

BONUS I ARBEIDSFORHOLD

TYPER, RETTIGHETER, VIRKNINGER OG RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER

Kandidatnummer: 543
Leveringsfrist: 27.04.2009

Til sammen 16.765 ord

22.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn for bonus som tema i oppgaven	1
1.2	Problemstilling	1
1.3	Avgrensninger	2
1.4	Begrepet "bonus"	2
1.5	Rettskilder	3
1.6	Den videre fremstillingen i oppgaven	6
<u>2</u>	<u>LØNSSYSTEMER OG BONUS</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	Generelt om lønssystemer	7
2.3	Nærmere om bonus	8
2.4	Eksempler på bonusordninger	8
2.4.1	"Virksomhetsbaserte bonusordninger"	9
2.4.2	"Individuelle eller teambaserte bonusordninger"	9
2.4.3	"Oppstartsbonus"	9
2.4.4	"Lojalitetsbonus"	10
2.4.5	"Diskresjonær bonus"	10
<u>3</u>	<u>GRUNNLAG FOR BONUSUTBETALING</u>	<u>10</u>
3.1	Innledning	10
3.2	Bonus i henhold til tariffavtale	11

3.3	Bonus i henhold til individuell avtale	12
3.4	Bonus på ikke-avtalefestet grunnlag	13
4	<u>BONUSAVTALERS RETTSLIGE STILLING</u>	14
4.1	Innledning	14
4.2	Bonusavtaler i forhold til avtaleloven § 36	14
4.3	Endring av bonusavtale fra arbeidsgivers side	15
4.4	Bonusavtalens stilling i virksomhetsoverdragelse	18
4.4.1	Virksomhetsoverdragelse	19
4.4.2	Bonusordningers stilling i virksomhetsoverdragelse	20
4.4.3	Bonus i henhold til tariffavtale og virksomhetsoverdragelse	24
4.5	Bonus i konkursforhold	25
4.5.1	Dividendeprioritet og bonus	25
4.5.2	Lønnsgaranti	27
4.6	Bonus og avslutning av arbeidsforhold	27
4.6.1	Bonus i oppsigelsestiden	27
4.6.2	Bonus ved urettmessig avskjed eller oppsigelse	29
4.7	Bonus under permisjon	32
4.7.1	Permisjon	32
4.7.2	Permisjon i forbindelse med fødsel	32
5	<u>UTVALGTE RETTSOMRÅDER - I HVILKE BEREGNINGSGRUNNLAG INNGÅR BONUS?</u>	38
5.1	Innledning	38
5.2	Feriepenger	38
5.3	Skatt	41

5.4	Arbeidsgiveravgift	43
5.5	Ytelser etter folketrygdloven	43
5.5.1	Alderspensjon	44
5.5.2	Dagpenger	44
5.5.3	Sykepenger	45
5.6	Delingsoppgjør ved skilsmisse	46
5.6.1	Skjevdeling	47
5.6.2	Skjæringstidspunkt	48
6	<u>RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER RUNDT BONUS</u>	49
6.1	Innledning	49
6.2	Bonus og arbeidsmiljø	49
6.2.1	Krav til forsvarlig arbeidsmiljø	49
6.2.2	Forbud mot prestasjonslønn ved risikofylt arbeid	51
6.3	Bonus og aldersdiskriminering	53
6.4	Minstelønnskrav og bonus	54
7	<u>KILDEREGISTER</u>	A
7.1	Lov- og forarbeidsregister	A
7.2	Domsregister	E
7.3	Litteraturliste	F

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for bonus som tema i oppgaven

Bonus er et svært dagsaktuelt tema. Det siste året har forskjellige typer saker om bonus jevnlig vært omtalt i media. Den store interessen har hatt sammenheng med den historiske høykonjunkturen i norsk økonomi som nådde toppen i 2008, etterfulgt av den alvorlige finanskrisen som traff det norske markedet høsten samme år.

Bonus er dessuten en stadig tiltagende belønningsform. Statistisk Sentralbyrå gjennomførte i 2007 en studie med tittelen "Bonus - hvor mye og til hvem?" basert på Statistisk Sentralbyrås årlige lønnsstatistikk for alle ansatte i Norge i perioden 1997-2005. Det fremgår der som et klart trekk at stadig flere mottar bonus, og at bonusene har økt i størrelse. Andelen heltidsansatte i privat sektor med bonus har steget fra 18 % i 1997 til omtrent 28 % i 2005. Samtidig har gjennomsnittlige bonuser økt med 68 % mens den generelle lønnsveksten var på 45 %. Det er grunn til å tro at denne økende trenden har vedvart også for årene etter undersøkelsen.¹

1.2 Problemstilling

Problemstilling for oppgaven er bonus i arbeidsforhold - typer, rettigheter, virkninger og rettspolitiske betraktninger.

¹ Statistisk Sentralbyrå (2007) s. 3

1.3 Avgrensninger

I oppgaven tar jeg hovedsakelig for meg bonusordninger hvor det er penger som kommer til utbetaling. Oppgaven avgrenses derfor i utgangspunktet mot utbetalingsmidler av annet slag, som aksjer, opsjoner og andre naturalia, men en sporadisk omtale foreligger i et par av oppgavens tema. Det er altså ikke gitt en uttømmende fremstilling i forhold til alle typer utbetalingsmidler.

Videre begrenses oppgaven til å gjelde arbeidsforhold som omfattes av lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter aml.). I henhold til aml. § 1-2 første ledd gjelder denne loven som hovedregel for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker. Med "arbeidstaker" menes det i følge aml. § 1-8 "enhver som utfører arbeid i annens tjeneste". Av dette kriteriet følger det at problemstillinger om for eksempel selvstendige oppdragstakere og freelancere vil falle utenfor oppgaven. Jeg har heller ikke prioritert å se på regler om bonus i forhold til lov om handelsagenter og handelsreisende av 19. juni 1992 nr. 56, som har egne regler om provisjon og avgangsvederlag.² Spørsmål om regler etter denne loven kan anvendes analogisk på andre typer salgsforhold er derfor heller ikke drøftet.

Det finnes mye forskning og kilder på strategiske valg av bonusordninger i forhold til bedrifters målsetninger. Mye materiale er også produsert i lys av psykologiske og sosiale virkninger av bonusordninger. Temaene er ikke behandlet i særlig grad da de ikke er av utpreget juridisk karakter.

1.4 Begrepet "bonus"

Begrepet "bonus" står sentralt i oppgaven. Bonus kan typisk være en prestasjonsavhengig belønning som utbetales i forhold til oppnådde resultater på individ- eller foretaksnivå. Det er imidlertid flere forskjellige oppfatninger av begrepets innhold, og en generell definisjon

² Problemstillingen ble nevnt i Henning Jakhellns forelesning i valgfag arbeidsrett høsten 2008

kan ikke oppstilles. Hva som nærmere bestemt legges i begrepet i denne oppgaven vil fremgå av kapittel 2.

1.5 Rettskilder

Rettskildebildet for bonus i arbeidsforhold er nokså sammensatt. Det er hovedsakelig arbeids- og avtalerettslige regler som kommer til anvendelse. Det finnes imidlertid ingen lov som helt konkret regulerer bonus i arbeidsforhold. Likevel er det flere lover som har bestemmelser som vil gjelde også i forhold til bonus. Arbeidsmiljøloven er den mest sentrale lov i så måte. Andre lover av relevans er blant andre lov om ferie av 29. april 1988 nr. 21 (heretter ferieloven), lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45 (heretter likestl.), lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (heretter ftrl.) og lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv. av 14. desember 1973 nr. 61 (heretter lgl.).

Forarbeidene til de aktuelle lovene er relevant i arbeidsretten. For de fleste problemstillinger i forhold til bonus er det imidlertid relativt sparsomt med omtale i forarbeidene.

Arbeidsrettens regler bærer stort preg av internasjonalt samarbeid. Norge har ratifisert et betydelig antall konvensjoner på området. Eksempler er EMK³, SP⁴, ØSK⁵ og CEDAW⁶ og forskjellige ILO-konvensjoner⁷, som alle regulerer arbeidsforhold i varierende grad. I tillegg til forskjellige konvensjoner er EØS-avtalen⁸ av vesentlig betydning for arbeidsforhold. Norge er gjennom lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. av 27. november 1992 nr. 109 (heretter EØS-loven) bundet til EØS-avtalen. Avtalen inneholder blant annet regler om fri bevegelighet av arbeidskraft mellom EØS-landene, arbeidsmiljø, likebehandling,

³ Den Europeisk menneskerettighetskonvensjon

⁴ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter

⁵ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

⁶ FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner

⁷ The International Labour Organization

⁸ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 2. mai 1992

arbeidskontrakter, virksomhetsoverdragelse og oppsigelsesvern. EF-domstolens tolkningsuttalelser fram til undertegningen av EØS-avtalen skal i henhold til EØS-loven og art. 6 i hoveddelen av EØS-avtalen tillegges vekt. EF-domstolens tolkningsuttalelser etter dette tidspunkt skal imidlertid også tillegges stor vekt. Dette følger av rettspraksis.⁹ I tillegg er EFTA-domstolens tolkningsuttalelser viktige rettskilder, selv om domstolenes uttalelser er rådgivende og ikke bindende for de nasjonale domstoler i følge ODA-avtalen¹⁰ art. 34 og art. 3 nr. 2. Jeg har imidlertid heller ikke i de internasjonale forpliktelsene Norge er bundet av funnet noen eksplisitte bestemmelser om bonus, men flere konvensjoner og bestemmelser vil gjennom tolkning regulere bonusforhold.

Rettspraksis er også i arbeidsretten en sentral rettskildefaktor. Generelt sett er rettspraksis av vesentlig betydning for det nærmere innhold av en rekke arbeidsrettslige regler. I forhold til bonus foreligger det imidlertid svært lite rettspraksis, og ikke en eneste høyesterettsdom har dette som hovedtema, men kun som underproblemstilling. Dette er med på å gjøre bonus til et vanskelig juridisk område med uavklarte problemstillinger. Rettspraksis på arbeidsrettens felt er spesiell da det er et to-sporet prosesssystem. I aml. § 17-1 fremgår det at tvister som gjelder de individuelle arbeidsforhold som utgangspunkt skal behandles av de alminnelige domstoler etter regler i lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 og lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17. juni 2005 nr. 90. Aml. kapittel 17 fastsetter også en del prosessuelle særregler for behandling av søksmål, blant annet for tvister i forbindelse med et arbeidsforholds opphør. Tvister som gjelder tariffavtalers gyldighet, forståelse eller beståen, og krav som grunner seg på tariffavtaler, skal derimot behandles i en egen domstol, Arbeidsretten, i henhold til lov om offentlige tjenestetvister av 18. juli 1958 nr. 2 (heretter tjtv.) § 24 og lov om arbeidstvister av 5. mai 1927 nr. 1 (heretter arbtvl.) § 7. Følgelig vil både avgjørelser fra Høyesterett og Arbeidsretten være veiledende faktorer for løsning av rettsspørsmål om bonus.

⁹ Rt. 1997 s. 1954

¹⁰ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, ODA-avtalen

Mange arbeidsrettslige bestemmelser gir henvisning til at det nærmere innholdet i bestemmelsen kan bli regulert i forskrift. I forhold til bonus vil imidlertid ingen bestemt forskrift være veldig sentral.

Det finnes heller ikke mye relevant juridisk litteratur om bonus i arbeidslivet, verken norsk eller utenlandsk. Noen forfattere omtaler bonusforhold som et problematisk felt i tilknytning til spesifikke problemstillinger, men gir ikke i særlig grad noen anvisning på løsning. Noe utfyllende bilde over bonus i arbeidsforhold er altså ikke å finne i litteraturen.

Rundskriv kan også belyse rettstilstanden. Bonus omtales imidlertid også i rundskriv kun i korte ordelag, og kun i forhold til enkelte problemstillinger.

Sedvane og praksis har også betydning for det nærmere innhold av rettigheter og plikter i arbeidsforhold, og vil kunne være avgjørende i forhold til spørsmål om bonus hvor ikke annet er avtalt eller følger av regelverk.

Som det fremgår er det nokså begrenset med rettskilder å forholde seg til når det kommer til bonus. For en del bonusspørsmål vil man derfor ikke finne konkrete svar ut fra de ovenfor nevnte rettskilder. I oppgavens problemstillinger hvor dette er tilfellet, vil det derfor argumenteres med reelle hensyn for å finne løsningen som har de beste grunner for seg.

Ellers er det særegent for arbeidsretten at store deler av arbeidslivet er underlagt tariffavtaler. Disse spiller en vesentlig rolle både for partenes gjensidige rettigheter og plikter i et arbeidsforhold, og for forholdet mellom tariffavtalens parter. Det vises til punkt 3.2 i oppgaven om dette. Den individuelle arbeidsavtalen vil dessuten være avgjørende for arbeidsforholdet. Dette vil bli nærmere omtalt i punkt 3.3.

1.6 Den videre fremstillingen i oppgaven

I oppgaven vil jeg i kapittel 2 gi en mer detaljert oversikt over hva bonus er, etterfulgt av eksempler på bonusordninger. Deretter fokuseres det i kapittel 3 på rettslige grunnlag for bonus, og på hvordan disse grunnlagene kan endre seg eller helt bortfalle i kapittel 4.

Videre tar jeg for meg forskjellige rettsområder knyttet opp mot arbeidstakers situasjon i kapittel 5, hvor det avgjørende er å bestemme om bonusutbetalinger skal inngå i beregning av aktuelle ytelser på de forskjellige områdene. Til sist følger det i kapittel 6 en del av mer rettspolitisk karakter, med større innslag av egne vurderinger enn ellers i oppgaven.

Forskjellige hensyn og konsekvenser av bonus omtales, og vurderes opp mot gjeldende rett.

2 Lønssystemer og bonus

2.1 Innledning

Det finnes mange forskjellige lønns- og bonussystemer. Utgangspunktet er at det er opp til arbeidsgiver, i kraft av styringsretten¹¹ og prinsippet om avtalefrihet å bestemme hvordan de ansatte skal belønnes. Arbeidstager må imidlertid ved ansettelsen ha godtatt disse betingelsene, og i noen tilfeller vært med på å fremforhandle dem. I det store bildet er det likevel arbeidsgiver som legger føringene. Dette gjelder både for hva slags lønssystem bedriften skal benytte seg av, og om arbeidsgiver ønsker å ha en bonusordning for arbeidstakerne, og dessuten hvilke ansatte som eventuelt skal inkluderes i ordningen. I punktene 2.4.1 - 2.5.6 gis det eksempler på noen typer bonusordninger.

Lønns- og bonussystemet må likevel være innenfor visse rammer. Avtalefriheten begrenses av generalklausulen i § 36 i lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer av 31. mai 1918 nr. 4 (heretter avtl.), som helt eller delvis kan sette en avtale til side dersom det vil være urimelig å gjøre den gjeldende. Arbeidsmiljøloven setter

¹¹ Se punkt 4.3

videre forbud mot forskjellsbehandling i arbeidslivet og stiller krav til et forsvarlig arbeidsmiljø. Dette kommer jeg tilbake til i punkt 6.2. Utover dette har lovgiver ikke oppstilt særskilte begrensninger for hvordan en arbeidstaker skal belønnes. Arbeidsgiver har altså et betydelig spillerom for å opprette ulike lønns- og bonussystemer.

