsningen imidlertid være den motsatte siden det her er arbeidsgiver som er skyld i avbruddet i arbeidsforholdet. Det er arbeidsgiver som har risikoen for at utbyttet blir som forventet, og det er derfor naturlig at bindingstiden vil fortsette å løpe til tross for lock-outen. Dette vil ha en del likhetstrekk til vurderingene ved permittering.

3.4.8 Fusjon og fisjon

Når et selskap, virksomhet, deles opp i flere små enheter eller slås sammen med et annet, kan en spørre seg om dette vil få noen betydning for bindingsklausulen. Uten å gå nærmere inn på de selskapsrettslige konsekvensene av en fusjon eller fisjon⁵⁰ vil det at selskapet skifter eiere ikke få noen betydning så lenge arbeidsgiverforholdet forblir det samme.⁵¹ Så lenge det er samme selskap som står som arbeidsgiver før og etter eierskiftet, vil arbeidsavtalen med bindingsklausulen forbli uendret.

Medfører fusjonen eller fisjonen endret arbeidsgiverforhold, vil forholdet bli tilsvarende det som gjelder ved virksomhetsoverdragelse, se 3.4.3.

⁵⁰ Se Andenæs, Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper (1998) kap 32 og 33

⁵¹ Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 397

4 Hva skal arbeidsgiver betale for og hva kan kreves tilbakebetalt av arbeidstaker?

4.1 Når kan det kreves tilbakebetaling?

I fremstillingen under dette punktet er det viktig å huske det som ble sagt om når det kan avtales bindingstid, og behandlingen her vil på mange måter være en forlengelse av fremstillingen under pkt 2. Jeg velger å skille mellom tilfeller der det foreligger en bindingsklausul, og tilfeller der det ikke foreligger en konkret avtale om bindingstid. Grunnen til dette er at det i begge tilfellene kan tenkes at arbeidstaker blir pålagt å tilbakebetale deler av de kostnadene arbeidsgiver har hatt i forbindelse med utdannelsen, men at grunnlaget for dette vil være forskjellig. Der det foreligger en bindingsklausul vil tilbakebetalingskravet være et utslag av kontraktsbruddet, mens det i det andre tilfellet i større grad vil bli snakk om erstatning som følge av brudd på lojalitetsplikten og arbeidstakers opptreden for øvrig.

Det som det er viktig å skille mellom her, er ikke hvorvidt arbeidsgiver har adgang eller plikt til å dekke utgifter forbundet med utdannelsen så lenge arbeidstakeren fortsatt er i bedriften, men hva som skjer dersom det foreligger et brudd på bindingstiden. Grunnen til at en må vurdere hva arbeidsgiver kan være forpliktet til å betale, skyldes at dette har direkte sammenheng med spørsmålet om arbeidsgiver kan kreve disse utgiftene tilbakebetalt eller ikke ved et brudd.

4.1.1 Bindingsklausul foreligger

En interessant problemstilling når en tar for seg brudd på bindingsklausuler, er hvilke kostnader som kan kreves tilbakebetalt. I like stor grad blir dette et spørsmål om hvilke type utdanning en kan knytte en bindingsklausul opp mot.⁵² Dette skyldes at det er veldig nær sammenheng mellom hva arbeidsgiver er forpliktet til å betale for, og hva en

⁵² Se fremstillingens pkt 2.

kan avtale bindingstid i forhold til. Kort, og upresist, kan en si at dersom arbeidsgiver er forpliktet til å bære alle kostnadene knyttet til kurset eller utdanning, så vil det være snakk om kurs eller utdanning det ikke kan avtale bindingstid i forhold til. Her kan det trekkes parallell til § 33 D, i og med at denne kun får anvendelse ved relevant utdanning.⁵³ I den videre fremstillingen skal det ses på hvilke momenter som kan tillegges vekt i denne vurderingen.

4.1.1.1 Type utdanning

Som allerede nevnt vil det være sann at dersom arbeidsgiver må være full ut ansvarlig for kostnadene, vil det ikke være grunnlag for å kunne kreve tilbakebetaling. Det vil da heller ikke kunne avtales bindingstid. Hvilke type kurs eller utdanning arbeidsgiver vil være ansvarlig for kostnadene til, er ikke helt enkelt å si. På dette området finnes det mange detaljer og variasjoner en må ta stilling til.

Under pkt 2 ble det trukket opp et skille mellom hvorvidt utdannelsen medførte en kompetanseøkning, eller om det bare var snakk om vedlikehold, ajourføring. Dette er et skille som også vil ha betydning her, men det er ikke alltid like lett å si om en utdanning eller et kurs faller inn under den ene eller andre kategorien. Det viktigste vil bli å se på hva formålet med kurset eller utdannelsen er, og hva slags utbytte det kan bli snakk om. Hva de forskjellige nivåene av utdannelsen kalles er ikke avgjørende, men kan være til hjelp for tanken når en skal holde de fra hverandre.⁵⁴

Bindingstid benyttes, som sagt så mange ganger før, for å sikre at arbeidsgiver får noe tilbake for investeringen sin. Det betyr at investeringen må ligge i noe mer enn bare vanlig oppdatering. Innenfor visse yrker stilles det krav til at arbeidstakeren med visse mellomrom må ta kurs for å beholde bevilgning og sertifikater. Da vil det være snakk om rent vedlikehold som er nødvendig for at bedriften skal ha nytte av arbeidstakerne sine. Dette er noe som alle arbeidsgivere er klar over, og som absolutt kan sies å skje i deres interesse. I slike tilfeller vil det være rimelig at arbeidsgiveren bærer den

⁵³ Se fremstillingens pkt 2.1.

⁵⁴ Se fremstillingens pkt 1.3.

kostnaden disse kursene innebærer, siden det er arbeidsgiveren som drar nytte av, og er avhengig av, arbeidstakerens kompetanse og autorisasjon. Kursene kan sies å være nødvendige for fortsatt arbeid, og jeg kan ikke se at dette kan være grunnlag for å avtale bindingstid. Kostnadene er direkte forbundet med arbeidstakerne som yrkesgruppen, og er nødvendige for videre yrkesaktivitet. Her har arbeidstakeren i utgangspunktet ikke noe valg, og det vil være noe som er pålagt fra offentlig hold.

Det er vanskelig å trekke opp konkrete skiller på hva som faller inn under en utdanningstype som arbeidsgiver er forpliktet til å bekoste, og hva som faller utenfor. Så langt ser det ut til at utdanning som er nødvendig for å opprettholde tilstrekkelig kompetanse til å utføre den jobben en er ansatt til, dvs vedlikehold og ajourføring, er noe som arbeidsgiver må betale for. Tilsvarende ser det ut til at der utdannelsen medfører noe nytt og fremstår som ren kompetanseøkning, dvs videreutdanning, i større grad vil være noe som også skjer i arbeidstakers egen interesse. Det fører til at kostnader knyttet til dette ikke fullt ut kan kreves betalt av arbeidsgiver.⁵⁵

Utdanning og kurs som befinner seg mellom disse to ytterpunktene er det ikke mulig å si noe konkret om. Det sentrale vil bli hvorvidt utdannelsen kan sies å ha tilført arbeidstakeren ny kompetanse som vil utgjøre en vesentlig forskjell fra den kompetansen en ansatt uten tilsvarende kursing vil ha.

Rent intuitivt fremstår utdanning som er obligatorisk eller som er nødvendig for fortsettelse i stillingen, dvs ren ajourføring, som noe arbeidsgiver må betale for som en del av den kostnad det er å drive en virksomhet. Bindingsklausuler er knyttet opp mot det at arbeidsgiver skal få noe tilbake for en investering som er gjort. Kursing på dette nivået kan vanskelig kalles en investering siden det fremstår mer som en nødvendighet for å få bedriften til å gå rundt. Under denne type utdanning faller bl.a. kurs som skal til for at sertifikater og formell kompetanse skal opprettholdes. Uten dette vil arbeidstakerne til slutt ikke har lov til å drive med den virksomheten de gjør.

⁵⁵ Sml det som er behandlet i fremstillingens pkt 2.

Et spørsmål som faller inn under dette er der kurs er nødvendig for å opprettholde en autorisasjon, men hvor autorisasjonen ikke er nødvendig for å utføre den jobben arbeidstakeren er ansatt til. Dersom arbeidstakeren var autorisert på ansettelsestidspunktet, vil arbeidsgiver være ansvarlig for å betale for nødvendige kurs for å opprettholde autorisasjonen. Selv om arbeidsgiveren strengt tatt ikke har noen direkte nytte av autorisasjonen, vil det utad virke positivt at de ansatte er autoriserte. Autoriserte arbeidstakere fremstår utad som ”flinkere” enn de som ikke er autorisert, og dette er noen arbeidsgiver kan tjene på i lengden. Dessuten vil kursene føre til en oppdatering eller kompetanseøkning som også vil komme arbeidsgiveren til gode. Her vil det være nødvendigheten av kursene som veier tyngst, slik at arbeidsgiver må bære kostnadene forbundet med dette.

En kan kanskje si at all kursing og utdanning som arbeidsgiver må regne med som en kostnad for å kunne holde bedriften i gang, vil denne være ansvarlig for. Utdanning som strengt tatt ikke er nødvendig, men som er ønskelig for å øke den generelle kompetansen i bedriften, vil nok arbeidstaker i større grad kunne bli ansvarlig for. Her kan det imidlertid tas hensyn til hvilken part som først tok initiativet og hvem som i lengden vil ha størst interesse og nytte av utdannelsen. Jo mindre interesse arbeidstaker generelt vil ha av utdannelsen, desto mer skal det til før denne kan bli pålagt tilbakebetalingskrav.

Er det snakk om utdanning som arbeidstaker ikke direkte kan få nytte av hos en annen arbeidsgiver fordi den er veldig spesialisert, vil det som et utgangspunkt ikke være rimelig å kreve tilbakebetaling. Det vil likevel kunne være et spørsmål om en kan ta hensyn til eventuelle overføringsverdier som følger av utdannelsen. Med overføringsverdier tenkes det her på om det er deler av utdannelsen eller noe generelt ved den som arbeidstaker kan dra nytte av hos en ny arbeidsgiver, selv om den konkrete utdannelsen ikke kan benyttes. Sannsynligvis vil ikke dette kunne gi grunnlag for tilbakebetaling, med mindre det er åpenbart at det foreligger en overføringsverdi som vil være helt sentral hos den fremtidige arbeidsgiveren. Det er ikke tilstrekkelig at utdannelsen eller kurset har ført til en generell utvikling og modenhet, da dette er noe som vil være en følge av alle arbeidsforhold over noe tid.

Når domstolene skal ta stilling til hva som kan anses akseptabelt i forhold til avtalen, vil det sannsynligvis ses hen til lojalitetshensyn og hva som alt i alt vil være den rimeligste løsningen. Jo større tapet blir på arbeidsgivers side, desto lettere vil det være å kreve at arbeidstaker tilbakebetaler en viss sum, med mindre fratreden skyltes grunner som tilsier at det vil være urimelig å ilegge et tilbakebetalingskrav. Igjen står grunnlaget for fratreden sentralt. Jo mer arbeidstaker selv har igjen for arbeidsgivers investering, desto større grunn kan det være til at denne må betale en del av kostnadene selv.

Det er ikke bare utdanningstypen det må tas stillingen til, men en må også se på kostnadene, hvem som tok initiativ til utdanning, hvem som vil ha størst interesse at den bli tatt osv. Det at det er så mange momenter å ta hensyn til, viser at dette ikke er et enkelt spørsmål som kan besvares med generelle og konkrete svar. Det kan være mulig å finne frem til visse retningslinjer for hvordan ting bør løses, men den endelige avgjørelsen må fattes etter å ha sett nøye på det konkrete tilfellet.

4.1.1.2 Initiativ og kostnad

Når det gjelder størrelsen på arbeidsgivers kostnader kan en ikke si konkret at det har avgjørende betydning om de er små eller store, men det kan være et tegn på hvilken løsning som vil fremstå som mest rimelig. Ofte vil det være en viss sammenheng mellom graden av utdanning og kostnaden. Dersom det i forbindelse med utdannelsen har påløpt ikke uvesentlige kostnader for arbeidsgiver, taler det for at arbeidstaker kan bli pålagt tilbakebetalingskrav ved et eventuelt brudd. Selv om det er snakk om forholdsvis lave kostnader, fører ikke det til at en umiddelbart skal avvise kravet. Det kan tenkes at kompetanseutviklingen har bestått av en rekke kurs som hver for seg ikke kan sies å være kostbare, men som samlet sett blir en stor kostnad for virksomheten. Det er da de samlede kostnadene en må se på.

Hvilken part som tar initiativet til utdannelsen kan også være av betydning i forhold til tilbakebetalingsspørsmålet. Dette har sammenheng med i hvilken parts interesse utdannelsen skjer. Dersom det er arbeidsgiver som tar initiativ og oppfordrer arbeidstakeren til å ta et kurs eller en utdanning, er det sannsynlig at dette vil være i arbeidsgivers egen interesse. I tillegg til at den totale kompetansen i virksomheten øker,

kan det tenkes at arbeidstaker gjennom utdannelsen oppnår spesiell kunnskap og kompetanse på et område som vil ha stor betydning for virksomhetens utvikling og fremtidige drift. Selv om arbeidstaker selv kan ha utbytte av utdannelsen, vil det nok likevel være et moment som taler for at arbeidsgiver står ansvarlig for i hvert fall store deler av kostnadene. Til sammenligning vil det være enklere å si at arbeidstaker kan pålegges å tilbakebetale kostnader dersom initiativet kommer fra arbeidstakeren selv, og utdannelsen hovedsakelig skjer i dennes interesse.