2.2 Generelt om lønssystemer

”Lønssystem” kan brukes som et samlebegrep om de metoder og prinsipper som arbeidsgiver anvender for å kompensere for arbeidstakers arbeidsytelser. Lønssystemene kan grovt inndeles i to, enten tidsbaserte eller prestasjonsbaserte.¹² Måles lønnen ut fra et tidsbasert system, fastsettes den på grunnlag av tidsenheter, for eksempel antall timer eller måneder. Har den ansatte arbeidet 10 timer, har vedkommende i så fall krav på betaling for disse. Dette innebærer at lønn ikke er betinget av at et spesielt resultat er oppnådd i løpet av denne tiden, men at man har stilt sin arbeidskraft til disposisjon i et gitt tidsrom.

For prestasjonslønnssystemer er det resultatet som er det avgjørende. Da er det for eksempel antall enheter som er produsert eller solgt som er målet for lønnen. Akkordlønn og provisjonslønn er kjente eksempler. Det er antatt at arbeidstakere som er omfattet av et prestasjonslønnssystem får en noe større risiko forbundet med lønnen enn arbeidstakere som er omfattet av et tidsbasert lønnssystem.¹³ Grunnen til dette vil være at man sjelden på forhånd kan vite om man vil klare å oppnå de resultatene som kreves for at bonuskrav utløses.

Det er imidlertid ikke vanntett skott mellom de to lønssystemene. I mange tilfeller finnes det elementer av både tidslønn og prestasjonslønn. Prestasjonslønnssystemer sikrer for eksempel ofte arbeidstakerne med en viss minstelønn per tidsenhet, og tidslønssystemer vil kunne forutsette en viss mengde arbeid i løpet av en gitt tidsenhet.

¹² Jakhelln (2006) s. 326

¹³ Jakhelln (2006) s. 326

2.3 Nærmere om bonus

Bonus er som nevnt ikke et entydig og klart begrep, men brukes i forskjellige betydninger og finnes i flere varianter. Bonus vil ofte være en belønning til arbeidstaker dersom bestemte resultater er nådd og vil derfor i mange tilfeller kunne karakteriseres som en type prestasjonslønn. Denne belønningen kan for eksempel bestå i penger, opsjoner, aksjer eller andre naturalia. Det overordnede formålet med en bonusordning for de ansatte vil gjerne være å bedre bedriftens effektivitet og lønnsomhet. Meningen vil da være å bruke bonus som "gulrot" for å mane de ansatte til innsats og få de til å yte maksimalt. Ulike mål for bonusordningen vil imidlertid gi seg utslag i ulike betingelser og vilkår. Bonusordninger vil derfor kunne være svært forskjellig utformet. Bonus kommer som oftest i tillegg til en fastlønn, og utgjør vanligvis en begrenset del av den samlede lønnsutbetalingen i løpet av et år, selv om bonusandelen altså stadig øker. I enkelte bransjer kan bonusen imidlertid utgjøre lønnens hovedstol, spesielt i gode tider. Dette forekommer for eksempel i meglerbransjer. Videre skiller bonus seg fra fastlønn ved å være en engangsutbetaling som ikke tas med i grunnlaget for videre lønnsutbetalinger.¹⁴ En bonus som kommer til utbetaling i stedet for en vanlig lønnsforhøyelse vil derfor kunne medføre at fastlønnen ikke øker i takt med lønnsveksten ellers i samfunnet. Dette kan gå ut over ansatte i tider hvor de ikke får opparbeidet seg bonus, for eksempel i økonomiske nedgangstider. Disse arbeidstakerne vil da kun sitte igjen med fastlønnen, som kan ha stagnert på et forholdsvis lavt nivå.

2.4 Eksempler på bonusordninger

I det følgende gis det forskjellige eksempler på typer bonusordninger. Det bemerkes at det er vanlig å kombinere elementer fra de forskjellige eksemplene i en ordning.¹⁵

¹⁴ NHO (2006) punkt 2

¹⁵ Statistisk Sentralbyrå (2007) s. 7

2.4.1 "Virksomhetsbaserte bonusordninger"

"Virksomhetsbaserte bonusordninger" kan dreie seg om overskuddsdeling. Bedriftens ansatte får typisk årlig en viss prosent av bedriftens overskudd som bonus i tillegg til sin vanlige lønn. "Virksomhetsbaserte ordninger" kan også gå ut på gevinstdeling. Dette vil kunne dreie seg om å måle forbedringer på for eksempel kostnader, produktivitet, materialutnyttelse, kvalitet, leveringsdyktighet, økt markedsandel eller kundetilfredshet for deretter å utbetale en nærmere prosentandel av dette som bonus.¹⁶

2.4.2 "Individuelle eller teambaserte bonusordninger"

Med "individuelle eller teambaserte bonusordninger" kan det tenkes en belønning som statueres ut fra egen eller en gruppes innsats og resultat. En slik gruppe kan for eksempel være en avdeling i et firma.¹⁷

2.4.3 "Oppstartsbonus"

Det forekommer at arbeidstakere bedriften gjerne vil ansette blir fristet med en "oppstartsbonus", ofte kalt en "sign-on fee". Dette er typisk en engangsutbetaling som arbeidstaker mottar når arbeidsavtalen underskrives. Dette forekommer særlig i tilfeller hvor det er konkurranse mellom bedrifter etter å få tak i de best kvalifiserte arbeidstakerne, noe som kan illustreres med skyhøye "oppstartsbonuser" for dyktige aksjemeglere.¹⁸ "Sign-on fee" kan også brukes som et middel til å oppmuntre flere til å utdanne seg til yrker med et udekket behov for arbeidstakere. Dette har for eksempel blitt tilbudt førskolelærere¹⁹ og ingeniører.²⁰

¹⁶ NHO (2006) punkt 2

¹⁷ Statistisk Sentralbyrå (2007) s.

¹⁸ E24 (2007)

¹⁹ Skaar (2007)

²⁰ Hjertenes (2006)

2.4.4 "Lojalitetsbonus"

En "lojalitetsbonus", også omtalt som "stay-on bonus", kan avtales når arbeidsgiver ønsker et virkemiddel for å holde på de ansatte.²¹ Ved en slik ordning utbetales bonusen ofte på den betingelse at arbeidstager fortsatt står i uoppsagt stilling etter en avtalt tid. Denne bonusformen brukes typisk for nøkkelpersoner, for å få seniorer til å stå lenger i arbeid eller for å holde på verdifulle ansatte i usikre tider.

2.4.5 "Diskresjonær bonus"

Med "diskresjonær bonus" menes det i oppgaven bonus som ikke direkte er avtalt, men som arbeidsgiver likevel ønsker å belønne de ansatte med. Slik bonus kan i noen tilfeller ses på som en gave fra arbeidsgiver.²² Den kommer gjerne til utbetaling i slutten av året, ofte omtalt som "julebonus". Den "diskresjonære bonusen" settes typisk på bakgrunn av en kombinasjon av de hensyn som er vektlagt i de andre bonuseksempelene. En "julebonus" gjenspeiler gjerne både virksomhetens resultat, den ansattes egen innsats og et incentiv for den ansatte til å fortsette i stillingen.

3 Grunnlag for bonusutbetaling

3.1 Innledning

For å ha et krav på en bonusutbetaling må det foreligge en form for rettslig bindende disposisjon. Denne disposisjonen kan i teorien være av forskjellige slag, men det er nok vanligst at bonusen er basert på en skriftlig avtale. I det følgende vil de vanligste bonusgrunnlagene bli gjennomgått. I punkt 3.2 gjennomgås bonus i henhold til tariffavtale.

²¹ NHO (2006) punkt 2

²² Jakhelln (2006) s. 337

I punkt 3.3 tar jeg for meg bonus etter individuell avtale, og i punkt 3.4 følger det en oversikt over bonus på bakgrunn av ikke-avtalefestet grunnlag.

3.2 Bonus i henhold til tariffavtale

Store deler av arbeidslivet er omfattet av ulike tariffavtaler. Dette gjelder både i privat og offentlig sektor, jf. henholdsvis arbtvl. og tjtvl. En tariffavtale er i følge arbtvl. § 1 åttende ledd og tjtvl § 11 en avtale om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold. Partene i avtalen er gjerne en fagforening med arbeidstakere på den ene siden og en arbeidsgiverforening på den andre siden.²³

Tariffavtalene gis gjerne ulike navn avhengig av hva de regulerer og hvor i hierarkiet av tariffavtaler de befinner seg. Øverst i hierarkiet finner man de tariffavtalene som gjerne kalles hovedavtaler. Et eksempel er "Hovedavtalen mellom LO og NHO"²⁴.

Hovedavtalene regulerer gjerne forholdet mellom partene hva angår organisasjonsrett, fredsplikt, forhandlingsrett og hvordan tvister skal løses. Videre har hovedavtalene gjerne bestemmelser om tillitsmannsapparatet, informasjonsrett og medbestemmelsesrett i bedriftene.²⁵ Tariffavtalene som mer detaljert regulerer lønns- og arbeidsvilkår kalles i den private del av arbeidslivet gjerne overenskomster eller bare tariffavtaler, og gis gjerne et forklarende navn. Et eksempel er "Verkstedsoverenskomsten" mellom NHO og Teknologibedriftenes Landsforening på den ene siden og LO og Fellesforbundet på den andre siden, hvor avtalen regulerer arbeidsvilkårene i verksteds- og teknologindustrien.²⁶ En hovedtariffavtale i staten i henhold til tjtvl. § 11 kan sammenlignes med en landsomfattende overenskomst i den private del av arbeidslivet. Disse overordnede overenskomster og hovedtariffavtaler utfylles gjerne av lokale tariffavtaler, som omtales

²³ jf. arbtvl. § 1 åttende ledd og tjtvl. § 11

²⁴ Hovedavtalen LO-NHO 2006-2009

²⁵ Storeng (2006) s. 473

²⁶ Verkstedsoverenskomsten 2008-2010

som særavtaler.²⁷ Disse avtalene inngås mellom bedriftsledelsen og arbeidstakernes representanter. Bonus vil i mange tilfeller være regulert i en lokal særavtale.

Tariffavtalene i både privat og offentlig sektor er omfattet av det såkalte ufravikelighetsprinsipp. Dette kommer til uttrykk i arbtvl. § 3 nr. 3 og tjvtl. § 13. Prinsippet går ut på at en underordnet avtale ikke kan være i strid med en overordnet tariffavtale. Et problem i forhold til bonus kan være om en bonusordning vil stride mot en overordnet tariffavtale. Arbeidsretten har ved flere anledninger behandlet bonusordningers forhold til ufravikelighetsprinsippet. Dette kan illustreres av ARD 1995 s. 251 hvor Arbeidsretten fant at det ville stride mot ufravikelighetsprinsippet å innføre en bonusordning i tillegg til den normallønnsordning som fulgte av tariffavtalen. Tariffavtalene kunne nettopp blitt undergravet dersom arbeidstaker og arbeidsgiver fritt kunne inngå arbeidsavtaler som avvek fra en tariffavtale de måtte være bundet av. I rettspraksis er det også slått fast at tariffavtalen kan ha ufravikelighetsvirkninger overfor uorganiserte. Arbeidsgiver vil dermed ikke kunne omgå tariffbetingelsene ved å ansette uorganiserte.²⁸

3.3 Bonus i henhold til individuell avtale

Arbeidsavtalen danner utgangspunktet for krav på lønn og bonus. I ethvert arbeidsforhold må det foreligge en skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette følger av aml. § 14-5. Videre stilles det visse minimumskrav til hva som må være med i den skriftlige avtalen. I aml. § 14-6 første ledd bokstav i) heter det at avtalen skal inneholde opplysninger om ”den gjeldende avtalte lønn ved arbeidsforholdets begynnelse, eventuelle tillegg og andre godtgjøringer som ikke inngår i lønnen...”. Etter en naturlig forståelse av ordlyden bør derfor en bonusordning den ansatte eventuelt måtte være tilsluttet fremgå av arbeidsavtalen. I praksis gjøres dette imidlertid ofte kun ved å ha en henvisning i den individuelle avtalen til en nærmere bestemt avtale om bonusbetingelsene.

²⁷ Jf. f.eks. LO-NHO 2006-2009 kapittel IV

²⁸ ARD 1922 s. 50

Når det gjelder spørsmålet om hva arbeidsavtalens punkt om bonus går ut på, må dette tolkes ut fra alminnelige avtalerettslige prinsipper. Avtaler skal i henhold til norske rettstradisjoner tolkes i lys av blant annet partenes felles forståelse, avtalens ordlyd, partenes vilje, avtalens formål, forutgående forhandlinger, partenes opptreden og forutsetninger, rimelighetshensyn og avtalens egenart.²⁹ For individuelle arbeidsavtaler gjør særlig partenes forutsetninger forholdet spesielt. Det er som regel et ulikt balanseforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstager i avtaleinngåelsessituasjonen. Arbeidsgiver er i det vesentlige å regne som overlegen, og sitter derfor ofte med makten når arbeidsvilkårene skal fastsettes. Dette gjelder spesielt i dårlige økonomiske tider med høy arbeidsledighet, som de vi i skrivende stund er inne i. Arbeidstakers posisjon kan imidlertid i noen tilfeller være sterkest, for eksempel når vedkommende innehar ønsket og etterspurt kompetanse som det er vanskelig å få tak i.

3.4 Bonus på ikke-avtalefestet grunnlag

Noen bonusordninger inntas imidlertid ikke direkte i arbeidsavtalen. Dette gjelder spesielt "diskresjonær bonus".³⁰ Det kan i forhold til slik bonus reises spørsmål om bonusen er å se som en gave eller en rettighet. Dersom den anses som en gave, vil ikke arbeidstager ha et rettslig krav på den. Er bonusen å regne som en rettighet, vil arbeidstaker derimot ha et krav overfor arbeidsgiver, forutsatt at vilkårene for bonus er oppfylt. Om det er en gave eller rettighet må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Vurderingen må baseres på en samlet skjønnsmessig vurdering av flere momenter. Har arbeidsgiver gitt de ansatte en berettiget forventning til bonus, taler det for at belønningen må regnes som en rettighet. Denne forventningen kan for eksempel bygge på praksis i bedriften. Forutsatt at dette har skjedd jevnlig og over en viss tid, vil sterke grunner tale for at det er snakk om en forskjønnelse man har krav på.³¹ Bonus kan altså ikke inngå som noen form for etablert praksis i bedriften uten at den blir å betrakte som en rettighet. Videre kan det være muntlige

²⁹ Hov (2002) kap. 6

³⁰ Jf. punkt 2.4.5

³¹ Jakhelln (2006) s. 337

utsagn som har skapt forventninger. Disse kan for eksempel være gitt på jobbintervju eller i løpet av arbeidsforholdet.

4 Bonusavtalers rettslige stilling

4.1 Innledning

Det vil i dette kapittelet fokuseres på bonusavtalers rettslig stilling. I punkt 4.2 blir bonusavtalers forhold til avtaleloven § 36 diskutert. I punkt 4.3 ser jeg på om arbeidsgiver har anledning til å foreta ensidige endringer i forhold til de ansattes bonusordninger. En forholdsvis utfyllende drøftelse av bonus i virksomhetsoverdragelse gis i punkt 4.4. Videre følger det i punkt 4.5 en oversikt over bonus i konkursforhold. Problemstillinger i forbindelse med bonus og avslutning av arbeidsforhold omtales i punkt 4.6, og til sist i kapittelet følger det en utgreining om bonus under permisjon i punkt 4.7.