4.1.1.3 Betydning av at det er utbetalt lønn eller stipend

Et ytterligere moment i forhold til et eventuelt tilbakebetalingskrav kan være om arbeidstaker i utdanningsperioden har fått utbetalt lønn eller stipend uten at det er ytet en arbeidsinnsats. Det at arbeidsgiver har påtatt seg å dekke kostnader til livsopphold, kan tyde på at utdannelsen skjer i arbeidsgivers interesse. Arbeidsgiver vil ikke være interessert i å pådra seg større kostnader enn nødvendig, med mindre denne selv antar å ville tjene på det i lengden.

Det finnes foreløpig ingen konkrete regler og retningslinjer for hvordan finansieringen under en utdanningspermisjon skal ordnes, men dette er en problemstilling som det har vært arbeidet med, jf NOU 2001:25.

4.1.1.4 Gradvis utnyttelse av kompetanseøkningen

Hvordan forholdet mellom arbeidsytelse og utdannelsen er lagt opp, kan ha betydning for et eventuelt tilbakebetalingskrav. Dersom arbeidstakeren er i jobb samtidig som utdannelsen fullføres er det store muligheter for at arbeidsgiver kan få gradvis utbytte av den kompetansen som opparbeides. Det er tross alt ikke slik at en først vil kunne få nytte av den tillærte kunnskapen etter at den endelige eksamen er avlagt. Dette er for så vidt en problemstilling som også vil ha betydning for om det kan avtales bindingstid. Så lenge arbeidsgiver får utbytte av investeringen før utdannelsen er fullført, er dette noe som må gjenspeiles både i forhold til bindingstidens lengde, men også i forhold til hva som kan kreves tilbakebetalt.

Når det gjelder bindingstidens lengde vil denne i et slikt tilfelle måtte bli kortere enn hva som ville vært tilfelle dersom arbeidsgiver ikke hadde fått noe utbytte før utdannelsen var fullført. Det at arbeidsgivers utbytte begynte på et forholdsvis tidlig tidspunkt, vil også bety at det som kan kreves tilbakebetalt må reduseres. Arbeidsgiver kan ikke kreve å få dekket kostnader av den delen av utdannelsen som det allerede foreligger et utbytte av. Hvordan tilbakebetalingsbeløpet fastsettes i et slikt tilfelle må vurderes konkret ut fra de omstendighetene som foreligger.

4.1.2 Bindingsklausul foreligger ikke

Så lang er det sett på forhold som kan ha betydning for tilbakebetaling der det foreligger en bindingsklausul. Her vil det sentrale momentet være at det foreligger et kontraktsbrudd. Et noe annet spørsmål er om den alminnelige ulovfestede lojalitetsplikten⁵⁶, som foreligger i ethvert ansettelsesforhold, kan være et selvstendig grunnlag for tilbakebetaling. Med andre ord om arbeidstaker kan pålegges å tilbakebetale kostnader selv om det ikke foreligger en avtale om bindingstid.

De fleste vil oppfatte det som en illojal opptreden dersom arbeidstaker lar arbeidsgiver betale for utdannelsen, for så å slutte så fort som mulig etter endt utdanning.

Utgangspunktet må nok være at dette er et tap som arbeidsgiver selv må bære siden denne er nærmest til å inngå en avtale om bindingstid, nettopp for å unngå slike situasjoner. Det at arbeidsgiver pålegges risikoen vil fremstå som rimelig, og det vil også være i samsvar med det som er behandlet tidligere i fremstillingen.

På den annen side kan en ikke helt å se bort fra det faktum at når det kommer til konkurransesituasjoner, dvs der arbeidstaker fratrer for å begynne hos en konkurrent, så har lojalitetsplikten vært påberopt som et selvstendig grunnlag. Jakhelln⁵⁷ viser til at det å få sin nåværende arbeidsgiver til å bekoste utdanning, samtidig som arbeidstakeren har bestemt seg for å slutte hos arbeidsgiveren kort tid etter endt utdanning, vil være i

⁵⁶ Se mer om dette hos Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s.200 flg

⁵⁷ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, (1996) s. 207

strid med lojalitetsplikten. Dette kom også klart frem i NAD-1981-83-222. Retten uttaler at

”saksøkernes handlemåte og opptreden innbærer et slikt brudd på lojalitetsplikten at det må karakteriseres som et vesentlig mislighold...”. Saken her gjaldt to sveisere som pådro arbeidsgiver kostnader forbundet med kurs, samtidig som de planla å starte for seg selv. I denne saken var det i tillegg en klar og uttalt forutsetning at arbeidstakerne som følge av den påkostede kursingen skulle binde seg til en gjensidig oppsigelsesfrist på 3 måneder, noe jeg antar er en lengre frist enn det som fulgte av den opprinnelige arbeidsavtalen.

Også i RG 1989.313 ble fortielse av opplysninger ansett som illojalt. Her var det flere omstendigheter som gjorde at arbeidstakeren kunne bebreides og retten uttalte bl.a.: ”En ytterligere omstendighet som bidrar til å anse hennes handlemåte som grovt illojal er at hun akkurat hadde fått sin eksamen med skolepenger kr 24.000,- betalt av Arff-Pettersen [arbeidsgiver], samt i alt ca to måneders permisjon med lønn”.⁵⁸

Resultatet i begge disse dommene ble avskjed, og spørsmålet om tilbakebetaling av kursutgifter eller erstatning ble ikke tatt opp. Så lenge det er klart at illojal opptreden alene kan gi grunnlag for den alvorlige reaksjonen som en avskjed er, er det rimelig å tro at det også vil kunne ha betydning i forhold til et tilbakebetalingskrav.

Med disse dommene som utgangspunkt kan en spørre seg om brudd på lojalitetsplikten kan gi grunnlag for tilbakebetaling, da i form av en erstatning. Både i kontraktsretten generelt, og også innenfor arbeidsrettens forhold til avskjed, er det ikke uvanlig at det følger et erstatningsansvar med et vesentlig mislighold av en avtale. I sakene som er nevnt ovenfor, foreligger det en klar forutsetning forbundet med kurs og utdanning, men som det handles i strid med. Selv om det ikke var inngått noen konkret avtale om bindingstid, og det kanskje heller ikke var eksplisitt uttalt, er det for de aller fleste klart at en arbeidsgiver forventer noe tilbake dersom denne påkoster en utdanning.

⁵⁸ Saken gjaldt en arbeidstaker som fortiet at hun skulle slutte for å starte konkurrerende virksomhet. Samtidig ga hun uttrykk for overfor arbeidsgiver at hun kunne tenke seg å overta som daglig leder dersom hun besto meglereksamen.

Det sentrale spørsmålet blir om arbeidstakers mislighold medfører et tap for arbeidsgiver som kan kreves dekket. Foreligger det en årsakssammenheng mellom eventuelt tap for arbeidsgiver og arbeidstakers oppførsel. I de nevnte dommene var arbeidsgiver pådratt kostnader som kunne vært unngått dersom denne var klar over at arbeidstaker planla å slutte. De fleste vil sannsynligvis ikke være i tvil om at arbeidsgiver her har lidt et økonomisk tap som følge av arbeidstakers opptreden. I den første saken ble det kjøpt inn en maskin i forbindelse med arbeidstakers eksamen som riktignok kan benyttes av andre, men det å påkoste kurs medfører uten tvil forventninger om et visst utbytte. Her måtte arbeidsgiver betale for noe han aldri selv fikk utbytte av. Det samme gjaldt den andre dommen der utdannelsen medførte kostnader som arbeidsgiver regnet med å få utbytte på et senere tidspunkt.

Det er nettopp dette som vil være tilfellet i alle andre saker også – arbeidsgiver betaler uten å få noe tilbake. Selv om arbeidsgiver som nevnt vil være den nærmeste til å bære kostnadene, kan en ikke komme bort fra at denne faktisk lider et økonomisk tap som følge av arbeidstakers opptreden. Så lenge en kan si at arbeidstaker har opptrådt i strid med lojalitetsplikten og det som ellers måtte følge av arbeidsavtalen, vil en nok kunne si at det foreligger et vesentlig mislighold som kan gi grunnlag for erstatning slik at arbeidsgiver i hvert fall får dekket deler av tapet sitt.

5 Litteraturliste

Lover

1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31.mai 1918 nr 4

1927 Lov om arbeidstvister. av 5.mai 1927 nr.1

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4.februar 1977 nr. 4.

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4.mars 1983 nr. 3.

1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven). av 8.juni 1984 nr 58

 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven). av 8.juni 1984 nr 59

1988 Lov om lønnsplikt under permittering. av 6.mai 1988 nr. 22

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven). av 28.februar 1997 nr 19

Rettspraksis

Rt 1989.1116

Rt 1997.506

Rt 1997.1560

Rt 2000.1800

Rt 2000.2058

RG 1989.313 (Eidsivating lagmannsrett)

RG 2000.262 (Borgarting lagmannsrett)

Upubliserte dommer

NAD-1981-83-222 [Lovdata online]. Brønnøy herredsrett – dom. 1982-01-11

TOSLO-2000-08962 [Lovdata online]. Oslo tingrett – dom. 2002-05-16

Asker og Bærum herredsrett. 2.juni 1999

HR-2004-00099-A [Lovdata online]. Dom 2004-01-20

Forarbeider

NOU 1996:6 Arbeidstakers stilling i konsernforhold m.v.

NOU 2001:25 Støtte til livsopphold ved utdanningspermisjon

Ot.prp. nr. 72 (1981-82) Om lov om statens tjenestemenn

Ot.prp. nr. 50 (1993-94)????

Ot.prp. nr. 68 (1998-1999) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Litteratur

Andenæs, Mads Henry. *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*. Oslo, 1998

Andersen, Kari B. *Bindingstid og incentivordninger – hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?* I: Tidsskrift for forretningsjus. Årg. 7, nr. 3. (2001) s. 273-281

Hov, Jo. *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo, 1998

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. 1996

Jakhelln, Henning. *Sykepleieres arbeidsrettslige stilling ved bedriftsintern videreutdanning*. I: Arbeidsrettslige studier bind III, Oslo, 2000, s. 1653-1694

Annet

Halo, Lars. *Flytteplikt for statlige tjenestemenn, juridisk betenkning*. Tilgang: <http://www.jus.no/index.db2?id=28060>

Hovedavtalen 2002-2005 LO – NHO

Jakhelln, Henning. *Notat til Tjenestemannsorganisasjonene i Statskonsult*. Datert 12.november 2003.

Jakhelln, Henning. *Perspektiver på Statskonsult-saken*. Datert 11.februar 2004.

Særavtale om permisjoner og økonomiske vilkår ved etter- og videreutdanning, kurs m.v. Tilgang: http://www.lostat.no/saeravtaler/saer_perm.htm

Jakhelln, Henning. *Domstollederstillingene ved domstolenes omorganisering*. Utredning til Justisdepartementets domstolsavdeling, april 2002. Tilgang: <http://folk.uio.no/hejakhel/pub.html>

Karnov 2, Norsk lovkommentar (4.utg., 2002)

Landbruksdepartementet. *Rapport angående samordning og eventuell utflytting av forvaltningsenheter*. Lagt inn 17. september 1998. Tilgang: <http://odin.dep.no/ld/norsk/publ/rapporter/020005-990278/index-hov005-b-f-a.html>

6 Vedlegg

6.1 Bindingsklausulens gyldighet

6.1.1 Gyldighet i forhold til utforming

6.1.1.1 Avtalens innhold

Dette blir i stor grad et rent kontraktsrettslig spørsmål. Det finnes ingen rettsregler som omhandler bindingsklausuler, i motsetning til det som er tilfellet ved konkurranseklausuler.⁵⁹ Den eneste veiledningen som finnes er avtl § 36 som sier noe om når en avtale kan anse som urimelig, og dermed bli gjenstand for revisjon eller tilsidesettelse. Når en skal avgjøre en bindingsklausuls gyldighet, er det her en må starte for å se om den kan sies å være rimelig.

I RG 2000.262⁶⁰ foretok retten en vurdering av om den aktuelle bindingsklausulen var gyldig i henhold til avtl § 36, og de la vekt på en rekke momenter knyttet til rimelighet og balanse mellom ulike behov. Denne vurderingen kan gi grunnlag for en rekke generelle momenter som vil være relevante ved gyldighetsvurderingen av enhver klausul om bindingstid.⁶¹ Kort oppsummert vil det viktigste være at det er en viss balanse i avtalen.

For det første skal avtalen være inngått mellom (forholdsvis) likverdige parter. Dette er for å hindre at den antatt svakere part, som i vårt tilfelle vil være arbeidstakeren, skal bli utnyttet og lurt til å skrive under på en avtale uten å være klar over omfanget og konsekvensene av dette. Dette momentet skal være med på å sikre at det i avtalen blir tatt hensyn til begge parter behov. Likverdighet kan oppnås ved for eksempel å benytte

⁵⁹ Se avtl § 38

⁶⁰ Saken gjaldt avtale om bindingstid i forbindelse med en aksjekjøpsavtale

⁶¹ Se Andersens artikkel ”Bindingstid og incentivordninger – hvordan holde på kunnskap virksomheten har investert i?”, inntatt i Tidsskrift for forretningsjus, årg. 7, nr 3 (2001), s.275

seg av fagorganisasjoner eller utenforstående med kunnskap på området. Hvorvidt partene i seg selv er likverdige eller ikke, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det vil for eksempel være stor forskjell om det er snakk om en liten eller stor bedrift. Ofte vil situasjonen også være den at arbeidstakeren har kunnskaper som gjør vedkommende godt kvalifisert til å inngå avtaler på egen hånd. Dette var tilfellet i Rt 2000.1800.

Saken gjaldt avtale med bostedsvilkår i forbindelse med en ansettelse. Her ble det lagt vekt på at arbeidstakeren var ”velutdannet og hadde ganske lang erfaring i arbeidslivet” da avtalen ble inngått, samt at det ikke var snakk om noen presset situasjon. Retten antok at arbeidstakeren på grunn av dette var klar over hva han gikk med på da han underskrev avtalen, og dermed ikke hadde grunnlag for å trekke inn argumenter om at han var den antatt svakere part.

Noe tilsvarende ble sagt i RG 2000.262 som gjaldt aksjonærer som til tross for en bindingstid på 3 år valgte å forlate selskapet før tiden var utløpt:

”Det dreier seg her om en gjensidig bebyrdende avtale inngått mellom to profesjonelle parter hvor styrkeforholdet synes å være balansert. Partene hadde begge god innsikt i disse spørsmålene og var godt kjent med denne type avtaler.”

For det andre legges det vekt på at det er et legitimt behov for en klausul som binder arbeidstaker til virksomheten. Hvor store krav en kan stille er ikke helt klart, men det må fremstå som greit at arbeidsgiver har behov for å få noe utbytte av den investeringen som er lagt i arbeidstakerens utdanning. Andersen⁶² viser her til en dom avsagt av Asker og Bærum herredsrett 2. juni 1999.

Dommen gjaldt en gruppe flygere som sa opp sine stillinger i Braathens for å ta ansettelse i SAS direkte etter at Braathens hadde pådratt seg store kostnader ved opplæring i en spesiell flytype. I dette tilfellet forelå det ingen konkret bindingsklausul, men det var avtalt at dersom de forlot Braathens innen en viss tid måtte de betale tilbake et bestemt beløp som kompensasjon for utdanningskostnadene.

For at selskapet ikke skal risikere å betale for noe de ikke selv får utbytte av, vil det være legitimt at det inngås klausuler for å hindre et alt for stort tap. Legitimitetens

⁶² Se Tidsskrift for forretningsjus, nr. 3 (3001) s. 276

grenser må trekkes i forhold til hvor lang bindingstiden kan være. Det er på det rene at det skal foreligge et visst utbytte, men hvor lenge må arbeidstakeren bli værende før en kan si at dette er oppnådd? Det er vanskelig å beregne, og en kan ikke gi noe konkret svar. Bindingstiden vil ofte tilsvare perioden som gikk med til utdannelsen. Lengden vil måtte avgjøres konkret i det enkelte tilfellet fordi det er flere forskjellige faktorer som spiller inn. Bindingstiden vil avhenge av lengden på utdannelsen, hvor kostbart det var for arbeidsgiver, om arbeidstaker var i jobb under utdannelsen eller ikke, herunder om arbeidsgiver har hatt mulighet til å dra nytte av arbeidstakers økende kunnskap og kompetanse før fullført utdanning. Andersen⁶³ peker på at en begrensning når det gjelder bindingstidens lengde, kan være hvordan denne "hindringen" vil virke inn på arbeidstakerens videre karrieremuligheter. Den skal ikke gjøres så lang at den kan sies å sperre for videre utvikling og muligheten til å ta arbeid i en annen virksomhet etter noe tid.

Det siste en kan se på er om avtalen kan sies å være gjensidig bebyrdende. Med det menes at det må være et visst samsvar mellom det partene gir eller ofrer. I vårt tilfelle med videreutdanning betyr det at det må være et visst samsvar mellom utdanningskostnadene for arbeidsgiver og den tiden arbeidstaker blir bundet, eventuelt det som må betales ved for tidlig fratreden. Ønsker arbeidsgiver lengre bindingstid enn hva utdannelsen i seg selv tilsier, kan dette eventuelt skje ved at arbeidstaker gis ekstra kompensasjon, for eksempel i form av økt lønn eller andre goder. Det vil her være mange av de samme momentene som nevnt ovenfor som kan være av betydning.

Ut fra dette ser en at det er bindingstidens lengde som i all hovedsak blir det avgjørende momentet ved vurderingen av avtalens gyldighet. En annen ting som vil være svært viktig for vurderingen er hvor klart vilkåret om bindingstid fremstod før avtaleinngåelsen. I denne forbindelse kan det vises til Rt 2000.1800 der retten uttaler:

"Etter mitt syn skal det atskillig til for at retten kan sette til side som urimelig en vurdering av denne art [...], når vilkåret er klart presisert før arbeidsavtalen ble inngått".

⁶³ Tidsskrift for forretningsjus, nr. 3 (2001) s. 277

Det en kan trekke ut av dette er at dersom innholdet i klausulen ikke i seg selv kan anses som urimelig etter avtl § 36, skal det mye til før den kan settes til side som urimelig.

6.1.1.2 Tilblivelse

Den neste vurderingen gjelder forholdet til hvordan avtalen kommer i stand, og om det finnes noen formkrav. Det viktigste blir spørsmålet om når en slik klausul må være inngått for å være gyldig, og om den må være skriftlig.

Det vil være tilstrekkelig at klausulen tas inn i arbeidsavtalen før utdannelsen tar til. Det kan ikke kreves at dette avtales allerede ved den første inngåelsen av arbeidskontrakten etter reglene i aml §§ 55B og 55C. Så lenge klausulen er på plass før utdannelsen starter, må det være tilstrekkelig. Skulle det vise seg at avtalen om bindingstid ikke kommer i stand før etter at utdannelsen er påbegynt, eller fullført, vil avtalen likevel være gyldig og bindende mellom partene. En avtale binder som utgangspunkt fra det tidspunktet den blir inngått. Arbeidsgiver kan risikere å bli utnyttet dersom arbeidstaker på dette tidspunkt ikke vil undertegne, men blir klausulen undertegnet må den sies å være gyldig.

Når det gjelder skriftkravet er ikke utfallet like klart. Det overordnede prinsipp i norsk rett er formfrihet.⁶⁴ Utgangspunktet er at en avtale er bindende uansett om den er inngått muntlig eller skriftlig. Det er likevel ingen ting i veien for at lovbestemmelser stiller skriftlighet som et (gyldighets)vilkår. Så lenge klausulen er å regne som en del av arbeidsavtalen, kan en si at det følger av aml § 55B at den skal være skriftlig. Medfører bindingsklausulen en forlenget oppsigelsestid, se vedlegget pkt 6.1.2.1, vil også aml § 58 nr 1 kreve at dette skjer skriftlig. Det er i all hovedsak to grunner til at skriftlighet anbefales, og ofte også kreves.

For det første er det av bevismessige hensyn. Det skal ikke være tvil om hva som faktisk er avtalt, og heller ikke være problemer med å dokumentere det. For det andre vil skriftlighet ha den virkning at den vil markere en endelig overgang. Med det menes at

⁶⁴ Se bl.a. Hov, Avtaleslutning og ugyldighet (1998) s. 128

det skal være på det rene, og klart for alle parter, at det nå er inngått en bindende avtale. En befinner seg ikke lenger på et stadium der ting blir drøftet og vurdert. Selv om dette er viktige hensyn, kan det vanskelig sies å gi tilstrekkelig begrunnelse for at en avtale som bare er inngått muntlig ikke kan gis gyldighet mellom partene.

I en dom avsagt av Norges Høyesterett 20. januar 2004 ble kravet til skriftlighet vurdert. Til tross for at aml § 47 nr 1 oppstiller et skriftlighetskrav, uttalte retten at:

”virkningene av manglende skriftlighet blir strukket urimelig langt dersom dette skulle føre til at man skal se bort fra den muntlige avtalen...”.⁶⁵

Slik jeg forstår dommen vil en muntlig avtale kunne bli lagt til grunn dersom partene har innrettet seg etter denne, og spesielt hvis den ivaretar arbeidstakers interesser siden det er denne som oftest har behov for beskyttelse.

Dette taler for at en avtale om bindingstid som et klart utgangspunkt bør inngås skriftlig. Det at det bare foreligger en muntlig avtale, trenger imidlertid ikke bety at avtalen ikke vil kunne anses som gyldig og dermed binde partene

6.1.2 Gyldighet i forhold til avtalte sanksjoner

Spørsmålet her gjelder hvilke type sanksjoner som gyldig kan avtales for tilfeller der arbeidstakere forlater virksomheten før bindingstiden er utløpt. Det er to sanksjonstyper som peker seg ut, og begge har vært brukt i praksis.

6.1.2.1 Forlenget oppsigelsesfrist

Den første muligheten er at det kan avtales en lengre oppsigelsesfrist enn hva som er vanlig. Dette vil sørge for en viss oppfyllelse av klausulens formål ved at arbeidstaker nærmest blir tvunget til å arbeide i virksomheten en viss tid etter oppsigelsen. Eksempler på dette finnes i praksis.

⁶⁵ Dommen gjaldt avtale om gjennomsnittsberegning av arbeidstid etter aml § 47

Dommen i NAD-1981-83-222 viser at en forutsetning for deltakelse på et kurs var at arbeidstakerne bandt seg til en gjensidig oppsigelsesfrist på 3 måneder. Det sies ingen ting om hva oppsigelsesfristen var tidligere, men det er naturlig å anta at den var kortere.⁶⁶

Ved videreutdanning av sykepleiere ved Harstad sykehus har de valgt en løsning som tilsier at arbeidstaker ved egen oppsigelse må avtjene 3 måneders bindingstid i tillegg til den ordinære oppsigelsestid på 3 måneder.⁶⁷

I det siste eksempelet blir arbeidstakeren bundet til sykehuset i hele 6 måneder fra oppsigelsen er levert. Her kan det stilles spørsmål ved om denne bindingstiden på 3 måneder også gjelder hvis oppsigelsen kommer fra arbeidsgiver. Er ikke det tilfellet, vil gjennomføringen av bindingstiden ikke gyldig kunne avtales, fordi den vil være i strid med den ufravikelige regelen i aml § 58 (7) som sier at det ikke kan avtales lengre oppsigelsesfrist for arbeidstaker enn for arbeidsgiver.

Selv om den alminnelige oppsigelsesfristen vil være 3 måneder, kan en vanskelig si at de 3 månedene som utgjør bindingstiden kan ses helt separat fra oppsigelsesfristen. De ulike hensyn som ligger bak bindingstiden og oppsigelsesfristen vil ikke ha noen betydning for arbeidstaker, fordi utfallet bli det samme – denne må bli værende i virksomheten til alle 6 månedene har løpt. Dersom situasjonen i praksis blir at oppsigelse fra arbeidsgiver fører til at arbeidstaker bare må bli værende i 3 måneder i motsetning til totalt 6 måneder dersom oppsigelsen kommer fra arbeidstaker, vil dette være i strid med § 58 (7). Selv om alle 6 månedene ikke er kalt oppsigelsestid, må de vurderes samlet når en ser i forhold til loven. Slik bruk av bindingstid vil derfor kun være lovlig dersom avtjening av bindingstiden vil måtte gjøres gjeldende uavhengig av hvilken part oppsigelsen kommer fra.

En avtale som dette vil fort regnes for å være i strid med de forutsetningene som følger av arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelse. Som et utgangspunkt kan en si at arbeidstaker skal stå forholdsvis fritt til å kunne fratru sin stilling innen ikke altfor lang

⁶⁶ Denne dommen er omtalt nærmere i fremstillingens pkt 4.1.2.

⁶⁷ H. Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1661

tid. Loven setter ikke noen øvre grense for hvor lang oppsigelsesfrist som kan avtales. En avtale som fastsetter en oppsigelsestid som overskrider det som regnes som normalt vil ikke kunne sies å være direkte i strid med lovens ordlyd. Det betyr ikke at en slik avtale aldri gyldig kan avtales, men det skal nok ikke så mye til før en kan si at den fremstår som urimelig, jf vedlegget pkt 6.1.1.

Ved vurderingen av hva som gyldig kan avtales, kan det kanskje trekkes paralleller til bruken av karantene etter at en arbeidstaker har sluttet i en bedrift. Likheten er at i begge tilfeller er det lagt begrensninger på arbeidstaker og dennes adgang til å ta seg ny jobb i samme bransje. Bruken av karantene har sammenheng med konkurranseklausuler som lovlig kan avtales i henhold til avtl § 38, og slik bruk er godtatt av domstolene. Begrensningen ved karantene gjelder riktig nok ikke i forhold til den reelle oppsigelsesadgangen, men i begge tilfeller foreligger det en hindring i forhold til det å ta seg ny jobb innen et visst tidsrom. Ser en på den utstrakte bruken av karantene og de konsekvenser dette har, er det ikke umulig at domstolene også til en viss grad vil godta bindingstid av den typen som er vurdert her. Det er uansett et absolutt krav ved slik bruk av bindingstid at den må ha tilsvarende virkning overfor oppsigelse fra begge parter.