4.2 Bonusavtaler i forhold til avtaleloven § 36

Utgangspunktet for arbeidsavtalen og eventuelle bonusordninger er prinsippet om avtalefrihet. Av dette prinsippet følger det også at man i utgangspunktet selv er ansvarlig for de avtaler man inngår. Visse begrensninger i avtalefriheten i forhold til bonus finnes imidlertid. Noen fremgår som nevnt av arbeidsmiljøloven, men også avtalelovens regler setter en ramme. Det ses i det følgende på hva som kan føre til revisjon på grunn av avtalens innhold.

Det er avtl. § 36 som særlig er aktuell i forhold til bonusavtaler. Selv om bestemmelsens anvendelsesområde direkte kun regulerer avtaler på formuerettens område, har det i vid utstrekning vært akseptert at også avtaler utenfor den typiske avtaleretten bør kunne

lempe.³² I forarbeidene fremgår det dessuten at avtl. § 36 får anvendelse også på ”arbeidsavtaler (herunder i prinsippet trolig også tariffavtaler...)”, og ”for den opprinnelige avtale så vel som for tilleggsavtaler og endringsavtaler...”.³³ En bonusavtale vil følgelig kunne omfattes av avtl. § 36.

Vilkårene for revisjon etter bestemmelsen er at det vil virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre avtalen gjeldende. Dette gjelder også kutymen og kontraktsrettslig sedvane, som kan sees som en side av avtaleforholdet. Avtalen må tolkes etter alminnelige avtalerettslige prinsipper, og det avgjørende er om tolkningsresultatet synes urimelig. Ved denne vurderingen skal det i følge avtl. § 36 tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling, forholdene ved avtaleinngåelsen, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig. Det avgjørende er hvorvidt virkningen av å gjøre avtalen gjeldende ut fra en helhetsvurdering vil være urimelig.³⁴ Da bestemmelsen inneholder flere rettslige standarder som stadig er gjenstand for skjønn i domstolene, er det vanskelig å si noe eksakt om hvor listen for revisjon av bonusavtaler vil ligge, men revisjon kan altså forekomme.

4.3 Endring av bonusavtale fra arbeidsgivers side

Gjennom et arbeidsforhold, som kan strekke seg over flere tiår, kan det oppstå situasjoner og forandringer som gjør at arbeidsgiver har behov for eller ønsker å endre på arbeidsbetingelsene til sine ansatte, herunder eventuelle bonusordninger. Slike endringer kan for eksempel bestå i å forandre på proSENTSATSER i bonusbetingelsene. Det må da avgjøres hvilke endringer arbeidsgiver har anledning til å foreta seg. Dersom en arbeidsgiver mot formodning foretar seg uberettigede endringer, vil disposisjonen bli betraktet som en oppsigelse kombinert med et tilbud om en ny ansettelse med nye vilkår, ofte omtalt som en endringsoppsigelse. For å kunne foreta endringsoppsigelser må

³² Hov (2002) s. 277

³³ Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 40

³⁴ Hov (2002) s. 280

imidlertid kravene for oppsigelse i henhold til aml. kapittel 15 være oppfylt, hvor det blant annet fremgår at oppsigelsen må være saklig begrunnet, jf. aml. § 15-7. Det interessante i denne sammenheng er derfor hva arbeidsgiver faktisk kan foreta seg av endringer uten at det vil bli betraktet som en endringsoppsigelse.

Som det fremgår tidligere i oppgaven, overlater lovgivningen i utgangspunktet til partene i arbeidsforholdet å regulere arbeidsforholdet i en arbeidsavtale. Dette innebærer også at arbeidsavtalen vil være utgangspunktet ved spørsmålet om arbeidsgivers endringsadgang.³⁵ Dette fremgår også av Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen):

"Spørsmålet om Stavanger kommune med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kan integrere mannskapet på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke, må avgjøres på grunnlag av en tolkning og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler".

Ved etablering av arbeidsforholdet gjennom en arbeidsavtale får arbeidsgiveren en styringsrett over arbeidstakeren. Dette er et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten, og beskrives i den samme dommen:

"Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men det må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkning og utfylling av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen".

Av dette følger det at styringsretten kan betegnes som en restkompetanse fordi arbeidsgiveren kun kan utøve styring innenfor rammene av arbeidsforholdet. Rammene utgjøres av den individuelle arbeidsavtalen, eventuelle tariffavtaler, lovgivning samt det alminnelige saklighetskravet i arbeidsretten. Dette saklighetskravet innebærer grovt sett at avgjørelser må tas på forsvarlig grunnlag, uten vilkårlighet og ikke baseres på

³⁵ Fougner (2007) s. 141

utenforliggende hensyn³⁶. Styringsrettens grenser kan være vanskelig å trekke opp og må fastsettes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Spørsmålet blir etter dette om bonusordninger vil falle innenfor eller utenfor området for arbeidsgivers styringsrett. Siden arbeidsgiver i kraft av styringsretten altså ikke kan gripe inn i det som er avtalt, byr det ikke på problemer å fastslå at arbeidsgiver er avskåret å kunne foreta ensidige endringer i de tilfellene hvor hele bonusordningen klart fremgår av avtaleforholdet. Mer komplisert blir det når bonusordningen ikke fremgår direkte i noen avtale. Det må her avgjøres konkret om bonusordningen skal regnes som en del av arbeidsavtalen ved tolkning og utfylling. Dette kan være praktisk i forhold til bonus i de tilfellene hvor det i arbeidsavtalen kun er tatt inn en henvisning til en nærmere bestemt bonusordning. Her vil arbeidstakeren som følge av avtalen ha et klart krav på en bonusordning. Det vil imidlertid være spørsmål om arbeidsgiver har styringsrett over de nærmere betingelser og vilkår som fremgår annetsteds. Dette må da, som diskutert ovenfor, avgjøres ut fra en konkret vurdering på bakgrunn av blant annet stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen. Viser det seg at arbeidsgiver har styringsrett, vil arbeidsgiver kunne endre på betingelsene, slik at bonusordningen kan få tilnærmet null verdi for de ansatte. Dette kan føre til uforutsette bonustap for de ansatte, som kanskje har arbeidet ekstra hardt i den tro at de har tjent inn bonus på grunn av henvisningen i arbeidsavtalen.

Et moment i forhold til å avgjøre arbeidsgivers styringsrett over bonus kan også være det at bonus ofte er sammenlignbart med lønn, og arbeidsgivers hovedforpliktelse i et arbeidsforhold er nettopp å utbetale lønn til arbeidstakeren. For arbeidstaker utgjør lønnen normalt hovedinntektskilden og den sentrale motivasjon for inngåelse av arbeidsforholdet. Det klare utgangspunkt for lønn er derfor at det ikke ligger innenfor styringsretten å sette

³⁶ Rt. 2001 s. 418

ned lønnen. Dette er også kommet til uttrykk i en rekke dommer.³⁷ Dette kan illustreres ved en dom i LB-2002-225 hvor det heter:

"Arbeidsgivers styringsrett kan slik lagmannsretten ser det i utgangspunktet ikke gi adgang til en ensidig nedsettelse av den avtalte lønnen."

Dette taler derfor for å se styringsretten som avskåret i forhold til bonus. Bonus er imidlertid ikke helt sammenfallende med lønnsbegrepet. Det særlige hensynet om forutberegnelighet i forhold til lønn, gjør seg for eksempel ikke gjeldende i like stor grad, da man aldri er garantert en bonus. Hvor sammenlignbart bonus blir med lønn, vil bero på hvordan bonusordningen er lagt opp. I tråd med dette avsa Arbeidsretten i ARD 1986 s. 136 dom på at det i forbindelse med innføring av en ny tariffavtale ikke var adgang for arbeidsgiver til å nedregulere lønnen for arbeidstagere som fra før hadde en høyere lønn enn den nye tariffavtalen tillot. Dette taler mot at arbeidsgiver kan foreta endringer i de ansattes bonusavtaler.

Av to relativt ferske dommer i Høyesterett kan det imidlertid se ut som at Høyesterett kan være i ferd med å innta en noe mer "arbeidsgivervennlig" holdning, med større rom for arbeidsgiver til å foreta ensidige endringer.³⁸ I den ene dommen, inntatt i Rt. 2008 s. 856, besluttet en restaurant at servitørene skulle pålegges å dele tips de mottok med annet personale. Høyesterett fant at pålegget om deling var omfattet av arbeidsgivers styringsrett selv om det i svært lang tid hadde vært en annen praksis.

4.4 Bonusavtalens stilling i virksomhetsoverdragelse

I det følgende vil det bli gitt en oversikt over bonus i forhold til virksomhetsoverdragelse. Spørsmålet vil i hovedsak være om bonus er en rettighet som overføres til ny arbeidsgiver.

³⁷ Storeng (2006) s. 243

³⁸ Rt. 2008 s. 856 og Rt. 2008 s. 1246

Det gis i punkt 4.4.1 en generell oversikt over virksomhetsoverdragelse for å sette problemstillingen i perspektiv. Deretter ses det på bonusordningers stilling i overdragelsessituasjonen i punkt 4.4.2. Til sist, i punkt 4.4.3, gjennomgås kort hva som skjer ved en overdragelse når en bonusordning er basert på tariffavtale.

4.4.1 Virksomhetsoverdragelse

Ved virksomhetsoverdragelse kommer regler i aml. kapittel 16 til anvendelse. Disse bestemmelsene er en direkte følge av EØS-avtalen og utgjør den norske implementeringen av to tidligere EF-direktiver om virksomhetsoverdragelse som nå er erstattet av ett samlende direktiv, rådsdirektiv 2001/23/EF. Formålet med reglene er å ivareta arbeidstakernes rettigheter i forbindelse med overføring av virksomheter og forhindre at omstruktureringer skjer på bekostning av arbeidstakerne i de berørte virksomhetene.³⁹ Reglene skal også forhindre nasjonale ulikheter som kan ha en direkte innvirkning på markedssituasjonen. Arbeidsmiljølovens regler om virksomhetsoverdragelse kan ikke fravikes til ugunst for den ansatte. Dette følger av aml. § 1-9, som er i tråd med direktivet og praksis fra EF-domstolen. Dette kan belyses i EF-domstolens sak-324/86, (Daddy's Dance Hall), hvor ble det fastslått at den ansatte ikke engang kan gi avkall på rettighetene selv om ulempene ved dette avkallet oppveies av fordeler slik at den ansatte etter en samlet vurdering ikke kommer dårligere ut.

En virksomhetsoverdragelse foreligger jf. aml. § 16-1 første ledd første punktum "ved overdragelse av en virksomhet eller del av virksomhet til en annen arbeidsgiver." I andre punktum presiseres hva som menes med "overdragelse":

"Med overdragelse menes overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen".

I begrepet "overføring" ligger det at det må finne sted en rettsstiftende disposisjon mellom overdrager og erverver. EF-domstolen har lagt til grunn at overføringen må skje "in the

³⁹ Fortalen til rådsdirektiv 2001/23/EF

context of a contractual relationship" eller "within the framework of contractual relations".⁴⁰ Begrepet omfatter altså enhver bindende disposisjon, ikke bare overføring i henhold til en gjensidig bebyrdende avtale mellom overdrager og erverver. Andre tenkelige disposisjoner kan være overgang ved fisjon eller fusjon, gave, testament eller domstolsavgjørelse. I "overføring" ligger det også at erververen må videreføre aktiviteten slik at enheten bevarer sin identitet. Det som overføres må dessuten være en "selvstendig enhet". I rådsdirektiv 2001/23/EF art. 1.1 bokstav b), er dette begrepet definert som:

"... en økonomisk enhet som beholder sin identitet, det vil si en samling av ressurser som er organisert med det formål å drive økonomisk virksomhet, enten det dreier seg om en hoved- eller bivirksomhet".

Overdragelsen må som det fremgår av lovteksten, også innebære et skifte av rettssubjekt på arbeidsgiversiden. Salg av for eksempel aksjer eller selskapsandeler omfattes derfor ikke i seg selv av reglene.

4.4.2 Bonusordningers stilling i virksomhetsoverdragelse

I aml. § 16-2 første ledd første uttrykkes det at:

"Tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold som foreligger på det tidspunkt overdragelsen finner sted, overføres til den nye arbeidsgiver."

Spørsmålet er her om bonus er en rettighet som overføres i henhold til aml. § 16-2.

I henhold til bestemmelsen er det "rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtalen eller arbeidsforhold" som overføres. Med "arbeidsavtale eller arbeidsforhold" menes ikke bare den skriftlige arbeidsavtalen, men også muntlige avtaler, praksis som har utviklet seg til en rettighet for den ansatte, osv.⁴¹ Med "rettigheter" menes både krav som er opparbeidet og

⁴⁰ Gyldendal Rettsdata, Ingeborg Moen Borgerud aml. § 16-1 note 622 [2009]

⁴¹ Jakhelln (2006) s. 517

forfalt før overføringstidspunktet, uforfalte krav og løpende rettigheter for arbeidstakerne.⁴² Det er heller ikke avgjørende om den nye arbeidsgiver var kjent med rettighetene, eller om overdrager og erverver verken skulle ha ment eller ønsket at de ansatte skulle følge med.⁴³

I forhold til bonusordninger må det etter dette tas stilling til om bonusen kan sies å være en "rettighet" som følger av arbeidsavtalen eller arbeidsforholdet. Forarbeidene til bestemmelsen har ikke vært helt entydige på dette. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) uttrykkes det om aml. § 16-1 andre ledd at "Første ledd tilsvarer arbeidsmiljøloven 73 B nr. 1". I forarbeidene til denne eldre bestemmelsen om overgang av individuelle rettigheter står det i Ot.prp. nr. 71 (1991-1992):

"For arbeidsforhold som består, trer den nye innehaver inn i alle rettigheter og plikter ... Den nye innehaver vil bli ansvarlig for arbeidsvederlag, men også andre typer krav. Eksempelvis kan nevnes opptjent, men ikke utbetalt lønn, feriepenger, feriefritid, godtgjørelse for telefon, reise, diett osv".

Ut i fra dette alene kan det ikke slås fast om bonus er omfattet. Ut fra disse eldre forarbeidene ble det også hevdet i juridisk litteratur at "det er tvilsomt om, og i så tilfelle i hvilket omfang bonusordninger overføres".⁴⁴ Av forarbeidene til aml. av 2005 fremgår det imidlertid at "eksempler på individuelle rettigheter er lønnsbestemmelser, tillegg, frynsegoder, bonusavtaler, arbeidstid, arbeidsoppgaver, ansiennitet, taushetsplikt, konkurransekarantene og tittel".⁴⁵ Da bonus nå eksplisitt er omtalt, må man gå ut fra at gjeldende rett er at bonus kan være en rettighet som omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse.

I forhold til bonus kan det også stilles spørsmålsteget ved om det utgjør en hindring for overføring av bonusrettigheter dersom de er betingede. Bonus er nettopp gjerne betinget, for eksempel av en viss prestasjon, og det kan anføres at forutsetningene for å kunne innfri betingelsene i noen tilfeller bortfaller ved en virksomhetsoverdragelse. I en sak om overføring av betingede rettigheter slår imidlertid EF-domstolen fast at betingede

⁴² Jakhelln (2006) s. 517

⁴³ Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen)

⁴⁴ *Omstilling og nedbemanning* (2003) s. 139

⁴⁵ NOU 2004:5

rettigheter generelt sett er omfattet av bestemmelsen, og at rettighetene er omfattet av direktivets bestemmelser uavhengig av om gjennomføringen er betinget av at en viss hendelse inntreffer, og selv om den aktuelle hendelsen er omfattet av arbeidsgivers handlingsfrihet.⁴⁶ At bonus er betinget er følgelig ikke i seg selv et hinder for rettighetsoverføring.