Selv om en slik avtale vil kunne bli godtatt, vil det ikke være det samme som å si at det er en løsning som vil fungere bra i praksis. Det at arbeidstaker nærmest blir tvunget til å bli i virksomheten vil fort medføre at arbeidstakers motivasjon for å gjøre et best mulig arbeid ikke lenger er til stede. Det er heller ikke stort arbeidsgiver kan gjøre dersom arbeidstaker ikke møter opp. En kan ikke kreve fullbyrdesdom på at arbeidstaker skal møte opp på jobb, og det er ikke mulig fysisk å benytte seg av tvang for å sørge for oppmøte og utførelse av arbeid. Den eneste sanksjonen arbeidsgiver kan møte en slik opptreden med er avskjed, og derigjennom mulighet for erstatning hvis en finner at arbeidstakers oppførsel har påført arbeidsgiver et tap.

6.1.2.2 Tilbakebetaling av kostnader

Den andre muligheten, og det er nok den som er mest brukt i praksis, er at det ved opprettelsen av klausulen fastsettes at dersom arbeidstaker fratrer før bindingstidens utløp skal det kreves tilbakebetaling av et fastsatt beløp, som kompensasjon for at arbeidsgiver ikke fikk tilstrekkelig utbytte av investeringen sin. Så lenge beløpene som

fastsettes er rimelige i forhold til den kostnad arbeidsgiver har hatt i forbindelse med utdannelsen, kan det ikke sies å være noe i veien for en slik løsning. Dette kan være kostnader som er direkte forbundet med utdannelsen, som skolepenger og utgifter til studiemateriell, men det kan også være stipend eller lønn som arbeidstaker mottok under en eventuell permisjon. Det største problemet oppstår ved fastsettelsen av hvilke kostnader som kan kreve tilbakebetalt og hvilke kostnader arbeidsgiver alene må være ansvarlig for. Dette er en problemstilling som drøftes i fremstillingens pkt 4.

Tilbakebetalingsbeløpet kan fastsettes på to forskjellige måter. Den første muligheten er at det fastsettes flere beløp avhengig av tidspunktet for arbeidstakers fratreden. Dette er hva en kan kalle gradert tilbakebetalingsplan. Dvs at beløpet som skal tilbakebetales reduseres etter som arbeidsgiver får utbytte av investeringen sin. Med andre ord vil beløpet bli mindre etter som man nærmer seg bindingstidens utløp. Så vidt jeg har klart å se er dette en løsning som er benyttet i praksis. Da vil det bebyrdende elementet i avtalen hele tiden opprettholdes. Dette vil være både en rimelig og praktisk løsning.

Den andre muligheten er at det kun er fastsatt ett tilbakebetalingsbeløp. I avtalen er det da ikke tatt høyde for det faktum at arbeidsgiver kan ha fått et visst utbytte av investeringen, selv om arbeidstakeren fratrer før utløpet av bindingstiden. Skal en følge avtalens ordlyd betyr det at arbeidstaker må tilbakebetale en like stor sum uavhengig av tidspunktet for fratreden. Spørsmålet blir om dette er en løsning som kan anses å være rimelig i forhold til avtl § 36. Ved fratreden helt i begynnelsen av bindingstiden vil det ikke oppstå større problemer. Problemet oppstår først når større eller mindre deler av bindingstiden er utført. Spørsmålet blir i all hovedsak om det vil bli noen forskjell i hva som faktisk kan kreves tilbakebetalt dersom fratreden skjer en uke etter at bindingstiden begynte å løpe eller om den skjer en uke før bindingstiden er utløpt. Hvis arbeidstaker kan pålegges å tilbakebetale det fulle beløpet, vil det si at arbeidsgiver til en viss grad kan få dobbelt utbytte av investeringen sin. Først i form av arbeidsinnsats og kompetanse som arbeidstaker har opparbeidet, deretter ved å få dekket kostnadene utdannelsen medførte. Her vil en vanskelig kunne si at partene yter like mye, og det vil være tvilsomt om kravet til ”gjensidig bebyrdende avtale” er til stede.

Det kan ikke anses som rimelig at arbeidstaker ilegges et like stort tilbakebetalingskrav helt uavhengig av når fratreden skjer, og hva som er grunnlaget for fratreden. En slik avtale vil fort kunne bli betraktet som urimelig. Etter min vurdering må det her skje en form for avkortning. Avtalen i sin helhet trenger ikke settes til side som urimelig, men det punktet som gjør avtalen urimelig; det fastsatte tilbakebetalingsbeløpet, kan endres, jf avtl § 36. Den beste løsningen oppnås ved at avtalen revideres slik at det fastsettes et beløp vurdert opp mot det utbyttet arbeidsgiver har fått og gjenstående bindingstid. Etter revisjon vil utfallet av de to mulige løsningene bli tilnærmet den samme. Det er likevel viktig å huske på at en avtale i samsvar med det siste alternativet i utgangspunktet anses urimelig og må revideres for å kunne få anvendelse.

6.2 Prøvetid

I forlengelsen av drøftelsene angående oppsigelsesadgangen når det foreligger en bindingsklausul⁶⁸, kan det være naturlig å se på forholdet til bruk av prøvetid.

6.2.1 Generelt

Det å benytte seg av prøvetid er helt vanlig når det gjelder nyansettelser. Dette følger av aml § 55 C pkt j), jf § 58 nr 6 og § 63 og av tjml § 8. Poenget med en slik prøvetid er å se om arbeidstaker klarer å utføre jobben tilfredsstillende, og om forholdene ellers rundt ansettelsen fungerer. En kan gjerne kalle prøvetiden for en innkjøringsperiode, og til dels også en opplæringsperiode der arbeidstaker med hjelp og veiledning fra arbeidsgiver skal settes inn i hvordan ting skal gjøres, og hvilke rutiner som finnes i bedriften. Prøvetiden er ofte kjennetegnet ved at det i denne tiden gjelder en kortere oppsigelsesfrist enn ellers.

I Rt 1997.560 har de sett på prøvetiden og det som gjør denne litt spesiell.

Saken gjaldt retten til å stå i stilling etter aml §§ 63 (5) og 61 nr 4, og spørsmålet angående prøvetid stod sentralt fordi det ikke var enighet om hvorvidt det var adgang til å benytte prøvetid når en som allerede var ansatt i virksomheten ble forflyttet til en vesentlig annen stilling. Angående prøvetid uttalte retten:

”Den rettslige betydningen av at en arbeidstaker er ansatt på prøve, viser seg i tre hensender. En prøvetidsansatt har et svakere vern mot oppsigelse enn det som ellers følger av aml § 60. Videre er fristen for oppsigelse 14 dager. Og endelig – det som er det vesentlige i vår sak: Den prøvetidsansatte som blir oppsagt, kan ikke bli stående i sin stilling etter oppsigelsesfristens utløp uten etter kjennelse fra retten.”

Etter aml § 58 nr 6 er utgangspunktet at oppsigelsesfristen er 14 dager, men annet kan avtales. Selv om det avtales lengre frist enn 14 dager, vil fristen i praksis alltid være kortere enn hva som normalt avtales. Hadde oppsigelsesfristen vært like lang som ellers, ville det vært liten hensikt i å benytte seg av prøvetid. Selv om prøvetiden medfører et noe svakere stillingsvern enn hva som er vanlig, fordi det tillates at det legges vekt på

⁶⁸ Se fremstillingens pkt 3.1.

enkelte andre kriterier enn det som normalt faller inn under aml § 60, vil det nok være oppsigelsesfristen som har størst betydning her. Kriteriene som stilles opp i § 63 er mer spesifiserte enn hva som følger av § 60, men det kreves likevel at oppsigelsen er saklig begrunnet. Det svakere stillingsvernet ligger i at det kan tas hensyn til andre forhold enn hva som normalt vil anses som saklig grunn, ikke i hvordan denne begrunnelsen skjer. Det er sagt med rene ord at prøvetid ikke innebærer noe sterkere stillingsvern enn vanlig, jf § 63 (2) som sier at denne bestemmelsen ikke innebærer noen innskrenkninger i arbeidsgiverens rett til å si opp arbeidstaker etter § 60. Forskjellen i stillingsvernet skyldes nettopp det at grunnlaget etter § 63 knytter seg opp mot de grunnlagene som er årsaken til at en ønsker å ha en prøvetid av ansettelsesforholdet.

Etter tjml 8 nr 2 er oppsigelsesfristen under prøvetid satt til tre uker. Her sier loven ingen ting om at annen frist kan avtales. I likhet med aml § 63, har tjml § 8 spesifisert hva som kan være grunnlag for oppsigelse under prøvetiden. Selv om det stilles opp mer konkrete kriterier betyr ikke det at oppsigelsen ikke trenger å være saklig begrunnet.

Prøvetid anvendes i all hovedsak når noen ansettes for første gang. Dette er helt naturlig da prøvetiden nettopp skal legge vekt på tilpasning og dyktighet som vil fremstå som et ubesvart spørsmål når en ikke kjenner arbeidstakeren. I Ot.prp.nr.50 (1993-94) står det:

”etter departementets syn er det svært viktig at prøvetidsreglene utformes slik at arbeidsgiver tør å ta sjansen på å tilsette en arbeidstaker som det er noe usikkert om kan utføre arbeidet tilfredsstillende”.

Til en viss grad kan en si at tilsvarende gjelder for arbeidstakeren selv. Arbeidstakeren vil være tjent med at arbeidsgiveren, til tross for visse tvil velger å satse på at vedkommende klarer jobben. Uten prøvetid skal det ganske mye til før en kan gå til oppsigelse, og det kunne medføre at arbeidsgiver i et tvilstilfelle ikke ville tilbydd arbeidstakeren jobben av frykt for konsekvensen hvis arbeidstaker ikke skulle være dyktig nok. Ved tvil om dette er en jobb som passer, vil prøvetiden gjøre det litt lettere.

Så langt har det vært snakk om nyansettelser, men hva hvis en tidligere arbeidstaker ansettes i en ny og vesentlig annen stilling innenfor virksomheten? Tjml § 8 nr 1 åpner muligheten for å avtale prøvetid når tjenestemannen går direkte over fra en statsstilling

til en annen. Også etter forhold som faller inn under arbeidsmiljøloven åpnes det en mulighet for at det kan avtales prøvetid i tilfeller der arbeidstaker allerede er ansatt i virksomheten. Tolkning av ordlyden i aml § 63 gir ikke grunnlag for å utlede et forbud mot at det avtales at en ansatt som har allerede er ansatt i bedriften, blir ansatt på prøve i en annen stilling.⁶⁹ Bestemmelsen sier ikke noe helt konkret om i hvilke tilfeller det kan avtales prøvetid, og dette er heller ikke problematisert i forarbeidene.

Prøvetid for en som allerede er ansatt i bedriften kan tenkes der det er snakk om avansement til en annen type stilling. Selv om en vet at arbeidstakeren har tilpasset seg sin forrige stilling bra og har vært faglig dyktig på det området, er det ingen garanti for det ikke vil kunne oppstå problemer etter avansementet. Det kan derfor være ønskelig å avtale prøvetid for å se om vedkommende passer i den nye stillingen.

Et problem som imidlertid oppstår her er forholdet til stillingsvernet. Hvis de vanlige oppsigelsesreglene skal komme til anvendelse, altså at en anser prøvetiden som begynnelse på et nytt ansettelsesforhold fremfor en fortsettelse av det gamle, kan arbeidstaker risikere å bli stående uten jobb hvis det ikke fungerer i den nye stillingen. Selv om en må ta visse sjanser for å komme seg opp og frem, vil de fleste si at en løsning som denne vil innebære en for stor risiko.

Hvorvidt arbeidstaker er villig til å ta denne risikoen kan også ha sammenheng med hvem som først tar opp at avansement er en reell mulighet. Generelt sett vil en nok si at initiativ fra arbeidstakeren må medføre en høyere grad av risiko enn dersom initiativet kommer fra arbeidsgiver. Ut fra dette har en derfor kommet frem til at prøvetid i forbindelse med avansement kun kan avtales dersom oppsigelse innenfor denne tiden fører til at arbeidstaker har en rett til å gå tilbake til sin gamle stilling. Dette følger av Rt 1997.560 der det mer eller mindre klart er sagt at arbeidstaker som ansettes i en vesentlig annen stilling innenfor samme bedrift, ikke kan ansettes på prøve hvis dette leder til at arbeidstakeren mister sitt ordinære stillingsvern. Ansettelse på prøve kan kun benyttes dersom arbeidstakeren beholder retten til å gå tilbake til sin tidligere faste stilling. Dette som en sikkerhet for at arbeidstakere ikke skal bli stående uten jobb.

⁶⁹ Se Rt 1997.560 som det er skrevet mer om i pkt 6.2.1.