Det kan imidlertid knytte seg problemer til om bonusrettighetene rent praktisk lar seg overføre. Om dette kan det sies at verken loven eller direktivet kan tolkes på en slik måte at ny arbeidsgiver plikter å videreføre rettigheter som det ikke er mulig å overføre. Uten at det er uttalt i lovforarbeidene eller i rettspraksis, må det være grunnlag for å hevde at bestemmelsen forutsetter at erververen ikke blir forpliktet etter arbeidstakers rettigheter overfor overdrageren når det gjelder rettigheter som ikke er overførbare.⁴⁷ Det må derfor antakelig gjøres et unntak fra automatisk overføring for rettigheter som etter sitt rettsgrunnlag, sin personlige karakter eller etter lovbestemmelse ikke er overførbare, eller som det ikke vil være mulig for erververen å oppfylle. Vurderingene av om dette er tilfelle må foretas konkret i den enkelte sak.⁴⁸ For tilfeller der det vil være mulig å videreføre en bonusordning dersom man forandrer noe på vilkårene, er synspunktet også at bonusordningen som sådan skal videreføres når resultatet blir tilnærmet det samme som det hadde vært hos tidligere arbeidsgiver.⁴⁹ For eksempel der bonusavtaler har bindingstid hos overdrageren som et vilkår, og bonusutbetaling i form av et nærmere angitt beløp, bør det etter min mening være klart at dette er et vilkår som kan endres på, slik at bindingstiden kan fortsette å løpe hos den nye arbeidsgiver.

Rettigheter som ikke lar seg overføre er ikke behandlet på generelt grunnlag i rettspraksis, men i EF-domstolens sak C-425/02, Delahaye, går det frem at rettigheter som ikke kan videreføres uten å komme i strid med de nasjonale regler kan utgjøre en hindring for rettighetsoverføring. Domstolen uttalte seg ikke på generelt grunnlag, men resultatet viser

⁴⁶ Sak C-4/01 (Serene Martin)

⁴⁷ Fougner (2006) s. 954

⁴⁸ Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Liv Torill Evenrud § 16-2 note 3 [2009]

⁴⁹ Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Liv Torill Evenrud § 16-2 note 3 [2009]

at det i noen tilfeller ikke lar seg gjøre å overføre rettigheter. Et eksempel på en umulig overføring av bonus kan være bonus i form av aksjeopsjoner som etter vilkårene er betinget av at arbeidstakeren sitter i uoppsagt stilling hos overdrageren, og hvor opsjonen er knyttet til aksjer i det selskapet som overdras. Problemstillingen er også aktuell der bonusbetingelsene er knyttet opp mot resultatet i andre deler av det selskapet enn den delen som overføres.

For de tilfellene hvor man faller ned på at bonusordningen ikke lar seg overføre, kan det reises spørsmål om den ansatte har krav på økonomisk kompensasjon for rettighetsbortfallet. Dette spørsmålet løses ikke av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven, men må løses på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper i kontraktsforhold.

Videre kan man i forhold til aml. § 16-2 problematisere om bonusen faktisk foreligger som en rettighet den ansatte har krav på, eller om det er snakk om en ensidig disposisjon fra arbeidsgivers side som ikke etablerer noen rettigheter eller plikter. I sistnevnte tilfelle skjer det ingen automatisk overføring til ny arbeidsgiver i medhold av loven.

Bonusordninger kan følge direkte av arbeidsavtalen, eller følge av praksis i bedriften. I så fall vil bonusavtalen eller retten til en bonusavtale være omfattet av bestemmelsen i aml. § 16-2, og bonusrettighetene vil følge med i overdragelsen. Mosestningsvis, for eksempel for det tilfellet hvor en bonus er gitt på diskresjonær basis, og som ikke kan sies å gi uttrykk for en etablert praksis, vil ingen bindende rettighet for arbeidstakeren foreligge, og en rett på bonus vil følgelig ikke kunne kreves hos den nye arbeidsgiveren.

Problemer kan imidlertid oppstå også her der bonusordningen for eksempel kun er inntatt i arbeidsavtalen med en henvisning til et nærmere bestemt reglement hvor vilkårene for bonusen er beskrevet. Det må her avgjøres om den nye arbeidsgiveren har styringsrett over innholdet i bonusbetingelsene. Styringsretten til den nye arbeidsgiver vil være like omfattende som den var for den tidligere arbeidsgiver. Begrunnelsen for dette er at virksomhetsoverdragelsen ikke skal svekke eller styrke arbeidstakers posisjon, men

videreføre den samme posisjonen.⁵⁰ Dette kan belyses av Rt. 2002 s. 1576 (Hakon-saken). Virksomhetsoverdragelsen i seg selv er derfor ikke avgjørende for styringsretten. I hvilken utstrekning den nye arbeidsgiver kan foreta endringer er etter dette avhengig av arbeidsgivers generelle endringsadgang i henhold til gjeldende rett. Dette er behandlet tidligere i oppgaven.

Det bemerkes at den enkelte arbeidstaker har en reservasjonsrett mot overføring av sitt arbeidsforhold til den nye eieren i henhold til aml. § 16-3. Arbeidstakeren tvinges derfor ikke over til en ny arbeidsgiver, men valget kan virke mer teoretisk enn praktisk, da alternativet ofte vil være å gå ut oppsigelsestiden hos den gamle arbeidsgiveren. En dyktig arbeidstaker som ønsker å benytte reservasjonsretten kan også oppleve at den ervervende arbeidsgiveren tilbyr gunstigere arbeidsvilkår for å forsøke å holde på vedkommende.

4.4.3 Bonus i henhold til tariffavtale og virksomhetsoverdragelse

I aml. § 16-2 andre ledd reguleres tariffavtalens stilling ved en virksomhetsoverdragelse. Dette vil være av interesse i denne sammenheng da noen tariffavtaler kan inneholde regler om bonusordninger. Av bestemmelsen framgår det at utgangspunktet er at den nye arbeidsgiveren blir bundet av den tariffavtalen som tidligere arbeidsgiver eventuelt var bundet av. I forarbeidene i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 25 uttales det at tariffbundetheten gjelder hele tariffavtaleforholdet. Dette innebærer at eventuelle særavtaler eller andre underordnede avtaler som etter de alminnelige tariffrettslige regler anses som en del av den overordnede tariffavtalen, også skal gjelde for den nye arbeidsgiveren. Når ny arbeidsgiver blir bundet av tariffavtalen som tidligere arbeidsgiver var bundet av, vil dette gjelde uavhengig av om ny arbeidsgiver er bundet av andre tariffavtaler eller ikke, og selv om eventuelle andre tariffavtaler har klausuler som forbyr konkurrerende avtaler. Lovens bestemmelser vil med andre ord gå foran det tariffrettslige ufravikelighetsprinsippet. Den nye arbeidsgiveren kan imidlertid unngå dette dersom vedkommende senest innen tre uker

⁵⁰ *Arbeidsrett* (2007) s. 88

etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at vedkommende ikke ønsker å bli bundet. De overførte arbeidstakerne vil i så fall likevel ha rett til å beholde de individuelle arbeidsvilkår som måtte følge av tariffavtalen. Individuelle arbeidsvilkår vil være bestemmelser som knytter seg til den enkelte arbeidstakers rettigheter og plikter, og kan for eksempel være bonusbetingelser. Også for individuelle arbeidsvilkår som følger av tariffavtalen går loven foran ufravikelighetsprinsippet. Disse individuelle rettighetene vil gjelde inntil utløpet av tariffavtalen eller til det inngås ny tariffavtale.

4.5 Bonus i konkursforhold

Dersom en arbeidsgiver går konkurs, kan det oppstå spørsmål om hva som skjer med arbeidstakerens krav på bonus. Dette reguleres av både konkursloven og dekningsloven, og kravene vil dessuten langt på vei være statsgarantert gjennom lønnsgarantiordningen. I punktene 4.5.1 og 4.5.2 vil jeg se på de mest aktuelle problemstillinger i så måte.

4.5.1 Dividendeprioritet og bonus

I følge lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58 kapittel XII, utgjør de ansattes lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste en fordring ved en konkurs hos arbeidsgiver. Denne type fordringer er i stor utstrekning også prioriterte i dekningsrekkefølgen i konkurs i følge lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (heretter deknl.) § 9-3. Bestemmelsen slår fast at utgangspunktet er at fordring på "lønn eller annet arbeidsvederlag i skyldnerens tjeneste" vil være fortrinnsberettigede fordringer av første klasse, noe som innebærer at det kun er massefordringer i henhold til deknl. § 9-2 som stiller før i dekningsrekkefølgen.

Spørsmålet her blir om bonus vil omfattes av bestemmelsen i deknl. § 9-3, og dermed være et prioritert krav. Det avgjørende er om bonus faller inn under begrepet «lønn eller annet arbeidsvederlag». En objektiv tolkning av ordlyden tilsier at de fleste former for bonus omfattes. Forarbeidene eller rettspraksis gir ikke noe konkret svar på dette spørsmålet. I

juridisk litteratur sies det at "vederlag både i form av penger og naturalia, og uavhengig av hvordan lønnen beregnes (etter time, som akkord etc.)" er omfattet.⁵¹ Det følger også av en anbefaling fra Konkursrådet at "En bonus vil også kunne falle inn under lønnsbegrepet, hvis den relaterer seg til ytt arbeidsinnsats."⁵² Det vises til drøftelse i punkt 5.2 om feriepengene for de bonusformene det kan være mer tvilsomt for om inngår i begrepet "arbeidsvederlag". Det konkluderes der med at alle former for bonus må regnes som "arbeidsvederlag". Etter dette anser jeg bonus som omfattet av dekl. § 9-3. Dette betyr at bonus kan ha status som prioritert krav i en konkurs.

En annen problemstilling er at det ikke alltid er lett å fastslå forfallstidspunktet for bonusen. Dette får betydning da det som hovedregel bare er lønnskrav som har forfalt i løpet av de siste fire måneder før frisdagen, som er prioritert, jf. dekl. § 9-3 nr. 1, tredje ledd. Jeg har ikke funnet noe i forarbeidene som sier noe om når forfallstidspunktet for bonus skal anses å være. I den samme anbefalingen av Konkursrådet gis det imidlertid henvisning på å legge arbeidsmiljølovens regler til grunn i de tilfellene der forfallstid verken muntlig eller skriftlig er avtalt.⁵³ Av aml. § 14-15 første ledd fremgår det at utbetaling av lønn skal skje minst to ganger i måneden. I den grad kravet overstiger de rammer som bestemmelsene setter, har kravet for øvrig kun status som alminnelig dividendefordring, det vil si uten prioritet.⁵⁴

Fortrinnsretten er for øvrig normalt begrenset til lønn i seks måneder i henhold til dekl. § 9-3 nr. 1, tredje ledd andre punktum, alternativt det seksdobbelte av et bestemt gjennomsnitt hvis det ikke forelå noen fast lønn, jf. bestemmelsens tredje punktum. Sistnevnte vil antagelig være det mest aktuelle i forhold til bonus.

⁵¹ Gyldendal Rettsdata, Håvard Wiker dekl. § 9-3 note 319 note 622 [2009]

⁵² Konkursrådet (1998) punkt 7.1

⁵³ Konkursrådet (1998) punkt 7.8.1

⁵⁴ Andenæs (1999) s. 339

4.5.2 Lønnsgaranti

Dersom ikke arbeidstaker oppnår full dekning for bonuskravet etter bobehandlingen, er det mulighet for å få dekning gjennom den statlige lønnsgarantiordningen. Utbetalingen er imidlertid i henhold til lgl. § 1 tredje ledd begrenset til et beløp som svarer til to ganger folketrygdens grunnbeløp på frisdagen. Spørsmålet blir om forfalte krav på bonus dekkes av ordningen. I lgl. § 1 første ledd fremgår det at staten innestår for "krav på lønn og dermed likestilte krav" som ikke kan dekkes på grunn av konkursåpning hos arbeidsgiveren. Kravene skal jf. tredje ledd, dekkes av garantien i den utstrekning de har fortrinnsrett etter deknl. kapittel 9. Basert på drøftelsen i forrige punkt med konklusjonen om at bonus er omfattet av disse bestemmelsene, vil bonus dermed også kunne dekkes av statsgarantien.

4.6 Bonus og avslutning av arbeidsforhold

I punkt 4.6.1 settes det spørsmål til om bonus kan kreves i oppsigelsestiden dersom arbeidstaker er fritatt for arbeidsplikten. I punkt 4.6.2 ses det på bonus i forhold til urettmessig avskjed eller oppsigelse.

4.6.1 Bonus i oppsigelsestiden

Dersom arbeidsgiver ønsker at arbeidstaker skal fratre i oppsigelsestiden, og arbeidstaker godtar dette, kan det oppstå spørsmål om og i hvilken grad arbeidsgiver er forpliktet til å betale bonus som baserer seg på arbeidsinnsats eller resultat i den opprinnelige avtalte oppsigelsestiden.

Utgangspunktet må tas i fratredelsesavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Ofte vil denne fortone seg som en sluttpakke, og dermed gjerne inneholder en klausul om at alle forhold rundt ansettelsesforholdet er "oppe og avgjort". Dette vil i så fall innebære at partene har fraskrevet seg muligheten til å prøve saken rettslig, og arbeidstaker vil ikke

lenger ha noen krav etter den opprinnelige avtalen.⁵⁵ Er det derimot ikke gjort en nærmere avtale, for eksempel kun muntlig avtalt at arbeidstakeren er løst fra arbeidsplikten i oppsigelsestiden, vil det være naturlig å legge til grunn at den opprinnelige arbeidsavtalen fortsatt gjelder. Det kan her oppstå et spørsmål om arbeidstakeren har krav på bonus for denne perioden. Dette kan synes som et problem siden arbeidstakeren ikke utfører arbeid, og dermed i mange tilfeller er avskåret muligheten for å tjene inn bonusen. Det kan da være nærliggende å legge til grunn at arbeidstakeren ikke har krav på bonus. Dette blir imidlertid en litt for enkel løsning. Man må i tilfellet vurdere hvilken berettiget forventning arbeidstaker har av en slik utbetaling i den omstridte perioden.⁵⁶ Det er arbeidstakeren som i situasjonen har vært imøtekommende, og fulgt arbeidsgivers ønske om å fratre. Arbeidstakeren var i utgangspunktet til arbeidsgivers rådighet i oppsigelsestiden med de opptjeningsmuligheter som fulgte med arbeidet. Når denne muligheten for opptjening her bortfaller, og særlig der dette er en utilsiktet konsekvens, kan det derfor ut fra rimelighetsbetraktninger være riktig å slå fast at det foreligger et krav på bonus.⁵⁷ Andre momenter som bør vektlegges er i hvilken grad bonus regelmessig har kommet til utbetaling og bonusens størrelse i forhold til det øvrige arbeidsvederlaget. Jo større del som er knyttet opp til bonus, desto sterkere vil kravet om bonus stå. Spørsmålet om bonusutbetaling må etter dette avgjøres konkret i det enkelte tilfellet.

Dersom man kommer til at det skal utbetales bonus, kan det også bli vanskelig å fastsette bonusens størrelse. Det vil da være naturlig at bonusen skal gi uttrykk for en tenkt arbeidsinnsats. I så fall kan man beregne vederlagets størrelse i denne perioden på grunnlag av for eksempel arbeidstakerens tidligere innsats eller i forhold til et relevant sammenligningsgrunnlag i bedriften, for eksempel et gjennomsnitt av likestilte kollegaers bonusutbetalinger i perioden.

⁵⁵ Storeng (2006) s. 406

⁵⁶ Ulseth (2006) s. 187

⁵⁷ Ulseth (2006) s. 187

4.6.2 Bonus ved urettmessig avskjed eller oppsigelse

For at en oppsigelse eller avskjed skal være gyldig, er det flere forhold arbeidsgiver må ta hensyn til. Visse formkrav må i henhold til . aml. §15-4 være oppfylt, og en oppsigelse må være saklig jf. aml § 15-7, mens en avskjed krever at arbeidstaker har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold i følge aml. 15-14. Dersom disse kravene ikke er overholdt fra arbeidsgivers side kan oppsigelsen eller avskjeden kan kjennes ugyldig. I så fall vil også arbeidstaker kunne kreve erstatning i henhold til aml. § 15-12 andre ledd.

Spørsmålet i denne sammenheng er om en arbeidstaker kan kreve erstatning for tap av bonus i den tiden vedkommende var urettmessig oppsagt eller avskjediget, og dermed forhindret i å opparbeide seg bonus. Problemstillingen forutsetter at det foreligger en form for bonusordning i arbeidsforholdet. Erstatningen skal etter aml. § 15-12 andre ledd fastsettes etter rettens skjønn, og beløpet settes til det "retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig". Ut fra en naturlig tolkning av ordlyden vil dette kunne bety at man også må få erstatning for tap av bonus da dette ville representere et "økonomisk tap". At bonus kan erstattes støttes også av rettspraksis. Av dommen inntatt i Rt. 1983 s. 537 (kranførerlærling), om en urettmessig oppsigelse av en kranførerlærling, fremgår det at tap av bonus, i dette tilfellet hos den tidligere arbeidsgiver, er noe som kan kreves erstattet etter en usaklig oppsigelse. Høyesterett uttalte:

"Når det spesielt gjelder bonusen Bråstein gikk glipp av hos Philips, bemerkes at han tapte denne nettopp på grunn av at han måtte tiltre stillingen hos ankende omgående. Det var nettopp for å bli kranfører han måtte renonsere på bonusen. Hvis han hadde søkt annen stilling i land, ville han høyst sannsynlig ventet slik at han fikk med seg bonusen. Når han så må slutte etter en usaklig oppsigelse, må bonustapet sees i sammenheng med oppsigelsen og dette tapet må tas med i grunnlaget for tilkjennelse av erstatning".

Etter min mening tilsier også rimelighetshensyn at bonus bør erstattes, da arbeidstakere med denne belønningsformen ellers ville hatt et for dårlig stillingsvern, idet arbeidsgiver ikke ville hatt stort å tape på å bryte arbeidsmiljøloven. Det ville overfor arbeidsgivere som

belønner arbeidstakerne sine med bonus fremfor en større fastlønn i så fall medført enten en tilfeldig fordel, eller representere en kalkulert omgåelse av stillingsvernet. Ingen av disse løsningene kan forsvares. Etter dette er det klart at tapt bonus ved en usaklig oppsigelse skal erstattes.

Etter aml. § 15-11 første ledd kan arbeidstaker ved en tvist om arbeidsforholdet er brakt til opphør med en usakelig oppsigelse, fortsette i stillingen mens forhandlinger om tvisten pågår. Rettspraksis har slått fast at dette som hovedregel også gjelder inntil saken er avgjort med rettskraftig dom, forutsatt at søksmålsfristene i aml. § 17-4 er overholdt.⁵⁸ Retten til å stå i stillingen er i tråd med et av arbeidsmiljølovens hovedformål om å sikre trygge ansettelsesforhold jf. aml. § 1-1 ved at regelen effektiviserer oppsigelsesvernet. Arbeidstakeren slipper først å måtte fratre, slik at arbeidsforholdet avbrytes, for senere å gjeninntre dersom oppsigelsen kjennes ugyldig, noe som vil representere en ulempe for hele arbeidssituasjonen.

Når det gjelder bonus, vil en arbeidstaker som velger å bli i stillingen under tvisten også kunne fortsette å opparbeide bonus på vanlig måte, og økonomisk tap vil dermed forhindres. Et spørsmål i denne forbindelse er om en arbeidstaker har krav på erstatning også når retten til å fortsette i stillingen ikke benyttes. Det kan i så fall argumenteres med at arbeidstakeren ikke har overholdt tapsbegrensningsplikten, som er den alminnelige erstatningsrettslige regel om at skadelidte etter evne skal fjerne eller minske risikoen for skade. I henhold til forarbeidene til lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4. februar 1977 nr. 4 (heretter den tidligere aml.) § 62 gjelder likevel dette prinsippet først når arbeidstaker har vært ute av stillingen forholdsvis lenge.⁵⁹ Regelen i aml. 15-12 er også en "kan-regel", noe som vil bety at retten til å stå i stillingen er en rett og ikke en plikt for arbeidstaker. Dette taler i retning av at arbeidstaker bør få erstattet tapt bonus selv om retten til å stå i stillingen ikke er benyttet. Dette gjelder desto mer dersom arbeidstakeren har en rimelig grunn for dette, for eksempel fordi arbeidsgivers opptreden overfor

⁵⁸ Rt. 2000 s. 1256

⁵⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 78

arbeidstakeren, eller omstendigheter rundt saken for øvrig gjør at det vil være vanskelig for arbeidstakeren å fortsette i stillingen under tvisten. På den andre siden kan det tenkes at det vil kunne være urimelig å ikke gjøre fradrag i erstatningen om arbeidstaker velger å ikke fortsette i stillingen på grunn av for eksempel fornærmelse.⁶⁰ Disse momentene må altså veies mot hverandre av domstolen i den enkelte sak.

Et praktisk problem kan også her være å anslå det økonomiske tapet fraværet har medført i forhold til bonus. Arbeidstaker kan kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med aml. §§ 15-6 til 15-11. Erstatningen skal i følge aml. 15-12 andre ledd fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til "det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig". For de fleste bonusformer er det ikke mulig på forhånd å vite om, eller i så fall hvor mye, bonus som vil komme til utbetaling. Å finne en beregningsmåte for tapet må derfor gjøres i det enkelte tilfellet, og vil avhenge av bonusavtalen og arbeidsavtalen, og eventuell tidligere praksis i forhold til tidligere bonusutbetalinger. Gir ikke avtalene anvisning på en løsning, man må heller bruke andre holdepunkter for å beregne tapet. Ved en prestasjonsbasert bonusordning kan dette for eksempel gjøres ved å gå ut fra et veid gjennomsnitt av bonus arbeidstakeren tidligere har opparbeidet seg. Korrigeringer for sesongmessige svingninger eller mer ekstraordinære hendelser, som for eksempel på bakgrunn av den nåværende finanskrisen bør foretas, i det poenget vil være å finne den bonusen vedkommende realistisk sett ville ha opparbeidet seg i stillingen. En måte å korrigere dette på kan være å se på bonuskurven til kollegaer i samme type stilling i det aktuelle tidsrommet.

Er det snakk om en type bonus hvor betingelsen er å bli værende i stillingen, som for "stay-on bonus", mener jeg at det vil være sterkt urimelig om oppholdet vil representere et brutt vilkår, da oppholdet skyldes en feil fra arbeidsgivers side. I tråd med dette mener jeg at arbeidsgiver heller ikke kan kreve å legge til bindingstid tilsvarende intervallet som oppholdet representerte.

⁶⁰ Henning Jakhelln og Helga Aune: *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Elizabeth Ege § 15-12 note 3 [2009]

4.7 Bonus under permisjon

I dette punktet om permisjon vil det først gis en oversikt over permisjon generelt sett i punkt 4.7.1, for å ha en bakgrunn for å vurdere bonus ved fødselspermisjon nærmere i punkt 4.7.2.

4.7.1 Permisjon

I løpet av et arbeidsforhold hender det at arbeidstaker går ut i en form for permisjon. Arbeidsmiljøloven har i kapittel 12 regler om når arbeidstaker har rett til å ta permisjon fra arbeidet. Arbeidstaker har i henhold til aml. kapittel 12 rett til permisjon ved svangerskap, omsorg for barn og nære pårørende, utdanning, militærtjeneste og offentlige verv. Flere tariffavtaler inneholder også egne permisjonsbestemmelser, for eksempel om velferdspermisjon.⁶¹ Bestemmelse om rett til permisjon kan også fremgå av særavtale, arbeidsreglement eller personalhåndbok. Permisjoner utover dette må baseres på avtale mellom den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker. Ved permisjon vil utgangspunktet være at det ikke kan kreves lønn under fravær, da lønn som den store hovedregel forutsetter arbeid. Lønn opphører etter dette i permisjonstiden, med mindre annet følger av lov eller avtale. Det kan spørres om bonus også bortfaller i perioden. Jeg ser det som en rimelig løsning at bonus i utgangspunktet vil falle bort parallelt med lønnen, dersom ikke annet er særskilt avtalt eller følger av lov.

4.7.2 Permisjon i forbindelse med fødsel

I forbindelse med foreldrepermisjon etter aml. §12-5 kan det oppstå særskilte problemer rundt bonus. For arbeidstagere som tar ut foreldrepermisjon kan det forekomme at bonus blir avkortet eller på grunn av betingelsenes utforming vil være umulige å oppnå. I det følgende ses det på lovligheten av dette.

⁶¹Jf. for eksempel § 2.7 i Verkstedsoverenskomsten 2008-2010

Grunnen til at foreldrepermisjon havner i en særstilling her er at diskrimineringslovgivningen vil kunne komme til anvendelse. Situasjoner der kvinner kommer i en dårligere stilling på arbeidsmarkedet som følge av graviditet, eksempelvis på grunn av foreldrepermisjonsuttak, kalles graviditetsdiskriminering. Loven som er mest aktuell i denne sammenheng er likestl. Denne skal i henhold til likestl. § 1 fremme reell og formell likestilling mellom kjønnene og bedre kvinnens stilling i arbeidsmarkedet. Graviditetsdiskriminering omfattes uttrykkelig av lovens diskrimineringsforbud i likestl. § 3 andre ledd nr. 2. Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsen kom inn i loven i 2002 for å styrke vernet mot graviditetsdiskriminering og for å implementere praksis fra EF-domstolen.⁶² EØS-avtalen binder Norge til å gjennomføre og opprettholde blant annet likelønnsprinsippet som er av relevans her, jf. EØS-avtalens art. 69. Norge er som tidligere nevnt også forpliktet til å følge rettspraksis fra EU. I hvilken grad Norge må se utover landegrensene i saker som omhandler diskriminering omtales også i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) om lov om endring i likestillingsloven mv. s. 11:

"Likestillingsrettens dynamiske karakter tilsier at nyere praksis anses som lidd i en utvikling som ligger innebygget i det EF-rettslige diskrimineringsforbudet. Hvilken vekt nyere avgjørelser bør tillegges kan likevel avhenge av hvor store sprang i utviklingen resultatet i den enkelte sak innebærer i forhold til de foregående. Vekten av nyere avgjørelser bør derfor vurderes konkret fra sak til sak".

Direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er forbudt etter likestl. § 3 første ledd. Direkte diskriminering er alltid forbudt, mens indirekte diskriminering i særlige tilfeller kan være lovlig dersom den har et "...saklig formål uavhengig av kjønn". I likestl. § 4 fremgår det nærmere presisert at det ikke skal gjøres forskjell på kvinner og menn "... ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse og permittering" i strid med likestl. § 3. EF-domstolen har flere ganger slått fast at negativ forskjellsbehandling av kvinner i forbindelse med graviditet og fødsel er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I henhold til EUs likebehandlingsdirektiv fra 2006⁶³ fortalens premiss 23, 24 og 25, og 1976-direktivet⁶⁴

⁶² Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) punkt 6.6.2

⁶³ rådets direktiv 2006/04/EF

⁶⁴ rådets direktiv 76/207/EØF

premiss 7, skal kvinner være beskyttet mot tap av stilling eller svekkede rettigheter på grunn av svangerskaps- og foreldrepermisjon. Dette fremgår nå som nevnt av likestl. § 3 ved at direkte diskriminering er forskjellsbehandling som "setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn", og er altså ulovlig. Diskrimineringsvernet betyr at arbeidstakerens ansettelsesvilkår ikke skal svekkes som følge av graviditet og permisjon. Etter artikkel 15 i EUs 2006 likebehandlingsdirektiv⁶⁵ og artikkel 2 nr. 7 i 1976 direktivet⁶⁶ skal arbeidstakere som går ut i fødselspermisjon ha rett til å komme tilbake til samme eller tilsvarende stilling med samme betingelser og vilkår som de hadde før permisjonen og nyte godt av enhver forbedring i arbeidsvilkårene som vedkommende ville ha vært berettiget til under sitt fravær. Dette følger også av EU-rettspraksis, hvor det uttales at siden arbeidsforholdet består i permisjonstiden, så har arbeidstakerne krav på å nyte godt av en eventuell lønnsvekst i tiden mellom referanseperioden og utløpet av permisjonen.⁶⁷ Med referanseperiode var det her ment den lønnsperiode som ble lagt til grunn for beregning av lønnen i permisjonen, der denne bestemmes av tidligere inntekt. I Norge er det imidlertid ikke lønn, men trygd man mottar under fødselspermisjon, men prinsippet er like viktig for lønsspørsmålet når man vender tilbake i arbeid. EUs direktiv om foreldrepermisjon⁶⁸ bygger på samme prinsipp. Direktivet må imidlertid forstås slik at en arbeidstaker bare er vernet mot endringer som har sammenheng med permisjonen.⁶⁹ Likestillingsloven setter altså ikke grenser for arbeidsgivers styringsrett i permisjonstiden i forhold til endringer av arbeidsvilkårene som ikke har sammenheng med permisjonen. Dette vil si at arbeidsgiver fortsatt kan lede, fordele og kontrollere arbeidet innenfor styringsrettens grenser. Dette må skje på saklig grunnlag, og vil dermed utelukke avgjørelser som i uforholdsmessig grad skulle gå ut over personer i fødselspermisjon. Forbudet mot graviditetsdiskriminering i likestl. § 3 gjelder etter dette også bonusbetingelser.

⁶⁵ rådets direktiv 2006/04/EF

⁶⁶ rådets direktiv 76/207/EØF

⁶⁷ Sak C-342/93 (Gillespie-dommen)

⁶⁸ rådets direktiv 96/34/EF

⁶⁹ Hedlund (2008) s. 209

Det bemerkes at likestl. har en egen bestemmelse om likelønn i § 5, og bonus kan i noen tilfeller sammenlignes med lønn. Når det er snakk om ulik lønn som har sammenheng med graviditet eller permisjon er det imidlertid generalklausulen i likestl. § 3 sakene skal vurderes etter.⁷⁰

Et neste spørsmål blir om alle typer bonus vil rammes av likestl. § 3.

Bonus kan være en del av arbeidstakernes ansettelsesvilkår, og er dermed altså i utgangspunktet vernet mot graviditetsdiskriminering. For bonuser som er ment som en generell påskjønnelse til de ansatte gjør særlig de samme hensynene som for lønn seg gjeldene. For bonuser av denne typen vil arbeidsgiver neppe lovlig kunne avkorte bonusen for de som er ute i fødselspermisjon. Noe annerledes stiller det seg for bonuser som er engangsutbetalinger for oppnådd arbeidsresultat. Det er antagelig ikke i strid med diskrimineringsforbudet å begrense en slik bonus til bare å gjelde de som var i arbeid i størstedelen av perioden eller å gjøre et forholdsmessig fradrag for de som tar permisjon. Dette følger av saker som har vært til behandling hos Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Av lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda av 10. juni 2005 nr. 40 (heretter diskrim.ombudsl.) § 1 andre ledd fremgår det at ombudet skal føre tilsyn med og medvirke til gjennomføring av blant annet likestillingsloven, diskrimineringsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 om diskriminering. Ombudet skal gi uttalelser mens nemnda kan treffe vedtak for å bringe diskriminering til opphør. Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelser, jf. diskrim.ombudsl. § 3 (3). Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudets uttalelse klages inn for nemnda. Nemndas vedtak kan igjen bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Det er imidlertid svært sjelden sakene tas inn for de alminnelige domstolene, så ombudets og nemndas praksis vil være har stor relevans.