Prøvetid kan ikke avtales ved enhver form for avansement. Det kan kun skje dersom avansementet medfører at arbeidstaker skal over i en ny og vesentlig forskjellig stilling.⁷⁰ Hvorvidt en stilling vil være å anse som vesentlig forskjellig eller ikke, må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Det finnes ingen generell rettleddning som sier hvor store endringene skal være før de kan sies å være vesentlige. Det er ikke godt å si om det er tilstrekkelig at det foreligger nye arbeidsområder, eller om det må være snakk om en annen type arbeid eller utvidet ansvar. Enhver omplassering eller inntreden i ny stilling vil ikke gi grunnlag for å avtale prøvetid. Dersom arbeidet i den nye stillingen i det vesentlige vil være likeartet den tidligere stillingen, vil det ikke kunne avtales prøvetid.

6.2.2 Prøvetid ved bruk av bindingsklausuler

Spørsmålet som det skal ses nærmere på her er om det er adgang til å avtale prøvetid i forbindelse med en bindingsklausul. Dette vil ha sammenheng med adgangen til å benytte seg av oppsigelse. Bindingsklausuler er ikke til hinder for oppsigelser⁷¹, og det vil som et utgangspunkt heller ikke være noe i veien for å benytte seg av prøvetid.

Kommer en til at det ikke foreligger noen alminnelig oppsigelsesadgang, vil det heller ikke være mulig å avtale prøvetid når hensynet bak denne nettopp er at en skal ha mulighet til å si opp arbeidstaker.

Spørsmålet vil måtte drøftes i forhold til to forskjellige situasjoner. For det første må en se på om det kan avtales prøvetid når den som får finansiert utdanning ikke tidligere har vært ansatt hos arbeidsgiver, og for det andre må en se på situasjonen når det er en som allerede er ansatt som kommer tilbake til en ny stilling etter endt videreutdanning.

6.2.2.1 Ikke tidligere ansatt

Dersom arbeidstakeren ikke tidligere har vært ansatt i virksomheten, fremstår det som klart at det ikke er noe i veien for å avtale prøvetid. Uavhengig av om det er avtalt

⁷⁰ Jf Rt 1997.560

bindingstid eller ikke, vil hensynene som tilsier prøvetid være til stede. Det vil være en viss usikkerhet knyttet til hvordan arbeidstaker vil passe i jobben. Det at vedkommende fremstår som faglig dyktig, er ingen garanti for at ting vil fungere. Her vil det derfor være greit at det avtales en prøvetid på lik linje med andre nyansettelser. Det er nettopp slike tilfeller prøvetid er tenkt for. Situasjonen vil kanskje kunne skille seg noe fra det som er vanlig siden arbeidstaker blir hentet og påfinansiert en utdanning før det i det hele tatt er ytet en arbeidsinnsats, men dette vil ikke være til hinder for at det avtales prøvetid.

Selv om bindingsklausulen omfatter både tiden som går med til utdannelsen og pliktjenesten etterpå, må det anses som klart at prøvetiden refererer seg til den første tiden det ytes en arbeidsinnsats. Når arbeidstakeren tar til, og i hvilken stilling, vil i all hovedsak være uten betydning. Utgangspunktet må være at prøvetiden knyttes opp mot den første tiden med reelt arbeid, uansett stilling. Det betyr at det kan avtales prøvetid også for første del av utdanningsperioden⁷², men det må nok da være en forutsetning at praksisarbeid inngår som en del av utdannelsen. Det er vanskelig å forestille seg at det kan avtales prøvetid i forhold til en utdanning som bare er teoretisk, selv om arbeidstakers oppførsel under denne perioden kan være et signal om hvordan vedkommende er som person. Er arbeidstakeren ansatt i en midlertidig stilling frem til utdannelsen er fullført, vil prøvetiden gjelde fra dag en. Dersom arbeidstaker er tiltenkt en annen stilling på et senere tidspunkt, får partene eventuelt avtale ny prøvetid knyttet til denne dersom det er ønskelig. En slik avtale må da skje i samsvar med det som er omhandlet ovenfor i forhold til avansement.

Det å pådra seg kostnader før en vet hvordan arbeidstakeren er, medfører stor risiko for arbeidsgiver. Dette er imidlertid en risiko arbeidsgiver må ta. Det er arbeidsgiveren som har risikoen for at arbeidstaker fungerer i den stillingen denne blir ansatt i og at det foreligger et arbeidsresultat. Spørsmålet en kan stille seg er om konsekvensene av en oppsigelse bli forskjellige avhengig av om den skjer i eller utenfor prøvetid. Selv om oppsigelsen skjer under prøvetid, vil årsaken til dette være av betydning. I stor

⁷¹ Se fremstillingens pkt 3.1.

⁷² Se H. Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1685

utstrekning antar jeg utfallet ved oppsigelse under prøvetid vil tilsvare det som gjelder ved oppsigelse utenfor prøvetid.⁷³ Dersom årsaken til at ansettelsen ikke fungerer skyldes forhold arbeidstaker vil ha kontroll over, vil dette kunne få konsekvenser for denne. Ved vurderingen av hvilken part som kan sies å ha skyld i oppsigelsesforholdet, er det viktig å huske på at arbeidsgiver i prøvetiden nærmest vil ha en plikt til å hjelpe arbeidstakeren best mulig for å få ting til å fungere. Det innbefatter bl.a. at arbeidsgiver gir tilstrekkelig informasjon og opplæring, og at denne prøver å løse eventuelle samarbeidsproblemer før de blir så store at de gir grunnlag for oppsigelse.⁷⁴

Et noe annet spørsmål kan bli om arbeidstaker kan omplasseres. Dette er normalt noe som ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett, men her må det tas hensyn til hva som er avtalt. I forbindelse med bindingstiden er det vanlig å si at som et utgangspunkt skal arbeidstaker ansettes i en stilling innenfor et fagområde som er relevant i forhold til den utdannelsen som akkurat er fullført.⁷⁵ Skulle det vise seg at arbeidstaker ikke fungerer i den tiltenkte stillingen, vil det nok anses akseptabelt at det finner sted en omplassering innenfor fagområdet, så lenge endringene ikke anses som vesentlige. Medfører derimot omplasseringen vesentlige endringer for arbeidstakerens arbeidsforhold, ved for eksempel at den nye stillingen er innenfor et annet fagområde eller ved at arbeidstaker ikke gis mulighet til å benytte seg av den tilegnede kunnskapen, vil dette være å anse som en endringsoppsigelse som medfører at bindingstiden ikke kan kreves gjennomført.

Etter dette fremstår det som klart at en bindingsklausul ikke er til hinder for å avtale prøvetid. Skulle partene under denne prøvetiden komme til at ansettelsesforholdet ikke fungerer, vil konsekvensene forbundet med oppsigelsen i all hovedsak bli tilsvarende det som gjelder ved en alminnelig oppsigelse etter aml § 60.

Som allerede nevnt pådrar arbeidsgiver seg en stor risiko ved å benytte seg av en slik adgang som beskrevet her. Det er derfor usikkert hvor utbredt dette er i praksis. I slike

⁷³ Se fremstillingens pkt 3.1.

⁷⁴ Se mer om dette hos Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (2000) s. 149 flg.

⁷⁵ Se fremstillingen i pkt 3.4.4.

tilfeller vil partene nok være bedre tjent med å ansette en nyutdannet, og på den måten både unngå kostnader og bindingstid.

6.2.2.2 Tidligere ansatt

Dersom arbeidstakeren allerede er ansatt i virksomheten, er ikke forholdet til bruk av prøvetid like klar. Det vil imidlertid være tilnærmet sammenfallende med tilfellene der prøvetid kan avtales i forbindelse med internt avansement. Her vil arbeidstaker kanskje ha fått permisjon fra sin opprinnelige stilling, eller blitt lovet en ny og bedre stilling når utdannelsen er fullført. Som et klart utgangspunkt vil arbeidstaker både ha rett og plikt til å komme tilbake til stillingen sin etter endt permisjon, og da også etter endt utdanning.⁷⁶ Det vil ikke være snakk om en ny ansettelse, men en fortsettelse av den som gjaldt før permisjonen.

Dersom arbeidstaker gjennom bindingsklausulen binder seg til å stå i arbeidsgivers tjeneste ut bindingstiden, uten at det er snakk om noe avansement stillingsmessig, vil det ikke være adgang til å avtale prøvetid, jf kriteriet om ”vesentlig annen stilling”.⁷⁷

Hvis arbeidstaker derimot etter endt utdanning får en annen og kanskje høyere stilling som følge av videreutdanningen, kan det være behov for å benytte seg av prøvetid. Her vil det være mulighet for at den nye stillingen er å anse som vesentlig forskjellig fra den forrige. Her kan det være behov for å prøve ut om arbeidstakeren har oppnådd tilstrekkelig faglig dyktighet og kompetanse for å kunne fungere i den nye stillingen. Så lenge arbeidstakeren allerede er ansatt når prøvetiden trår i kraft, vil prøvetiden kun være gyldig dersom arbeidstakeren beholder retten til å gå tilbake til sin gamle stilling dersom ting ikke fungerer.⁷⁸ Oppsigelse på grunn av forhold i prøvetiden kan sies å gjelde overfor en bestemt stilling, ikke overfor arbeidsforholdet som en helhet.

⁷⁶ Se Karnov 2, Norsk lovkommentar (4. utg., 2002), s. 1200-1201, aml § 33 D

⁷⁷ Se Rt 1997.560

⁷⁸ Se Rt 1997.560

Spørsmålet blir hvordan en oppsigelse under prøvetid forholder seg til den bindingsklausulen som er avtalt og ligger til grunn for hele situasjonen. Vil det at arbeidstaker ikke er i stand til å fylle den tiltenkte stillingen kunne ses på som et brudd på klausulen, og dermed bortfall av bindingstiden? Dersom arbeidstaker går tilbake til sin gamle stilling kan en vanskelig si at arbeidsgiver får noe utbytte av investeringen sin. Det avgjørende blir om en kan si at bindingstiden er knyttet til den nye stillingen, og at en oppsigelse fra denne, selv om det ikke innebærer et endelig opphør av arbeidsforholdet, vil medføre bortfall av bindingsklausulen i likhet med det som er behandlet i 3.1. om oppsigelser. Vurderingen vil for øvrig til en viss grad være sammenfallende med det som er behandlet i pkt 3.4.4, der det ble lagt avgjørende vekt på at det er arbeidsgiver som har risikoen for at arbeidstaker skal gis mulighet til å gjøre bruk av de tilegnede kunnskaper og ferdigheter videreutdannelsen har resultert i. Her vil det også ha betydning hvorfor arbeidstaker ikke har mulighet til å fortsette i stillingen. Utfallet kan tenkes å bli forskjellig avhengig av om årsaken til fratreden skyldtes forhold på arbeidstakers eller arbeidsgivers side.

Mye taler for at vurderingen her må bli den samme som ved en vanlig oppsigelse. Hele forutsetningen bak bindingsklausulen kan langt på vei sies å bortfalle ved at arbeidstaker går tilbake til den stillingen denne var i før utdannelsen var fullført. Det å kreve at arbeidstaker skal bli værende i en stilling der det ikke vil være mulighet til å få praktisert de tilegnede kunnskapene og ferdighetene, med den fare at de kan miste sin verdi over tid, vil fremstå som urimelig. Så lenge stillingen var en ren følge av videreutdanningen, er det mest naturlig å si at det til slutt er arbeidsgiver som har risikoen for at arbeidstaker viser seg dyktig nok til å håndtere den nye stillingen. Det at arbeidsgiver ikke får det planlagte utbytte skal ikke gå ut over arbeidstaker ved å kreve at denne må avtjene bindingstiden i en stilling som ikke er relevant for den utdannelsen som er fullført.

På den annen side kan en nok si at så lenge arbeidstakeren fortsatt yter en arbeidsinnsats, vil arbeidsgiver dra nytte av den kompetansen arbeidstakeren innehar. Selv om utbyttet ikke blir som først tenkt, kan en ikke se bort fra at arbeidstaker likevel kan bruke den tilegnede kunnskapen sin på en positiv måte i virksomheten. Økonomisk sett vil arbeidsgiver lide et visst tap fordi utbyttet vil bli mindre enn forventet, samtidig

som det må hentes inn en ny arbeidstaker til å fylle den stillingen som nå blir stående ledig. Arbeidsgiveren vil bli sittende igjen med en arbeidstaker hvis påkostede utdanning ikke vil være mulig å dra full nytte av. Selv om utdannelsen slik sett ikke kan sies å være bortkastet, er ikke dette nok til å kreve at bindingstiden fortsatt skal gjelde. Arbeidsgiveren vil ikke få særlig stort utbytte av investeringen sin, men dette er en risiko arbeidsgiver må ta.

Et annet spørsmål som dukker opp er forholdet til sanksjoner og eventuelt tilbakebetaling eller kompensasjon. Dette behandles i fremstillingens pkt 4.

6.3 Midlertidige ansettelse

6.3.1 Bindingstid knyttet opp mot midlertidig ansettelse

I forlengelse av det som er omtalt tidligere i fremstillingen vil det være greit å se på adgangen til å benytte seg av midlertidige ansettelse når det er foreliggende en bindingsklausul. Generelt sett er det en viss skepsis mot bruk av midlertidige ansettelse, fordi enkelte mener at dette gir grunnlag for usikkerhet og lite stabilitet i arbeidsforholdene.⁷⁹

Det som kjennetegner midlertidige ansettelse er at de gjelder for en nærmere angitt periode. Det kan for eksempel være snakk om et vikariat eller ansettelse på prosjekt. Bestemmelsen om bruk av midlertidige ansettelse finner vi i aml § 58 A og tjml § 3. Siden midlertidig ansettelse er tidsbestemt, løper det ingen oppsigelsesfrist. Arbeidsforholdet opphører automatisk ved det avtalte tidsrommets utløp eller når det bestemte arbeidet er avsluttet, jf § 58 A nr 2 og tjml § 7. Slik sett er denne type ansettelsesforhold forutberegnelige.