I Likestillingsombudets sak 2004/75 som gjaldt bonus og fødselspermisjon er det gitt en oppsummering i forhold til rettssituasjonen:

⁷⁰ Hellum (2008) s. 207

"Av Likestillingsombudets praksis med saker om bonusutbetalinger og permisjon, kan det utledes følgende: Hvis utbetalingene er å anse som generelle tillegg som ikke relateres til resultatet i noe bestemt år, skal ansatte i fødselspermisjon behandles likt med andre ansatte. Det skal altså ikke foretas noen avkorting. Når det gjelder resultatbaserte lønssystemer, er utgangspunktet at man har krav på sin rettmessige del av bonusen beregnet ut fra hvor mye man faktisk har arbeidet og dermed bidratt til resultatet."

Ofte vil grensen mellom hva som er individuelle prestasjoner og virksomhetens resultater imidlertid være uklare. Det må derfor foretas en konkret vurdering av den enkelte bonusordning før det lar seg fastslå hvorvidt det må utbetales bonus under permisjonen.

Saker om bonus i forhold til fødselspermisjon har også vært oppe i EF-domstolen. Ombudets avgjørelse samsvarer med EU-retten. Dette kan belyses for eksempel ut fra saken som dreide seg om en arbeidsgiver som hadde gitt de ansatte en "julebonus".⁷¹ Kvinnen i saken fikk ikke denne bonusen da hun var ute i fødselspermisjon. Arbeidsgivers begrunnelse var at hun ikke var aktiv i stillingen på utbetalingstiden. Om bonusen var i strid med lovgivningen var avhengig av hva bonusen kunne klassifiseres som. Var den å anse som opptjent lønn for utført arbeid ville en utelatelse av å betale kvinnen en forholdsmessig del av bonusen for den tid hun hadde vært i arbeid være å anse som diskriminering. Dersom bonusen derimot måtte betraktes som en incentivbonus for fremtidig innsats og lojalitet til arbeidsgiver kunne det ikke sies å være diskriminerende når kvinnen ble holdt utenfor. Arbeidsretten påpekte imidlertid at avgjørelsen om det i dette tilfellet var snakk om det ene eller andre måtte avgjøres av de alminnelige domstoler.

Videre i ombudets uttalelse i sak 2004/75 ga de presiseringer i forhold til den lovpålagte delen av permisjonen, det vil i følge aml. § 12-4 si de seks ukene etter fødsel hvor mor skal ha permisjon, samt mors permisjon de tre forutgående ukene av fødselen etter ftrl. kapittel 14. I saken ble det uttalt at:

⁷¹ [2000]-IRLR-67-ECJ Lewen v Denda

"selv om kvinner er lovpålagt å være borte fra arbeidet i forbindelse med fødsel i ni uker av permisjonen, er det ikke dermed sagt at man har et krav på bonus for disse ukene. Man har ikke krav på lønn fra arbeidsgiver i permisjonstiden, man et krav på fødselspenger fra trygden. Det betyr at man heller ikke har krav på bonus og andre ytelse som faller inn under lønnsbegrepet. Det er altså opp til hver enkelt arbeidsgiver å dekke lønn i permisjonstiden, og det følger av en tolkning av arbeidsgivers reglement eller avtale om dekning av lønn, om for eksempel tapt bonus også er ment å skulle kompenseres."

Går man kun ett år tilbake i tid, i Likestillingsombudets sak 2003/166, uttalte ombudet omtrent det samme for permisjonstid i forbindelse med fødsel generelt, men i forhold til den lovpålagte delen av permisjonen derimot det stikk motsatte som i saken over:

"- Kvinner har også krav på bonus for de ni ukene de er pålagt å være borte fra arbeidet i forbindelse med fødsel. Det er lovstridig å foreta avkorting for denne perioden. Det samme gjelder menn som tar ut fedrekvoten på fire uker."

I den ovennevnte saken⁷² tas dette syn også til inntekt for gjeldende rett.

Ut fra dette tolker jeg rettssituasjonen slik at man for "frivillig permisjonstid", dvs. ukene utover de 9 som er lovpålagt for mor, kan forholde seg til ombudets oppsummering i Likestillingsombudets sak 2004/75, mens rettssituasjonen for permisjon i de lovpålagte ukene ikke er avklart. Denne uklarheten framgår også av juridisk litteratur.⁷³ Basert på det generelle diskrimineringsforbudet i likestl. § 3 og på rimelighetshensyn er min mening at løsningen bør være at bonus i det minste bør kunne kreves i de lovpålagte ukene i permisjonen.

Et annet spørsmål som også flere ganger har vært behandlet i ombudet, er om personer i foreldrepermisjon må finne seg i å få redusert bonusutbetaling dersom kollegaer som er borte fra arbeidet på et annet grunnlag enn foreldrepermisjon får bonus. I den grad det finnes regler i bonusavtalen om andre typer fravær, for eksempel om langtidssykemeldte, uttales det i Likestillingsombudets sak 2003/166 at fødselspermisjon ikke skal behandles

⁷² [2000]-IRLR-67-ECJ Lewen v Denda

⁷³ Jakhelln (2006) s. 338 sammenlignet med Hedlund (2008) s. 257

strengere enn det som fremgår av disse bestemmelsene. Dette er en rimelig løsning da det ikke er grunn til å behandle personer i foreldrepermisjon dårligere enn andre fraværende kollegaer, når konsekvensen for arbeidsgiver blir den samme, nemlig at arbeidstakerne er borte.

5 Utvalgte rettsområder - i hvilke beregningsgrunnlag inngår bonus?

5.1 Innledning

I dette kapittelet har jeg valgt ut forskjellige rettsområder hvor det vil være av betydning om bonusutbetalinger skal medtas i beregningsgrunnlaget for diverse ytelser. Dette vil kunne medføre store økonomiske konsekvenser for arbeidstaker, og i noen tilfeller for arbeidsgiver. I punkt 5.2 gjennomgås bonus i forhold til feriepenger, i punkt 5.3 ses det på skattespørsmål og i punkt 5.4 arbeidsgiveravgift. Videre behandles ytelser etter ftrl. i punkt 5.5 og i punkt 5.6 delingsoppgjør ved skilsmisse.

5.2 Feriepenger

I henhold til § 1 i ferieloven skal arbeidstakere årlig ha feriefritid og feriepenger. I følge forarbeidene er formålet med feriepenger at disse skal kompensere for lønnsbortfallet under feriefraværet, og det er lagt vekt på at arbeidstakeren skal sikres omtrent samme inntekt under ferien som ellers.⁷⁴ Disse reglene har Norge forpliktet seg til gjennom direktiv 93/104 art. 7 om visse aspekter i forbindelse med tilretteleggelse av arbeidstiden. Av artikkelen fremgår det at det skal sikres "... at alle arbeidstakere får en årlig betalt ferie av minst fire ukers varighet, i overensstemmelse med de kriterier for oppnåelse og tildeling av dette som er fastsatt i nasjonal lovgivning og/eller praksis".

⁷⁴ Ot.prp. nr.54 (1986-87) s. 87

Feriepengene skal i henhold til ferieloven § 10 første ledd "beregnes på grunnlag av arbeidsvederlag som er utbetalt i opptjeningsåret". Et spørsmål blir da om bonusutbetalinger skal inngå i feriepengegrunnlaget eller ikke. Det er derfor spørsmål om hva som her ligger i begrepet "arbeidsvederlag". I følge forarbeidene⁷⁵ tilsvarer "arbeidsvederlag" uttrykket "arbeidsfortjeneste" i den tidligere ferieloven av 1987, og det uttrykkes at:

"Som arbeidsvederlag regnes alle former for pengeytelser som kan sies å være opptjent ved arbeid. Disse inngår i feriepengegrunnlaget, med unntak av det som følger av annet ledd."

Videre fremgår det at departementet mente at: "... det kan være hensiktsmessig å avgrense begrepet 'arbeidsvederlag' i ferieloven etter de samme linjer som i lov. 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett".⁷⁶ Dette innebærer i henhold til drøftelsen i oppgavens punkt 4.5.1 at arbeidsvederlag, i tillegg til vanlig lønn, blant annet omfatter bonus og andre former for provisjon. At bonus kan anses som arbeidsvederlag i sammenheng med feriepenger fremgår også av Rt. 1980 s. 703 (Periscopus A/S). Her belyses også spørsmålet om bonus som ikke nødvendigvis er opptjent på bakgrunn av arbeidstakerens innsats alene, gir krav på feriepenger. I denne saken var en annonseakkvisitør i et tidsskrift lønnet med 17 % av samtlige annonseinntekter. Han var imidlertid ikke alene om å selge annonser, og spørsmålet var om han var berettiget til feriepenger av hele beløpet, selv om annonseinntektene antageligvis ikke skyldtes hans arbeidsinnsats alene. Høyesterett svarte bekræftende på at han var berettiget feriepenger av hele beløpet, og tok ikke hensyn til at også andre ansatte kunne ha bidratt til resultatet. Synspunktet er også kommet til uttrykk i juridisk teori, for eksempel i "Ferieloven med kommentarer"⁷⁷ hvor Holo uttrykker at:

"Bonus er normalt å betrakte som vederlag for arbeid og skal tas med i opptjeningsgrunnlaget. Det gjelder selv om bonusberegningen er knyttet til mer enn den enkelte arbeidstakers innsats, f.eks. avdelingens og selskapets resultat. Det er like fullt 'arbeidsvederlag' i lovens forstand".

⁷⁵ Ot.prp. nr. 54 (1986-87) s. 163

⁷⁶ Ot.prp. nr. 50 (1980-81) s. 210 flg.

⁷⁷ Holo (2006) s. 140

Etter dette må bonus kunne utløse krav på feriepenger.

I ferieloven § 10 andre ledd oppstilles det enkelte unntak for hva som skal inngå i beregningsgrunnlaget for feriepenger. I bestemmelsens bokstav c) går det frem at unntaket blant annet gjelder "fast godtgjøring som opptjenes og utbetales uavhengig av fravær på ferie". Bestemmelsen må ses i sammenheng med det grunnleggende prinsipp om at feriepenger skal erstatte inntektsbortfallet under feriefraværet.⁷⁸ Poenget med unntaket er at behovet for å kompensere for lønnsbortfallet under feriefravær ikke er til stede dersom arbeidstaker får utbetalinger også ved feriefravær. I forbindelse med bonus blir spørsmålet om dette unntaket gjelder når bonus også utbetales i ferier og under fravær.

Det må avgjøres om bonus kan være en "fast godtgjørelse" etter ferieloven § 10 andre ledd bokstav c). Av en tolkning av ordlyden i "fast godtgjørelse" kan det antagelig utledes at unntaket ikke vil gjelde for bonuser i form av en variabel ytelse, selv om bonusen også skulle bli utbetalt i ferien.⁷⁹ Dersom bonusen derimot har form av å være en fast godtgjørelse kan den omfattes av unntaket. Dette illustreres også av Borgarting lagmannsretts avgjørelse inntatt i RG 2007 s.1350 som blant annet gjaldt spørsmålet om en bonusordning inngikk i feriepengegrunnlaget eller om denne var unntatt etter ferieloven § 10 nr. 1 annet ledd bokstav c). Administrerende direktør i et selskap hadde her inngått en avtale som sikret han en nærmere angitt bonus ved salg av selskapet. Det fremgikk av avtalen at:

"Dersom selskapet på 100% basis blir solgt for MNOK 25 skal du ha en før skatt bonus på NOK 500.000. Denne bonusen trappes opp linjært med NOK 50.000 pr. MNOK 1 i økt salgssum, til NOK 1.000.000 før skatt ved et salg på MNOK 35. For et salg utover MNOK 35 øker din bonus med NOK 100.000 pr. MNOK 1 i økt salgssum. F.eks. ved salg på MNOK 42 skal du avregnes NOK 1.700.000 før skatt."

⁷⁸ Ot.prp. nr. 54 (1986-87) s. 87

⁷⁹ Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til ferieloven, Gunn Kristin Olimstad § 10 note 5 [2009]

Lagmannsretten fant at unntaket i ferieloven § 10 annet ledd nr. 1 bokstav c) ikke kom til anvendelse i saken, og at bonusutbetalingen således inngikk i feriepengegrunnlaget. Retten begrunnet dette med at:

"Ut fra formuleringen av bonusavtalen og vitneforklaringer, legger lagmannsretten til grunn at formålet med bonusen var å gi Flekke motivasjon til å lede selskapet på en best mulig måte for å skape gode økonomiske resultater og dermed gjøre det mulig for eierne å oppnå en høy pris ved et salg av selskapet. Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at bonusen på denne måten var knyttet direkte til Flekkes arbeidsinnsats i selskapet."

Etter dette vil bonuser som hovedregel ikke faller inn under unntaket i ferieloven § 10 nr. 1 andre ledd bokstav c), men unntak fra dette kan tenkes i tilfeller hvor bonusutbetalingen ikke kan knyttes til arbeidstakers innsats.

5.3 Skatt

I lov om skatt og formue av 26. mars 1999 nr. 14 (heretter sktl.) heter det i § 5-1 første ledd at "enhver fordel vunnet ved arbeid" er skattepliktig inntekt. Begrepet "fordel" favner vidt, og presiseres i sktl. § 5-10 første ledd bokstav a):

"Fordel vunnet ved arbeid omfatter blant annet:

a. lønn, honorar, feriepenger og annen godtgjørelse vunnet ved arbeid i og utenfor tjenesteforhold, men ikke i virksomhet. Som annen godtgjørelse anses blant annet tantieme, ventepenger, drikkepenger, provisjon, premier, priser, stipend og lignende ytelser...".