Spørsmålet i forbindelse med det temaet som omhandles her, blir om ansettelsen kan begrenses til det tidsrommet som bindingstiden omfatter. Med andre ord om det kan bestemmes at ansettelsesforholdet opphører etter fullført bindingstid. Så lenge den midlertidige ansettelsen er i samsvar med vilkårene i aml § 58 A, vil det ikke være noe i veien for å benytte seg av denne muligheten også når det er avtalt bindingstid. Problemet blir om arbeidsforhold kan klares definert under de vilkårene som stilles.

I bindingstiden utfører arbeidstaker stort sett ordinært arbeid, slik at det ikke vil være adgang til å begrense ansettelsesforholdet til bindingstiden etter § 58 A nr 1 a). Det vil være mulig å knytte bindingstid opp mot en ansettelse på åremål, jf § 58 A nr 1 d), men det er tvilsomt om dette er en mulighet som benyttes i praksis. I den videre fremstillingen forsettes det at arbeidet som utføres vil inngå som en naturlig del av virksomhetens ordinære drift, og det må legges til grunn at det ikke vil være adgang til å

begrense ansettelsesforholdet til bindingstiden etter § 58 nr 1 a) eller d).⁸⁰

Etter tjml § 7 nr 2 er det åpnet for at en tjenestemann som er ansatt i utdanningsstilling kan fratre uten oppsigelse når tiden er ute, det vil si at det i slike tilfeller kan finne sted en lovlig midlertidig ansettelse.

Bruken av midlertidige ansettelser vil være mindre betenkelige der ansettelsen er begrenset til en viss periode, men hvor arbeidstaker etter denne midlertidige ansettelsen går tilbake til sin tidligere stilling. Dette vil være tilfellet ved såkalte utdanningsstillinger der ansettelsen er begrenset til utdanningstiden. Her vil det ikke være grunnlag for skepsisen til midlertidige ansettelser, fordi arbeidstakeren ikke risikerer å bli stående uten arbeid. En slik løsning fremstår som praktisk for alle parter, fordi den vil være med på å redusere risikoen knyttet til arbeidsforhold ved bindingstid.

En situasjon der midlertidig ansettelse kunne tenkes å bli aktuelt, er der arbeidet i bindingstiden utføres som et vikariat. Problemet blir bare om en klarer å finne ett aktuelt vikariat som vil vare ut hele bindingstiden. Siden bindingstiden ofte er forholdsvis lang, kan dette være vanskelig. Det vil ikke være tilstrekkelig at arbeidstakeren i løpet av bindingstiden vikarierer i en rekke ulike stillinger. Dette kom klart frem i Rt 1989.1116.

Saken gjaldt en servicearbeider som over en periode på 2 ½ år hadde hatt en forholdsvis kontinuerlig tjeneste på Statsfjordfeltet ved å tiltre forskjellige vikariater. Retten kom til at ansettelsesforholdet vanskelig kunne karakteriseres som midlertidig da tjenesteforholdet bar preg av at arbeidstakeren fast og over lang tid hadde fylt et generelt og stort vikarbehov.

En annen side ved problemstillingen er om bruk av midlertidig ansettelse kan sies å være i samsvar med bruken av bindingsklausuler. Dette vil på mange måter kunne fremstå som motstridende. Bindingsklausuler har til formål å beholde arbeidstaker lengst mulig etter fullført utdanning. Bindingstiden vil representere det tidsrommet

⁷⁹ Kan her vise til debatten som fulgte etter at regjeringen kom med forslag om utvidet adgang til å benytte seg av midlertidige ansettelser og endring av ordlyden i aml § 58 A, høsten 2003

⁸⁰ Sml H Jakhelln Arbeidsrettlige studier bind III (2000) s. 1686

arbeidstakeren må være der, men det er rimelig å anta at arbeidsgiver ønsker å beholde arbeidstakeren utover dette tidsrommet. Arbeidsgivere flest ønsker størst mulig utbytte av investeringen som er lagt i arbeidstakers utdannelse. Dette vil best skje ved at arbeidstaker blir værende lengst mulig i virksomheten, og ikke kun for en begrenset periode. Midlertidig ansettelse vil representere det motsatte av dette ved at arbeidsavtalen tilsier at arbeidsgiveren kun er villig til å ha arbeidstakeren der i et gitt tidsrom.

Her vil avkastningen være bestemt på forhånd. Som tidligere nevnt virker det rart at arbeidsgiveren selv begrenser den perioden som kan gi utbytte av investeringen, og det er tvilsomt om dette er en løsning som benyttes i praksis. Det betyr likevel ikke at det ikke skal være adgang til å benytte seg av midlertidige ansettelser også der det foreligger avtale om bindingstid, så lenge det er i samsvar med vilkårene i aml § 58 A.

En litt annen situasjon der bruk av midlertidig ansettelse kan tenkes, er der arbeidet i bindingstiden utføres hos en annen enn den opprinnelige arbeidsgiveren. Dette kan være tilfellet der praksis er en del av videreutdanningen, og hvor bindingstiden knyttes opp mot stedet der praksisen utføres. Det som kan tenkes her er at pliktjenesten utføres hos arbeidsgiver B, men hvor arbeidstaker etter endt bindingstid går tilbake til sin opprinnelige arbeidsgiver A. Dette kan være tilfellet ved såkalte utdanningsstillinger. Det litt spesielle her er at den arbeidsgiveren som har betalt for utdannelsen ikke er sikret å få noe utbytte av investeringen, mens den arbeidsgiveren som har hatt kostnader forbundet til praksistiden vil få et visst utbytte for det denne har bekostet.

Ut over dette kan det tenkes en mellomløsning der arbeidstakerens bindingstid er knyttet opp mot for forskjellige arbeidstakere og hvor første delen av denne er gjort i form av en midlertidig ansettelse. Først fullføres en midlertidig ansettelse hos den arbeidsgiveren der praksistiden er utført, før den resterende delen av bindingstiden fullføres i fast stilling hos den opprinnelige arbeidsgiveren. På denne måten vil begge arbeidsgiverne som har hatt kostnader forbundet med videreutdanningen få et visst utbytte, samtidig som hovedformålet med klausulen blir ivaretatt.

Så lenge det rent formelt er greit at det benyttes midlertidig ansettelse i det aktuelle

forholdet, vil det ikke være noe prinsipielt i veien for at dette også benyttes ved bindingstid så lenge begge partene er enige om at dette er en grei løsning.

Jakhellns artikkel⁸¹ viser at det finnes eksempler på at sykepleierne/studentene er midlertidig ansatt i utdanningsperioden. Ordningen de har ved bl.a. Rikshospitalet tilsier at studenten i videreutdanningstiden er midlertidig ansatt ved Avdeling for videreutdanning i sykepleie, jf tjml § 7 nr 2, og fratrer uten oppsigelse når utdanningstiden er gjennomført. Utdanningstiden omfatter ikke bare den tiden sykepleieren faktisk er i utdanning, men også den tiden som er satt av som bindingstid.

Lovligheten av en slik avtale er sannsynligvis ikke prøvd for retten, men det kan ikke være tvil om at i hvert fall partene anser dette som en grei løsning.

Dersom arbeidstakeren er ute i permisjon fra sin opprinnelige arbeidsgiver for å ta en utdanning som innebærer praksis i en annen virksomhet, vil det ikke være urimelig at utdanningstiden hos en annen arbeidsgiver knyttes opp mot en midlertidig ansettelse. Slik får utdanningsinstitusjonen noe tilbake for den innsatsen og kostnader som legges ned i utdanningen, samtidig som arbeidstakeren har en plikt til å gå tilbake til sin opprinnelige arbeidsgiver etter endt permisjon.⁸²

6.3.2 Bindingsklausul med en midlertidig ansatt

En annen problemstilling som gjelder midlertidige ansatte, men fra et annet perspektiv enn det som er behandlet så langt, er adgangen til videreutdanning for arbeidstaker som er midlertidig ansatt. Vil det i det hele tatt være mulig å tilby videreutdanning i et slikt tilfelle, under forutsetning av at det inngås en bindingsklausul?

De aller fleste midlertidige ansettelser er nettopp ment å være midlertidige, ofte over relativt korte perioder, og det kan da virke rart om arbeidsgiver ønsker å investere i arbeidstakers kompetanseøkning. I slike situasjoner vil en kunne anta at arbeidsgiver ikke vil få utbytte av investeringen. Det at en slik løsning ikke vil være spesielt lønnsom for arbeidsgiver, betyr likevel ikke at det ikke foreligger en slik adgang.

⁸¹ Se Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000), s 1653-1694

⁸² Karnov 2 (2002)

Det som kan tenkes er at arbeidstakeren er midlertidig ansatt da tilbudet kommer, men at bindingstiden vil bli knyttet opp mot en fast stilling. Da fremstår det som klart at det skal være mulig å benytte seg av denne adgangen, også overfor arbeidstakere som er midlertidig ansatt. Her vil det være likhetstrekk til situasjonen der utdannelsen påkostes en som ikke tidligere har vært ansatt i virksomheten. Hvorvidt det er adgang til å avtale bindingstid som knytter seg opp mot en ny midlertidig ansettelse, vil nok være mer tvilsomt. Igjen vil det bli avgjørende om den stillingen det da eventuelt er snakk om vil kunne sies å være midlertidig i henhold til de vilkår loven oppstiller.

6.4 Sanksjoner og reaksjoner når bindingstiden ikke fullføres

Når en av partene i et arbeidsforhold går til oppsigelse eller avskjed i bindingstiden, eller det forekommer et brudd på annet grunnlag,⁸³ foreligger det et kontraktsbrudd. I likhet med andre kontraktsbrudd er det rimelig at det er adgang til å imøtekomme dette med en reaksjon. Det kan tenkes forskjellige former for reaksjoner avhengig av bl.a. når og hvordan bruddet oppstår.

Reaksjonene, eller kanskje det heller skal kalles konsekvensene, som vil bli behandlet her er tilbakebetaling av kostnader, gjeninntreden i tidligere stilling, oppsigelse og avskjed. Det er snakk om svært forskjellige reaksjoner, og i mange tilfeller vil en kanskje ikke tenke på det som en reaksjon i det hele tatt. Grunnen til at jeg kaller dette for reaksjoner er at dette vil kunne bli følgen av at bindingsklausulen ikke holdes. Noen av reaksjonene følger av loven, mens andre kan være avtalefestet i klausulen. Dersom det ikke er avtalt noe på forhånd, kan det tenkes at en kan falle tilbake på for eksempel ulovfestede regler om erstatning i kontraktsforhold.

Selv om det er avtalt hvordan et brudd skal løses, vil det kunne bli spørsmål om dette skal gjelde uansett grunnlag og tidspunkt for bruddet. Rent intuitivt fremstår det som urimelig at alle tilfeller, uavhengig av grunn, skal behandles likt.

Det forutsettes at brudd pga oppsigelse eller avskjed er gyldig i forhold til de krav som stilles i lov, se aml §§ 60 flg og tjml §§ 9 flg, slik at det ikke vil være nødvendig å ta stilling til eventuelle reaksjoner som måtte finne sted i forbindelse med en ugyldig oppsigelse eller avskjed.

6.4.1 Tilbakebetaling av kostnader

I praksis vil det ofte allerede i bindingsklausulen avtales hvordan et eventuelt brudd skal håndteres. Den vanligste løsningen er nok at arbeidstakeren, dersom bruddet skyldes forhold på dennes side, skal tilbakebetale en viss del av det utdannelsen har kostet

⁸³ Se det som er behandlet i pkt 3

arbeidsgiver. Kostnadene kan være direkte forbundet med utdannelsen, eller det kan være stipend eller lønn som er utbetalt i forbindelse med permisjon. Hvor mye som skal tilbakebetales vil avhenge av hvor stor del av bindingstiden som er fullført, men også grunnlaget for bruddet kan ha betydning. Krav om tilbakebetaling kan benyttes ved alle typer brudd, uavhengig av om de medfører at arbeidsforholdet bringes til opphør eller ikke.

Ved tilbakebetalingskravet kan det fastsettes graderte beløp, avhengig av hvor stor del av bindingstiden som gjenstår. Det er ikke rimelig at arbeidstaker må tilbakebetale hele kostnaden dersom arbeidsgiveren har fått et visst utbytte ved at arbeidstakeren for eksempel har fullført 2 av de 3 årene bindingstiden er på. Det må gjøres fradrag for det utbyttet arbeidsgiveren faktisk har hatt. Praktisk sett betyr det at beløpet som skal tilbakebetales vil reduseres fra år til år slik at det vil koste arbeidstakeren mest å slutte rett etter fullført utdanning. Dette kan sies å være hovedregelen, men det kan tenkes tilfeller der det vil virke urimelig at arbeidstaker må betale noe i det hele tatt, selv om det er på det rene at det foreligger et kontraktsbrudd.

Når det gjelder adgangen til å kreve tilbakebetaling fra arbeidstaker ved brudd som skyldes uforutsette omstendigheter har Jakhelln⁸⁴ uttalt:

”slik tilbakebetalingskrav synes altså under enhver omstendighet bare kunne være aktuelt hvor det er temmelig meget å bebreide arbeidstakeren, og vil måtte begrenses til det som anses rimelig”.

Dette er jeg ikke helt enig i. Her syns jeg Jakhelln er for streng mot arbeidsgiver. Selv om det er klart at uforutsette omstendigheter kan få innvirkning på tilbakebetalingskravet, vil det bli for strengt å trekke grenser ved ”meget å bebreide”. Det vil selvfølgelig være av betydning hva som konkret er avtalt og hvordan en tolker grensene i forhold til ”meget å bebreide”, men slik jeg forstår det blir resultatet at arbeidstaker kun kan ilegges et tilbakebetalingskrav dersom opptreden i strid med klausulen var forsettelig. Som jeg kommer tilbake til senere kan det tenkes tilfeller der

⁸⁴ Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1683

arbeidstaker ikke er ”meget å bebreide”, men hvor det likevel antas å være rimelig at arbeidstaker illegges et tilbakebetalingskrav.

Selv om det er avtalt at arbeidstaker skal tilbakebetale kostnader ved fratreden, betyr ikke det nødvendigvis at det er inngått en bindingsklausul. Krav om tilbakebetaling kan avtales som incentivordning⁸⁵ for å få arbeidstakeren til å bli værende. Økonomisk sett vil resultatet bli det samme som når det faktisk foreligger en bindingsklausul, men det vil ikke foreligge et kontraktsbrudd dersom arbeidstakeren velger å si opp.

Arbeidstakeren vil i begge tilfellene tjene på å bli værende så lenge at arbeidsgiveren anser å ha fått tilstrekkelig utbytte av investeringen sin, slik at det ved en eventuell fratreden ikke vil bli snakk om noe tilbakebetalingskrav.

Slik jeg ser det vil det også i andre tilfeller enn ved forsettelig brudd, kunne være grunnlag for å kreve tilbakebetaling hvis fratreden skjer før fullendt bindingstid. Jeg er enig med Jakhelln i at det nok i de aller fleste tilfeller må være noe å bebreide arbeidstaker for å kunne kreve tilbakebetaling, men hvor denne grensen går er vanskelig å si.

Utgangspunkt må være at dersom det foreligger et brudd på klausulen, som ikke skyldes forhold på arbeidsgivers side, vil det være grunnlag for tilbakebetaling. Dersom dette ikke fremstår som rimelig, får en ta vurderingen ut fra de omstendighetene som foreligger. Her er det viktig å huske på at det kan tenkes at arbeidstaker ikke har råd til å betale det arbeidsgiver krever. Lønn og stipend som blir utbetalt under en eventuell permisjon er ment å brukes til kostnader ved livsoppholdet, og vil etter all sannsynlighet være oppbrukt på det tidspunktet tilbakebetaling blir aktuelt. Skulle det bli snakk om å kreve tilbakebetalt kostnader som har hatt en mer direkte sammenheng med utdannelsen, vil dette være kostnader som arbeidstaker ikke har regnet med, og kanskje ikke har råd til å dekke. Ved et rent forsettelig brudd fra arbeidstakers side er det tvilsomt om dette er et moment som kan tillegges særlig vekt. Står en derimot overfor en situasjon der det ikke fremstår som klart at arbeidstaker er fritatt for hele

⁸⁵ Se mer om dette i Tidsskrift for forretningsjus nr.3 (2001) s. 280

tilbakebetalingskravet, kan det få betydning. Igjen er dette noe som må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

6.4.1.1 Arbeidstaker bringer bindingstiden til opphør

Når årsaken til at bindingstiden ikke kan gjennomføres skyldes forhold på arbeidstakers side, vil det fremstå som rimelig at det fremmes krav om tilbakebetaling.

Utgangspunktet er at arbeidstaker har forpliktet seg overfor arbeidsgiver til å bli værende en viss tid, og med det yte en arbeidsinnsats. Ved for tidlig fratreden eller brudd på annet grunnlag, påføres arbeidsgiver et tap siden utbyttet ikke vil stå i samsvar med investeringen. Dersom bruddet, da typisk i form av oppsigelse kommer rett etter endt utdanning, vil tilbakebetaling være helt i tråd med klausulens formål.

Løsningen er imidlertid ikke så enkel som den så langt kan fremstå. Grunnlaget for bruddet kan være av vesentlig betydning ved vurderingen om hvorvidt det kan tenkes unntak fra hovedregelen om tilbakebetaling ved for tidlig fratreden. Jeg velger å dele grunnlagene i to hovedgrupper basert på om avtalebruddet skyldtes forutsette eller uforutsette forhold.

6.4.1.1.1 Forutsette forhold

Med forutsette forhold tenkes det på forhold som arbeidstaker vet om, og til en viss grad kan ha kontroll over. Det vil være opp til arbeidstakeren selv om fratreden før utløpt bindingstid skal skje eller ikke. Typisk eksempel på dette er der arbeidstakers oppsigelse alene skyldes ønske om en ny stilling hos en annen arbeidsgiver. Dette er helt klart forhold som faller inn under det klausulen er ment å verne om. Oppsigelse på dette grunnlaget vil utgjøre et klart brudd på klausulen, og vil gi grunnlag for tilbakebetalingskrav. Dette er nok lite problematisk, og sannsynligvis vil verken arbeidsgiver eller arbeidstaker anse dette som en urimelig løsning. I praksis opplever en ofte i slike situasjoner at arbeidstakeren er så attraktiv på arbeidsmarkedet at den nye arbeidsgiveren er villig til å betale det det måtte koste å få arbeidstakeren fri fra bindingsklausulen.

Like klart vil det være grunnlag for et tilbakebetalingskrav der arbeidstaker avslutter utdanningen før denne er fullført, jf 3.3.1.

Siden en bindingsklausul ikke kan forhindre en oppsigelse⁸⁶ eller andre former for brudd på bindingsklausulen, vil det være en fordel om det er avtalt en løsning for hvordan et eventuelt brudd skal håndteres. En god avtale vil forhindre at saken trekker ut i tid og blir kostbar. Samtidig vil arbeidstaker vite at det er mulig å trekke seg ut, forutsatt at tilbakebetaling skjer. En slik løsning fører i all hovedsak til at ingen av partene påføres et direkte økonomisk tap, selv om det forventede utbyttet ikke oppnås. Arbeidstakeren kommer seg fri fra arbeidsforholdet, og arbeidsgiver får ved tilbakebetalingen kompensert for de direkte kostnadene som utdannelsen påførte arbeidsgiveren. Det er derfor ingen grunn til å problematisere dette ytterligere.

Er det derimot ikke fastsatt hvordan et brudd skal løses, vil en falle tilbake på det som partene finner rimelig, eller benytte seg av reglene om erstatning i alminnelig kontraktsrett. Her vil det ha stor betydning hvorvidt det foreligger uuttalte, men likevel forholdsvis klare forutsetninger om hvordan bruddet skal håndteres. Samtidig vil partenes handlemåte kunne tillegges betydning.

6.4.1.1.2 Uforutsette forhold

Av og til oppstår det situasjoner som arbeidstakeren ikke har kontroll over, og hvor eneste løsning er oppsigelse (fratreten) eller avbrytelse av utdannelsen. Det kan for eksempel være familiære forhold som gjør at arbeidstaker må flytte og dermed ikke har noen mulighet til å fullføre bindingstiden.

Spørsmålet blir hvilke konsekvenser et brudd vil få når det skjer på et slikt grunnlag. Uansett grunnlag vil det foreligge et kontraktsbrudd som skyldes forhold på arbeidstakers side. Det sentrale blir om grunnlaget for bruddet kan føre til at tilbakebetalingskravet faller helt bort, eller blir noe redusert i forhold til det en ville kreve dersom bruddet hadde grunnlag i forutsette forhold.

⁸⁶ Se pkt 3.1.

Som allerede nevnt i innledningen til dette punktet, virker det urimelig at arbeidstaker skal være nødt til å betale like mye uavhengig av årsaken til bruddet. Teoretisk sett vil det alltid finnes en løsning som gjør at hele bindingstiden kan fullføres, men spørsmålet blir hvor mye en kan kreve av arbeidstakeren i en slik situasjon. En annen måte å se dette på er hvem som har risikoen for at uforutsette forhold kan inntre.

Intuitivt fremstår det som klart at arbeidstaker ikke kan straffes like hardt uavhengig av om bruddet skyldtes forutsette eller uforutsette forhold. Det vil virke urimelig hardt dersom arbeidstaker blir pålagt et tilbakebetalingskrav i en situasjon der det å gjennomføre bindingstiden ikke fremstår som et reelt valg. Det er likevel viktig ikke å miste av syne formålet med klausulen og hensynene bak den.

Er det rimelig at arbeidsgiver må betale for alle brudd som arbeidstaker ikke er direkte skyld i, eller i hvert fall ikke har fremprovosert eller begått forsettelig? Selv om en ofte sier at arbeidsgiver er nærmest til å bære kostnadene ved uforutsette hendelser, er det ikke tvil om at en slik løsning i verste fall kan bli svært kostbar for arbeidsgiver. Dårlige erfaringer fra tidligere forsøk kan føre til at arbeidsgiver ikke lenger ønsker eller tør å gå inn på slike avtaler, noe begge parter vil tape på i lengden.⁸⁷

Et veldig viktig moment ved vurderingen av konsekvenser i slike tilfeller er arbeidstakers lojalitet i forhold til arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker har vært åpen rundt forholdet helt fra det ble kjent, er dette noe som må tale i dennes favør. Arbeidsgiver er da gitt en mulighet til å innrette seg etter situasjonen før den faktisk oppstår. Det at uforutsette forhold gjør at bindingstiden ikke kan fullføres, betyr nødvendigvis ikke at det er snakk om forhold som for eksempel fører til øyeblikkelig fratreden. Det kan være at det foreligger nok tid til at partene kan komme frem til en best mulig løsning av problemet for å forhindre størst mulig tap hos begge parter.

Kostnadene som allerede er pådratt, vil lojalitet ikke kunne gjøre noe med, men arbeidstakers innstilling bør likevel ha betydning. Så lenge arbeidstaker ikke kan

⁸⁷ Sml drøftelsen i pkt 3.4.6. om svangerskapspermisjon og sykdom

oppfylle bindingsklausulen, vil det være et positiv moment at denne prøver å forebygge eventuelle skader og tap så godt det lar seg gjøre. En motsatt situasjon kan tenkes der arbeidstaker, før utdannelsen er fullført, vet det har oppstått forhold der oppsigelse er den eneste løsningen, men velger å holde tett om dette inntil utdannelsen er fullført. Her føres arbeidsgiver bak lyset ved at det påløper kostnader som kunne vært unngått dersom forholdene var blitt gjort kjent. Dette er et moment som retten la vekt på i NAD-1981-83-222.

Tilfellet her var at arbeidstaker, som hadde bestemt seg for å slutte, lot virksomheten gå til innkjøp av verktøy, en likretter, for at han skulle få fullføre kurset sitt. Arbeidstaker hadde på dette tidspunkt ikke gitt arbeidsgiver beskjed om at han skulle slutte rett etter bestått eksamen, selv om det var en uttalt forutsetning at den gjensidige oppsigelsesfristen var forlenget pga kurset. Angående denne fortielsen uttalte retten: "B burde ha gitt klar beskjed om at han tenkte å slutte slik at bedriften under denne forutsetning fikk vurdere om de skulle gå til innkjøp av likretteren eller ikke. Retten vil karakterisere denne fortielsen som et klart brudd på det redelighetskrav og det tillitsforhold som må bestå på enhver arbeidsplass".

Selv om denne saken ikke gjaldt tilbakebetalingskrav eller annen form for sanksjon, kan den likevel være illustrerende i det at tilbakeholdelse og fortielse av informasjon anses som illojalt. Slik oppførsel kan gi grunnlag for en reaksjon, i hvert fall så lenge det er en klar forutsetning om at arbeidstaker skal bli værende i bedriften etter fullført utdanning/kurs.

Momentet angående lojalitet kommer også frem når en ser på bindingsklausulens formål, som er å beskytte arbeidsgiver mot utnyttelse. Dersom bruddet ikke har noe som helst grunnlag i "utnyttelsestanken", vil det kanskje ikke være like stort grunnlag for å beskytte arbeidsgiver. På den annen side er det viktig å huske på at arbeidsgivers kostnader forbundet med utdannelsen vil bli den samme uansett grunnlag. Arbeidsgivers utbytte av investeringen vil ikke bli noe bedre selv om arbeidstaker har de beste grunner for å slutte.

Som tidligere nevnt blir dette et spørsmål om hvem som er nærmest til å bære risikoen. Fremstillingen så langt viser momenter som trekker i begge retninger. I forbindelse med et brudd vil begge parter kunne lide tap. I likhet med det som er behandlet tidligere, blir

det viktig å finne frem til en løsning som kan anses som rimelig, og som så langt det er mulig ivaretar begge parters interesser. Det at en til syvende og sist ender opp med en rimelighetsvurdering, er noe som kjennetegner alle problemstillingene som dukker opp i forbindelse med bruken av bindingstid.