Alt som kan anses som en form for bonusutbetaling, for eksempel pengeytelser, naturalytelser, aksjer og opsjoner, vil altså etter en tolkning av ordlyden være å regne som en "fordel". Videre i formuleringen i sktl. § 5-1 første ledd skal denne fordelene imidlertid være "vunnet ved ... arbeid", som et av lovens alternativer. I denne formuleringen ligger det et krav til sammenheng mellom den ervervede fordel på den ene siden og det utførte arbeid på den andre siden. For de fleste bonustyper reiser dette ikke problemer, da bonusen ofte nettopp er et resultat av det utførte arbeidet. En bonustype det imidlertid kan være tvil om er gjenstand for beskatning eller ikke, er de diskresjonære bonusene. Dette fordi denne

typen bonusutbetaling kan anføres å måtte betegnes som en gave fra arbeidsgiver til arbeidstaker. I denne forbindelse må bestemmelsen i sktl. § 5-50 tredje ledd, om at formuesforøkelse ved gave ikke er gjenstand for beskatning, trekkes inn. Denne bestemmelsen kan i noen tilfeller være overflødig da loven uansett ikke hjemler inntektsbeskatning av gaveerwerb. I noen rettsforhold, som har trekk som er typiske både for gave og inntekt, som kan være tilfelle for bonus, vil imidlertid bestemmelsen kunne være klargjørende.⁸⁰ Forholdet mellom gaveregelen og arbeidsinntektsregelen er belyst i Rt. 1958 s. 583 (Hagerup-dommen). En forfatter hadde fått et "stipend" på kr. 5000 av Aschougs forlag i forbindelse med forlagets 75-års jubileum. Skatteyteren anførte blant annet at "stipendet" var skattefritt som gave etter nåværende sktl. § 5-30 tredje ledd. Etter en tolkning av hva som ligger i et slikt "stipend" mener jeg at dette er sammenlignbart med bonus, og at dommen derfor kan være et moment i forhold til spørsmålet om en bonus vil være gjenstand for beskatning. Høyesterett uttalte her at:

"Etter forarbeidene og lovens hensikt er det etter min mening klart at et beløp som har karakter av en fordel, vunnet ved arbeid eller virksomhet, kan beskattes som inntekt, selv om den til like har de egenskaper som etter vanlig sprogbug kjennetegner en gave. ... Etter min mening spiller det ingen særlig rolle om man vil se det slik at lovens regel om skattefrihet for gaver i kollisjonstilfelle må stå tilbake for regelen om skatteplikt av fordel, vunnet ved arbeid eller virksomhet, eller om man - som jeg kanskje finner mer naturlig - vil si at loven opererer med et annet og noe snevrere gavebegrep enn det vanlige."

Forarbeidene til den nåværende skatteloven gir imidlertid ikke støtte til dette argumentet. I Ot.prp. nr. 86 (1997-1998) punkt 7.5 fremgår det nettopp at de fordeler som arbeidstaker erverver fra arbeidsgiver i tjenesteforhold med få unntak må anses som en fordel vunnet ved arbeid. Foruten kontant lønn og andre fordeler som arbeidstakeren har rettslig krav på, omfatter arbeidsregelen etter dette også andre og mer tilfeldige fordeler som arbeidstakeren måtte motta fra arbeidsgiver. Arbeidsregelen vil således ofte gå foran gaveregelen der hvor begge regler isolert sett kunne tenkes anvendt. Likevel kan man neppe se helt bort fra at gavebestemmelsens eksistens kan ha en viss betydning for grensedragningen mellom skattepliktig arbeidsinntekt og skattefrie gaver, idet skatteyteren altså kan argumentere med

⁸⁰ Zimmer (2005) s. 140

at sammenhengen mellom fordel og arbeid ikke foreligger og at ervervet må anses som gave. Dommen det er referert fra viser imidlertid at det skal svært mye til for å få gjennomslag for denne argumentasjonen. Etter dette ser jeg rettssituasjonen slik at bonus som den store hovedregel er gjenstand for beskatning, uansett på hvilket grunnlag bonusen er gitt. Døren står imidlertid litt på gløtt, men det skal veldig mye til for at en bonus anses som en skattefri gave.

5.4 Arbeidsgiveravgift

Folketrygden finansieres blant annet av arbeidsgiveravgift. Spørsmålet her er om arbeidsgiver må betale arbeidsgiveravgift av eventuelle bonuser.

Arbeidsgiveren skal i henholdt il ftrl. § 23-2 første ledd betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse til arbeidstaker for arbeid og oppdrag som han er pliktig til å innberette. I bestemmelsens tredje ledd fremgår det at det også skal betales arbeidsgiveravgift av naturalytelser og annen godtgjørelse i den utstrekning beløpet er skattepliktig etter skatteloven. I forhold til arbeidsgiveravgift ser jeg det derfor naturlig å foreta vurderingen ut fra de samme hensynene som etter skatteloven. I tråd med drøftelsen i punkt 5.3 vil man derfor i de aller fleste tilfeller måtte betale arbeidsgiveravgift av bonus.

5.5 Ytelser etter folketrygdloven

Formålet med ftrl. er i følge § 1-1 "å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt og kompensere for særlige utgifter" i bestemte situasjoner. Dette kan for eksempel være når man går av med pensjon, eller dersom man blir arbeidsløs eller syk. Dette skjer ved økonomiske ytelser i form av løpende utbetalinger fra folketrygden. Videre skal folketrygden jf. formålsparagrafens andre ledd "bidra til utjevning av inntekt og levekår over den enkeltes livsløp og mellom grupper av personer." Dette gjøres ved at folketrygden er en sosial forsikringsordning. Det følger også av bestemmelsen at folketrygden skal virke etter hjelp til selvhjelp prinsippet. I det følgende vil de vanligste formene for ytelser bli gjennomgått i punktene 5.5.1 om alderpensjon, punkt 5.5.2 om dagpenger og punkt 5.5.3

om sykepenger. Spørsmålet vil være om bonusutbetalinger skal inngå i beregningsgrunnlaget for de ulike ytelsene.

5.5.1 Alderspensjon

Grunnpensjon og tilleggspensjon utgjør hovedkomponentene i folketrygdens pensjoner etter ftrl. § 3-1. Grunnpensjonen fastsettes i henhold til ftrl. § 3-2 på grunnlag av trygdetid, og er uavhengig av inntekt. Tilleggspensjon bestemmes imidlertid av blant annet "tidligere pensjonsgivende inntekt", jf. §§ 3-8, 3-11. Det avgjørende for om bonus skal inngå i beregningsgrunnlaget for alderspensjon vil derfor være om bonus er å betrakte som "pensjonsgivende inntekt".

I henhold til ftrl. § 3-15 første ledd skal "... pensjonsgivende inntekt regnes [som] personinntekt etter sktl. § 12-2". Av bestemmelsen i sktl. § 12-2 fremgår det at "personinntekt" blant annet omfatter fordel vunnet ved arbeid etter sktl. § 5-10. Om bonus skal inngå i beregningsgrunnlaget for alderspensjon vil etter dette falle sammen med den tidligere drøftelsen om skatt i punkt 5.3. Det vises derfor til dette punkt og til min konklusjon om at bonus i det alt vesentlige vil være å regne som en fordel vunnet ved arbeid som er gjenstand for beskatning. Bonus vil altså, på lik linje med denne konklusjonen, som hovedregel inngå i beregningsgrunnlaget for alderspensjon.

5.5.2 Dagpenger

Dagpenger skal i følge ftrl. § 4-1 gi "delvis dekning for bortfall av arbeidsinntekt dersom man er arbeidsløs". I ftrl. § 4-12 er dagpengenes størrelse angitt til å være 2,4 promille av dagpengegrunnlaget. Dagpengegrunnlaget er jf. ftrl. § 4-11 den inntekten dagpengene regnes ut etter, og fastsettes som hovedregel ut fra "den utbetalte arbeidsinntekt i det siste avsluttede kalenderåret" eller, dersom det gir et høyere grunnlag, ut fra "gjennomsnittlig arbeidsinntekt i de tre siste avsluttede kalenderårene". Spørsmålet her er om bonus inngår i dagpengegrunnlaget. Dette må avgjøres ved om bonus vil falle inn under begrepene "utbetalt arbeidsinntekt" og "arbeidsinntekt". Forarbeidene sier ikke noe om dette. Formålet

med dagpenger er imidlertid sammenfallende med formålet til feriepenger, nemlig å kompensere for inntektsbortfall. Jeg ser det derfor naturlig å avgjøre spørsmålet om bonus skal inngå i beregningsgrunnlaget for dagpenger ut fra de samme hensyn som for om bonus skal medregnes i feriepengegrunnlaget. Jeg viser derfor til drøftelsen om dette i punkt 5.2. Ut fra dette vil bonus antagelig inngå i dagpengegrunnlaget.

5.5.3 Sykepenger

Sykepenger skal ytes som en kompensasjon for bortfall av arbeidsinntekt for yrkesaktive som er arbeidsuføre på grunn av sykdom eller skade etter ftrl. § 8-1. Med tanke på beregningsgrunnlaget for sykepenger heter det i ftrl. § 8-29 første ledd at "Lønnsinntekt og andre godtgjørelser som er resultat av arbeidstakerens egen arbeidsinnsats tas med ...". Det melder seg også her spørsmål om hvorvidt bonus skal inngå i beregningsgrunnlaget. I ftrl. § 8-28 fremgår det at sykepengegrunnlaget, jf. ftrl § 8-10 og 8-29, skal beregnes etter "aktuell ukeinntekt", og denne skal i henhold til ftrl. 8-28 andre ledd beregnes etter den gjennomsnittlige "arbeidsinntekten" pr. uke som arbeidstakeren har hatt i arbeidsforholdet i en nærmere bestemt periode før han eller hun ble arbeidsufør. Om bonus vil være å regne som "arbeidsinntekt" her, vil måtte antas å bero på samme drøftelse som i de foregående drøftelsene om dette i punkt 5.5.2 om dagpenger jf. punkt 5.2 om feriepenger. Konklusjonene der gir holdepunkter for at bonus skal medregnes i dagpengegrunnlaget. Dette synspunktet støttes også i rundskriv av 1. mai 1997 nr. 49:

"Bonus og tantieme som ved utløpet av året betales av bedriftens overskudd til den enkelte, avhengig av faktisk arbeidsinnsats, må anses innvunnet gjennom arbeidstakerens innsats og produktivitet, jf. §8-29."

Etter dette legger jeg til grunn at bonus antagelig skal medregnes i sykepengegrunnlaget.

Hvordan beregningsperioden for sykepenger skal fastsettes er listet opp i ftrl. § 8-28 tredje ledd. Det videre spørsmålet er hva beregningsperioden for bonus skal være. For bonus vil alternativet i ftrl. § 8-28 tredje ledd bokstav e) kunne være aktuelt:

"I et arbeidsforhold med skiftende arbeidsperioder eller inntekter skal et lengre og mer representativt tidsrom enn fire uker legges til grunn."

Forarbeidene gir ikke svar på om dette vil gjelde for bonus, men problemstillingen er belyst i det nevnte rundskrivet.⁸¹ Her sies det nettopp om ftrl. § 8-28 tredje ledd bokstav e) at:

"Bestemmelsen slår fast at man i visse typer arbeidsforhold må bruke en lengre og mer representativ periode for å finne fram til normallønnen i arbeidsforholdet. Hensikten er å komme fram til det som er den normale årsinntekten for vedkommende arbeidstaker."

Som illustrasjon på når det kan være aktuelt å legge et lengre og mer representativt tidsrom til grunn, nevnes blant annet bonus:

"Ved fastsettelse av sykepengegrunnlaget må derfor et så langt tidsrom legges til grunn at det tas hensyn til betaling av bonus. I tilfeller der bonus betales en gang per år, bør et tidsrom på tolv måneder legges til grunn. Det forutsettes imidlertid at det på sykmeldingstidspunktet foreligger tilstrekkelige opplysninger om bonusens størrelse. Dersom bonusen varierer fra år til år, må det foretas en konkret vurdering. Forrige års bonus kan ikke uten videre legges til grunn."

Etter dette kan et lengre og mer representativt tidsrom for bonusen legges til grunn ved beregning av sykepenger.

5.6 Delingsoppgjør ved skilsmisse

I forbindelse med en skilsmisse kan det oppstå spørsmål om en bonus skal inngå i delingsgrunnlaget eller ikke. Det knytter seg problemer til både skjevdelingsregelen og til skjæringstidspunktet, i henholdsvis punkt 5.6.1 og 5.6.2. Disse problemstillingene er ikke gitt en utfyllende behandling, da det vil falle på siden av oppgaven å gå i detalj her.

⁸¹ RSK av 1. mai 1997 nr. 49

5.6.1 Skjevdeling

Hovedregelen i norsk rett er at ektefellenes formue deles likt ved en skilsmisse, jf. lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47 (heretter el.) § 58. I el. § 59 oppstilles et unntak fra hovedregelen om likedeling, som går ut på at hver av ektefellene kan holde visse midler utenfor delingen dersom verdiene av disse fortsatt er i behold. Dette gjelder verdien av midler som en ektefelle "hadde da ekteskapet ble inngått" eller senere har ervervet ved "arv, eller ved gave" fra andre enn ektefellen.

Det oppstår her to problemstillinger i forhold til bonus. For det første kan det bli problematisk å fastslå om den ene ektefellen "hadde" en bonus før ekteskapet ble inngått. Denne problemstillingen er særlig aktuell hvor en bonus er opptjent eller delvis opptjent før ekteskapsinngåelsen, men hvor betingelsene for utbetaling ikke fullt ut foreligger før ekteskapsinngåelsen. Et eksempel på dette er i de tilfellene der bonus er betinget av overskudd i bedriften det gjeldende året. Hensynet bak skjevdelingsregelen bygger på det samme som for likedelingsregelen, og er i følge forarbeidene begrunnet i det fellesskapet som oppstår mellom ektefeller av økonomisk og annen art.⁸² Skjevdelingsmidler er nettopp verdier som ikke er skapt gjennom dette ekteskapelige fellesskapet da midlene enten er skapt forut for ekteskapet eller er ervervet gjennom gave eller arv fra utenforstående.⁸³ Dersom bonusen var betinget idet ekteskapet ble inngått, er det tre tenkelige løsninger; at ingenting, en forholdsmessig del eller alt skal kunne skjevdeles. En objektiv tolkning av ordlyden "... midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått ..." vil imidlertid kunne anses som å utelukke det sistnevnte alternativet, da vilkåret om at verdien skal stamme fra før ekteskapet ikke fullt ut er innfridd. Hensynet bak regelen taler også i mot at hele bonusen skal kunne skjevdeles, og dette ser jeg dermed som en lite sannsynlig løsning.

Dette gjør det imidlertid ikke klarere om det er en forholdsmessig del eller ingen skjevdeling som kan kreves. Det er verdien av midlene som eventuelt kan skjevdeles. Det kan hevdes at bonus ikke utgjør en verdi før alle betingelsene er oppfylt, siden man først da

⁸² NOU 1987:30 s. 79

⁸³ Ot.prp. nr. 28 (1990-1991) s. 63

har et rettmessig krav overfor arbeidsgiver. Risikoen for om betingelsene vil innfris taler derfor mot å kunne skjevdele. Det at bonusen faktisk er opptjent før ekteskapet taler igjen sterkt for at den skal kunne skjevdeles. Hensynet bak bestemmelsen trekker også i retning av å kunne skjevdele for den delen som ble opptjent før ekteskapet, da det på dette tidspunktet ikke eksisterte et ekteskapeleg fellesskap. Etter dette ser jeg det naturlig å legge en forholdsmessig skjevdeling til grunn.

For det andre kan det oppstå situasjoner der det kan være vanskelig å avgjøre om en bonus vil være å betrakte som en "gave" fra arbeidsgiver, som altså vil gi en rett til å kunne kreve skjevdeling. Problemstillingen kan være aktuell for de diskresjonære bonusene. Jeg nøyer meg imidlertid her til å påpeke problemstillingen.

5.6.2 Skjæringstidspunkt

Det som skal deles i en skilsmisse er i henhold til el. § 60 den formuen hver ektefelle hadde da rettslige skritt mot en skilsmisse ble tatt, mest praktisk når separasjon ble begjært. I forhold til bonus knytter det seg også her spørsmål til de opptjente, men betingede bonusene, hvor bonusen er opptjent før skjæringstidspunktet, men hvor ikke samtlige betingelser er innfridd på dette tidspunkt. Dette vil langt på vei være sammenfallende med problemstillingen for skjevdeling, men "i den andre enden" av ekteskapet. Mange av de samme hensynene i drøftelsen for skjevdeling vil derfor gjøre seg gjeldende. Det vil derfor kanskje også her være naturlig å foreta en forholdsmessig fordeling av bonusen.