Frem til nå er det lagt vekt på at formålet med bindingsklausuler er å hindre at arbeidsgiver blir utnyttet, noe som har tett sammenheng med lojalitetshensynet. Inn under dette kommer også arbeidsgivers økonomiske tap. Konsekvensen av utnyttelsen, eller generelt alle brudd, er nettopp at arbeidsgiver blir påført kostnader uten å få noe utbytte av det. Rent økonomisk vil årsaken til bruddet ikke spille noen rolle for arbeidsgiver. For arbeidstaker vil det derimot ha betydning å finne ut om det er forhold som kan påvirke tilbakebetalingskravet.

Selv om det kan sies å være et økonomisk hensyn bak det hele, vil jeg ikke være strengere enn å si at grunnlaget til bruddet kan ha betydning. Så lenge arbeidstaker kan gjøre det klart at oppsigelsen skyldtes uforutsett forhold, burde det tillegges vekt. Som nevnt ovenfor vil en i denne sammenheng kunne gjøre et poeng ut av hva arbeidstaker har foretatt seg for å begrense arbeidsgivers tap.

Selv om arbeidstaker ikke har annet valg enn oppsigelse, vil det i tiden forut for dette ha betydning hvordan situasjonene er blitt håndtert. Det er ikke nødvendigvis tilstrekkelig for å få innvirkning på tilbakebetalingskravet at det oppstår en situasjon arbeidstaker ikke har kontroll over. Det vil også ha betydning om omstendighetene har vært uforutsette rent objektivt. At arbeidstakeren på grunn av dårlig oppmerksomhet ikke klarte å forutse det som skjedde, vil ikke være tilstrekkelig dersom det ved enkle grep hadde vært mulig å finne ut av det på et mye tidligere tidspunkt.

Så langt har fremstillingen tatt for seg forhold utenfor arbeidsplassen som fører til brudd på bindingsklausulen. Det en så kan spørre seg om, er hva som vil bli resultatet dersom det er forholdene på arbeidsplassen som gjør at en handling fra arbeidstakers side medfører brudd, for eksempel ved at arbeidstaker går til oppsigelse fordi denne finner de sosiale forholdene uholdbare.

Aml stiller strenge krav til arbeidsmiljøet, også det som går på det mellommenneskelige plan, se bl.a. § 12 nr 1 som sier at "Arbeidstakerne skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden" og det skal gis "rimelig mulighet for faglig og personlig utvikling". Det er arbeidsgiver som har hovedansvaret for at dette overholdes, jf § 14 (1), men også arbeidstakers forhold kan påvirke. Så lenge arbeidstaker har opptrådt på en lojal og samarbeidsvillig måte, kan oppsigelse på dette grunnlaget ikke sies å skyldes forhold på arbeidstakers side. Rt 1997.1506⁸⁸ gir uttrykk for at bestemmelsene i aml er skjønnsmessige og at det derfor i stor grad må foretas en helhetsvurdering av den aktuelle situasjonen før en kommer til en konklusjon. Det fremstår likevel ikke som tvilsomt at det er arbeidsgiveren som er den nærmeste til å bære risikoen. Til syvende og sist er det arbeidsgiver som har en særlig plikt til å medvirke til at forholdene bedres.⁸⁹

Generelt sett kan en nok si at dersom oppsigelsesgrunnen ikke er rent egoistiske eller med et ønske om å utnytte arbeidsgivers gode intensjoner, vil dette være forhold som taler for å vurdere størrelsen på tilbakebetalingskravet. Igjen faller en tilbake til en risiko og rimelighetsvurdering. Det blir også spørsmål om hvilken part som har størst behov for beskyttelse ut over det som allerede er avtalt. Vurdering her vil ikke gå på hvorvidt avtalen om tilbakebetaling i seg selv er rimelig, men hva som vil være rimelig i forhold til den avtalen som allerede foreligger. Brudd på bindingsklausulen vil i enkelte tilfeller være uunngåelig, og det vil hende at en oppsigelse vil måtte finne sted uten at noen av partene kan bebreides. Så lenge ønsket om å oppfylle klausulen er til stede, men praktiske omstendigheter gjør dette tilnærmet praktisk umulig, er det noe det må tas hensyn til.

6.4.1.2 Arbeidsgiver bringer bindingstiden til opphør

Når arbeidsgiver bringer bindingstiden til opphør, oppstår det to forskjellige problemstillinger. Resultatet vil kunne bli forskjellig avhengig av om det er forhold på

⁸⁸ Saken gjelder opphør av arbeidsforhold pga vanskelige arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstakere. Arbeidsgivers måte å håndtere forholdet på førte til et alminnelig dårlig arbeidsmiljø.

⁸⁹ Rt 1997.1506

arbeidsgivers eller arbeidstakers side som er grunnlaget for opphøret. Når det gjelder oppsigelse følger det klart av aml § 60 at forhold på begge parter side kan gi grunnlag for en saklig oppsigelse, og fremstillingen foran viser at et brudd kan skyldes begge partene i arbeidsforholdet.

6.4.1.2.1 Forhold på arbeidsgivers side

Det første en kan se på er når bruddet skyldes forhold på arbeidsgivers side. Herunder vil det også bli sett på forhold begrunnet ut fra virksomheten. Når det gjelder oppsigelse skiller aml § 60 (1) mellom virksomhetens og arbeidsgivers forhold. Dette skillet vil ikke opprettholdes i fremstillingen her da det i de aller fleste tilfeller vil være arbeidsgiver som er ansvarlig for virksomhetens forhold, og det vil sann sett bli det samme hvor en velger å plassere problemet. Dette er det også gitt uttrykk for i juridiske fremstillinger av oppsigelser.⁹⁰ Det sentrale her er at det ikke er forhold på arbeidstakers side som utløser oppsigelsen.

Dersom bruddet skyldes arbeidsgiver, vil det ikke være rimelig at arbeidstaker skal kunne bli pålagt et tilbakebetalingskrav fordi bindingstiden ikke bli fullført. Selv om arbeidsgiver ikke vil få det forventede og ønskede utbyttet av arbeidstakerens utdanning, er ikke dette et tap som kan veltes over på arbeidstaker. Så sant det er forhold på arbeidsgivers side som fører til bruddet, er det arbeidsgiver selv som må bære risikoen for det tap dette måtte medføre. Det vil virke svært urimelig dersom arbeidstaker skal bli økonomisk ansvarlig for arbeidsgivers opptreden. Selv om arbeidsgiver ikke kan sies å ha direkte skyld i bruddet, er det likevel her risikoen vil ligge for at forutsetningene for gjennomføringen av bindingstiden er til stede.

Det kan spørres om det at arbeidstaker til tross for en bindingsklausul blir sagt opp, kan medføre en eller annen form for kompensasjon fra arbeidsgiver. Det er på det rene at bindingsklausulen ikke medfører noen rett for arbeidstaker, selv om det foreligger et forventnings- og innrettelsesmoment.⁹¹ Ved oppsigelse eller avskjed står ikke en

⁹⁰ H. Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 312

⁹¹ Se pkt 3.1.2.

arbeidstaker med bindingstid rettslig sett sterkere enn enhver annen ansatt. Selv om arbeidstakeren har forpliktet seg overfor arbeidsgiveren, og med det kanskje gitt avkall på andre og bedre jobbmuligheter, er dette kompensert for gjennom finansieringen av utdannelsen.

6.4.1.2.2 Forhold på arbeidstakers side

Av og til vil arbeidsgiver føle at ting ikke fungerer som det skal, og at arbeidstaker opptrer på en slik måte at virksomheten ikke lenger ser det mulig eller ønskelig å fortsette arbeidsforholdet. Det kan være at arbeidstakeren kommer for sent, ikke gjør det avtalte arbeidet, ikke følger instruksjoner osv. I slike tilfeller vil oppsigelsen skyldes forhold på arbeidstakers side. Selv om det er arbeidsgiver som tar det endelige skrittet ved å gå til oppsigelse, og sånn sett er den som formelt foretar seg den handlingen som utløser bruddet på klausulen, vil utfallet bli et annet enn det som ble konklusjonen i 6.4.1.2.1.

Her er det arbeidstakers opptreden som gjør at bindingstiden ikke kan fullføres. Det er arbeidstaker som ikke overholder det avtalte, og det foreligger dermed et mislighold. På mange måter vil dette tilsvare situasjonen beskrevet i 3.3.1. I begge tilfeller blir resultatet at arbeidstakers opptreden fører til at arbeidsgiveren ikke får det utbytte som bindingsklausulen ga grunn til å forvente. Selv om det faktisk er arbeidsgiveren selv som finner ut at bindingstiden må avbrytes, vil det være urimelig å kreve at arbeidsgiver blir ansvarlig for tap forårsaket av forhold på arbeidstakers side. Det tenkes her på det som foran er beskrevet som forutsette forhold. Skulle arbeidsgiver ønske å avslutte arbeidsforholdet pga uforutsette forhold på arbeidstakers side, må utfallet baseres på en rimelighetsvurdering.

Så lenge det er klart at grunnlaget for arbeidsgivers handling skyldtes forhold på arbeidstakers side, vil arbeidstaker kunne bli ilagt et tilbakebetalingskrav. Dersom arbeidstaker ikke klarer å overholde det som en med rimelighet kan kreve ved gjennomføring av avtalen, vil årsaken til dette være av mindre betydning så lenge det er klart at bruddet faktisk kan begrunnes i arbeidstakers forhold. Arbeidstaker må derfor tilbakebetale det som måtte følge av avtalen eller finnes rimelig i det enkelte tilfellet.

6.4.2 Gjeninntreden i stilling

Den mest hyppige formen for brudd på bindingsklausulen er nok fratreden ved oppsigelse eller avskjed, og den reaksjonen som er oftest benyttet, vil være krav om tilbakebetaling av kostnader forbundet med utdannelsen. Som vist tidligere finnes det situasjoner som medfører brudd på bindingsklausulen, men hvor arbeidsforholdet ikke automatisk opphører av den grunn. Tilbakebetaling av kostnader er en sanksjon som kan benyttes ved alle former for kontraktsbrudd, men i de tilfellene der arbeidsforholdet ikke opphører, kan en tenke seg at andre reaksjonsformer også kan benyttes.

Gjeninntreden i tidligere stilling vil kunne være en konsekvens spesielt i de tilfeller der det er vanskelig å bebreide arbeidstaker for at bindingsklausulen ikke kan oppfylles. Dette vil i all hovedsak kun bli en problemstilling der bruddet skjer før utdannelsen er fullført, se pkt 3.3.1, eller der det kommer en oppsigelse i prøvetiden, se pkt 6.2.2. Bruddet medfører at forutsetningene for bindingstiden ikke lenger er til stede, og at bindingsklausulen bortfaller. Følgen av dette er at en må falle tilbake på det underliggende arbeidsforholdet.

Gjeninntreden kan ikke kreves før dette er praktisk mulig. Det kan for eksempel være at et vikariat må avvikles før gjeninntreden slik at arbeidsgiver ikke påføres dobbelte lønnsutgifter.⁹²

6.4.3 Oppsigelse

Det kan tenkes at arbeidstakers oppførsel i forbindelse med bruddet på bindingsklausulen antas å være så alvorlig at arbeidsgiver av den grunn ønsker å gå til oppsigelse etter aml § 60 eller tjml §§ 9 og 10. Kravet til saklig grunn er ganske strengt, og det skal forholdsvis mye til før arbeidstakers oppførsel kan sies å oppfylle dette. Et mulig grunnlag kan være at arbeidstakers holdninger i forhold til utdannelsen har vært av en slik karakter at arbeidsgiver antar at dette vil få følger for det fremtidige

⁹² Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier bind III* (2000) s. 1678

arbeidsforholdet. Det kan være at tillits- og lojalitetsforholdet er blitt så svekket at arbeidsgiver på grunn av dette ikke lenger ønsker å ha vedkommende som arbeidstaker. Hvor mye som skal til før en kan si at det foreligger så alvorlige tilfeller at oppsigelse kan være et alternativ, kan det ikke gis noe konkret svar på. Det vil bl.a. kunne avhenge av hva slags arbeid som skal utføres, og om arbeidstaker burde skjønne at dennes innstilling og holdninger ikke var akseptable og dermed kunne få videre følger.

6.4.4 Avskjed

Som nevnt i fremstillingens pkt 3.2 er avskjed en alvorlig reaksjon, og vilkårene for å benytte seg av denne adgangen er derfor strenge, jf aml § 66 og tjml § 15. I all hovedsak vil avskjed kunne benyttes der det foreligger et vesentlig mislighold av arbeidsforholdet. Selv om bindingsklausulen er en del av arbeidsavtalen, skal det veldig mye til før en kan si at et mislighold av denne klausulen alene vil utgjøre et vesentlig mislighold av hele arbeidsforholdet.

Det kan tenkes i hvert fall en situasjon som kan medføre avskjed. Det vil være der arbeidstaker har opptrådt på en slik måte at det ikke bare utgjør et kontraktsbrudd, men hvor det også kan karakteriseres som et brudd på lojalitetsplikten som er en nødvendighet i arbeidsforholdet.⁹³ Her vil reaksjonen ikke bare gjelde overfor selve bruddet på bindingsklausulen, men over arbeidsforholdet som et hele.

⁹³ Jf NAD-1981-83-222 som er nærmere behandlet i pkt 4.1.2