6 Rettspolitiske betraktninger rundt bonus

6.1 Innledning

I dette kapittelet har jeg valgt ut tre temaer i forbindelse med bonus, som er aktuelle på hver sin måte. I punkt 6.2 diskuteres fravet til forsvarlig arbeidsmiljø, og her er særlig forbud mot prestasjonslønn ved risikofylt arbeid behandlet, da det for tiden står på den politiske agendaen. I punkt 6.3 kommenteres aldersdiskriminering i forhold til bonusordninger på bakgrunn av den voksende interessen for dette temaet i hele Europa. Til i oppgaven sist vurderes det hvorvidt en minstelønn bør innføres her i landet, til dels på bekostning av usikre bonusordninger i punkt 6.4.

6.2 Bonus og arbeidsmiljø

Bonussystemer er basert på det grunnsyn at den enkelte arbeidstaker vil anstrenge seg mer hvor lønnen står i direkte forhold til innsatsen enn hvor lønnen kun er avhengig av hvor lenge arbeidstageren er på arbeid. Dette kan føre til press. I en forlengelse av dette kan det oppstå fare for liv og helse idet sikkerhetsmessige hensyn kan bli nedprioritert i kampen om bonus, samt at bonusjaget generelt kan bidra til fysiske og psykiske plager. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom bonusordningen medfører at det oppstår en usunn konkurransesituasjon og grunnlaget for trivsel og samarbeid svekkes. Dette kan få uheldige følger som mistriivsel, liten interesse for arbeidet, konflikter blant de ansatte, hyppige og lange sykefravær og oppsigelser. Det stilles blant annet derfor krav til arbeidsmiljøet i aml.

6.2.1 Krav til forsvarlig arbeidsmiljø

Den generelle hovedregelen om krav til forsvarlig arbeidsmiljø fremgår av aml. § 4-1 første ledd:

"Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd".

Begrepet "fullt forsvarlig" angir en generell rettslig standard, og skal i følge bestemmelsens andre punktum "til enhver tid utvikles og forbedres i samsvar med utviklingen i samfunnet." Hva som er "fullt forsvarlig" viser dermed til en vurderingsnorm som ligger utenfor seg selv som avgjørende kriterium. Av forarbeidene følger det at vitenskapelige og teknologiske nyvinninger og de til enhver tid gjeldende moralske og sosialt aksepterte handlingsnormer i samfunnet skal inngå i vurderingen.⁸⁴ Lønnsomhetshensyn kan for eksempel derfor ikke fortrenge de krav til arbeidsmiljøstandard som er foreskrevet i lov- og regelverk.⁸⁵ Begrepet angir altså en minimumsstandard for arbeidsmiljøet uavhengig av den enkelte virksomhets økonomiske stilling.

Bestemmelsen medfører at arbeidsgiver plikter å foreta nødvendige risikovurderinger og iverksette nødvendige tiltak. Forarbeidene gir nærmere føringer på hva som er påkrevd. I Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 26-27 fremgår det at:

"Det loven vil kreve, er først og fremst at virksomheten skal innrettes, og arbeidet organiseres på en slik måte, at arbeidstakerne er sikret mot skader på liv og helse så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre. Dette vil ikke si at alle arbeidstakerne vil få like godt arbeidsmiljø. ... Utgangspunktet er imidlertid klart. Er helsemessige skader eller faren for ulykker en påregnelig følge, kan ikke arbeidet tillates. Arbeidsmiljøet kan i slike tilfeller ikke sies å være fullt forsvarlig."

Paragrafens andre ledd gjelder tilretteleggingskrav og lyder:

"Ved planlegging og utforming av arbeidet skal det legges vekt på å forebygge skader og sykdommer. Arbeidets organisering, tilrettelegging og ledelse, arbeidstidsordninger, teknologi, lønnsystemer mv. skal være slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger og slik at sikkerhetshensyn ivaretas."

Det forebyggende aspektet er selve grunntanken bak arbeidsmiljøreguleringen. Samlet sett innebærer derfor bestemmelsen at arbeidsgiver skal bruke de muligheter som foreligger innenfor rammene av styringsretten, til å tilrettelegge arbeidet slik at arbeidstakerne ikke

⁸⁴ NOU 2004:5 kapittel 11.1.5.6 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 7.3.3

⁸⁵ NOU 2004:5 kapittel 6.2

utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger.⁸⁶ Eventuelle bonusordninger en bedrift benytter seg av vil være naturlig å anse som en del av arbeidsmiljøet, og ordningen omfattes således av bestemmelsen. I oppgaven er det dessuten lagt til grunn at bonus er sammenlignbart, og i noen tilfeller også sammenfallende, med lønn. At det stilles krav til lønssystem, er eksplisitt listet opp i bestemmelsen. I NOU 2004:5 kapittel 23.4 er det nærmere forklart hva som ligger i dette:

"Med "lønssystemer" tas det særlig sikte på prestasjonslønssystemer som akkord og liknende som etter omstendighetene vil kunne ha negative effekter på arbeidsmiljøet, for eksempel ved at arbeidstempoet kan bli uforsvarlig stort".

Bonus vil dermed falle direkte under bestemmelsen her. Arbeidsgiver vil etter dette måtte velge en bonusform som ikke utsetter de ansatte for uheldige fysiske eller psykiske belastninger eller som bidrar til å svekke sikkerheten.

6.2.2 Forbud mot prestasjonslønn ved risikofyllt arbeid

I den tidligere aml. §12 nr. 4 a) var det et spesifikt forbud mot prestasjonslønn i farlig arbeid. Denne presiseringen ble ikke opprettholdt i den nye aml. av 2005. Det var imidlertid ikke til hensikt å forandre på bestemmelsens materielle innhold. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kapittel 7.3.3 sies det at:

"Departementet vil i den forbindelse understreke at bestemmelsen, slik den er foreslått, fortsatt gir grunnlag for å gripe inn mot uheldige prestasjonslønssystemer. Det vises til at andre ledd i bestemmelsen uttrykkelig slår fast at «lønssystemer» ikke må være slik at de innebærer uheldige fysiske eller psykiske belastninger for arbeidstakerne. Dersom arbeidets art gjør at for eksempel akkordavlønning innebærer en uakseptabel sikkerhetsrisiko, vil avlønningmåten være i strid med bestemmelsen og således ulovlig."

⁸⁶Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven, Harald Pedersen § 4-1 note 7 [2009]

Høsten 2008 ble det imidlertid sendt på høring forslag om å gå tilbake til den tidligere aml.sitt eksplisitte forbud. Departementet bemerket i den forbindelse at de hadde mottatt henvendelser om at denne endringen har hatt en negativ signaleffekt, og at prestasjonslønn derfor igjen burde omtales eksplisitt i loven. I Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) pkt. 3.2.5 sies det om dette at:

"Departementet har fått tydelige signaler om, og legger til grunn, at mange ikke ser at den tidligere eksplisitte regel om bruk av prestasjonslønnssystemer fortsatt gjelder i kraft av det mer generelle påbudet i arbeidsmiljøloven § 4-1 om at (blant annet) lønnssystemer '...må være slik at arbeidstakerne ikke utsettes for uheldige fysiske eller psykiske belastninger eller slik at sikkerhetshensyn ikke forringes'."

Departementets oppfatning er at det er viktig at loven er tilstrekkelig tydelig med hensyn til at prestasjonslønn ikke må brukes når lønningsmåten i seg selv innebærer en uakseptabel sikkerhetsrisiko. Det foreslås derfor at prestasjonslønn igjen skal nevnes spesifikt i loven. Behovet for reversering bekreftes også ved en pressemelding fra Arbeids- og Inkluderingsdepartementet av 3. april 2009⁸⁷, hvor minister Dag Terje Andersen understreker at prestasjonslønn er ulovlig når det har vesentlig betydning for sikkerheten. Arbeidsgiversiden uttrykte motvilje mot forslaget i høringsrunden, mens arbeidstakersiden jevnt over var positive.

Jeg mener det er et fornuftig forslag at det igjen skal fremgå direkte i lovteksten at det er forbudt med prestasjonslønn ved farlig arbeid. Det fremstår slik jeg ser det som temmelig åpenbart at visse prestasjonslønnssystemer i seg selv kan være en risikofaktor ved arbeid hvor det kreves stor årvåkenhet og nøyaktighet for å unngå feil eller skade, og dette bør ikke aksepteres. Tvister rundt aml.s bestemmelser om arbeidsmiljøet blir heller ikke ofte tatt inn for domstolene, noe som gjør det viktig at lovgiver selv regulerer forholdet på en tydelig måte. Dette vil antagelig føret til at arbeidsgivere i større grad føler et press til å etterleve bestemmelsen om krav til forsvarlig arbeidsmiljø. Når det klart fremgår at det materielle innholdet uansett ikke forandres, mener jeg at arbeidsgiversidens motvilje mot

⁸⁷ AID Pressemelding nr. 46 (2009)

forslaget ikke bør tas til følge. Jeg mener det er heldig at lovteksten på en så tydelig måte som mulig gir uttrykk for gjeldende rett. Etter dette går jeg sterkt inn for at uttrykket "prestasjonslønn" bør inntas i bestemmelsen.

6.3 Bonus og aldersdiskriminering

I tillegg til diskriminering i forhold til kjønn og bonus, som ble behandlet i punkt 4.7.2 om fødselspermisjon, er det med tanke på bonus også interessant å se på aldersdiskriminering. Det er stadig mer fokus på aldersdiskriminering i både EU og Norge. Temaet aktualiseres i takt med at de store etterkrigskullene i Europa nærmer seg pensjonsalder. Av denne demografiske grunnen er det tegnet et bilde for fremtiden om sterk vekst i behov for arbeidskraft. Av denne grunn kan de eldres arbeidskraft stadig regnes som viktigere sett fra et samfunnsperspektiv. Reglene om forbud mot aldersdiskriminering blir derfor stadig fokusert på.

I aml. § 13-1 fremgår det at direkte og indirekte aldersdiskriminering i utgangspunktet er forbudt. I forhold til bonusavtaler kan aldersdiskriminering være aktuelt dersom en bonusordning for eksempel inneholder vilkår som direkte eller indirekte ekskluderer eldre arbeidstakere. Ordningen vil følgelig kunne være ulovlig.

Aldersdiskrimineringsforbudet kan imidlertid også få virkning for yngre arbeidstakere. Det kan for eksempel dreie seg om bonusordninger som man må ha passert en viss alder for å inkluderes i. Formålet med bonusen kan her være å stimulere eldre arbeidstakere til å bli i sine stillinger fremfor å førtidspensjonere seg. Dette kan imidlertid støttes av formålsparagrafen i aml. § 1-1 bokstav e) som oppstiller ett av aml.s formål, nemlig å bidra til et inkluderende arbeidsliv. Dette kan kanskje gjøre at unntaket fra hovedreglen i aml. § 13-1 kommer til anvendelse. Unntaket kommer til uttrykk i aml. § 13-3 hvor det fremgår at det kan være lovlig å forskjellsbehandle på grunnlag av alder dersom dette er "nødvendig for å oppnå et saklig formål". Etter dette kan det hende at aldersdiskriminerende bonusordninger i noen tilfeller kan tillates.

6.4 Minstelønnskrav og bonus

I europeisk sammenheng er det ikke uvanlig med minstelønnslover for bestemte sektorer⁸⁸, men noen slik regulering har man ikke i Norge. Med unntak for minimumskravet om 40 % tillegg for overtidsarbeid i aml. § 10-6 niende ledd og kravet til særskilt godtgjørelse for arbeid på 1. og 17. mai i lov om 1 og 17 mai som høgtidsdager av 26. april 1947 nr. 1 § 3, oppstiller ikke lovgivningen noe krav til lønnens størrelse. I tariffavtaler er det imidlertid vanlig å ha regler for minstelønnsatser. Dette kan illustreres av Verkstedsoverenskomsten 2008-2010. I denne oppstilles det krav til minstelønnsatser i § 3.1, hvor det for eksempel fremgår at en fagarbeider med 1 års arbeidserfaring har krav på minst 127,83 kr. i timen. Lønnsregulering er et politisk spørsmål, og prinsippet om avtalefrihet og selvbestemmelsesretten står som tungtveiende argumenter for at dette ikke er lovregulert. Norges velutbygde velferdssystem kan også være med på å forsvare at det ikke stilles et generelt krav til minstelønn, selv om noen vil mene at det vil være helt galt å "støtte" seg til dette. I forhold til arbeidstakere som er omfattet av bonusordninger kan dette imidlertid få dramatiske følger. Dette kan belyses ved et eksempel. La oss si at en megler har en årlig fastlønn på 100.000 kr., og at arbeidsvederlaget ellers er bundet opp i bonus på forskjellige vilkår, som under en normal utvikling er estimert til å gi arbeidstakeren 500.000 kr. i bonus i løpet av året. Det samlede vederlaget for vedkommende er dermed 600.000 kr., som er en årslønn godt over gjennomsnittet.⁸⁹ Dersom uforutsette forhold oppstår kan muligheten for å tjene inn bonusen bortfalle. Slike forhold kan eksempelvis være at viktig utstyr for å få utført arbeidet går i stykker, at arbeidstaker av personlige grunner er forhindret i å utføre arbeidet i den grad det kreves, eller at det inntreffer et dramatisk fall i økonomien. Arbeidstakeren vil i så fall risikere å sitte igjen med 100.000 kr., som antagelig ikke engang dekker nødvendige utgifter til livsopphold. Hadde det imidlertid eksistert en lovpålagt minstesats for fastlønn ville denne situasjonen antagelig vært unngått.

Man må likevel ikke miste av syne den friheten som foreligger i de arbeidsforhold som ikke er lønnsregulert. Arbeidstagere vil i så fall kunne ha mulighet til å fremforhandle både

⁸⁸ Storeng (2006) s. 114

⁸⁹ Statistisk Sentralbyrå (2007)

god lønn og bonus. Dette gjelder spesielt i gode økonomiske tider og for arbeidstgere med ettertraktet kompetanse. I slike tilfeller vil kanskje arbeidstakere som er omfattet av en lønnsregulering være misfornøyde med sin forhandlingsposisjon, hvor de kan være bundet til å komme dårligere ut inntektsmessig.

Etter dette ser jeg det som et viktig poeng at arbeidstakere passer på å kreve en forsvarlig fastlønn, og ikke lar seg friste av bonusordninger med for høy risiko. Dersom det viser seg at arbeidstakere ikke selv er nok påpasselige med dette, mener jeg at en lov om minstelønn for alle arbeidstakere bør vurderes. Konsekvensene av den pågående finanskrisen vil kanskje kunne indikere om det er behov for slik lønnsregulering.

7 Kilderegister

7.1 Lov- og forarbeidsregister

- 1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4
- 1927 Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai 1927 nr. 1
- 1947 Lov om 1 og 17 mai som høgtidsdager (Lov om 1 og 17 mai) av 26. april 1947 nr. 1
- 1958 Lov om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven) av 18. juli 1958 nr. 2
- 1973 Lov om statsgaranti for lønnskrav ved konkurs mv. (lønnsgarantiloven) av 14. desember 1973 nr. 61
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet)
- 1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr. 45
- 1982 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
- 1988 Lov om ferie (ferieloven) av 29. april 1988 nr. 21
- 1991 Lov om ektskap (ekteskapsloven) av 4. juli 1991 nr. 47
- 1992 Lov om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) av 19. juni 1992 nr. 56
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109.
- 1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven) av 28. februar 1997 nr. 19
- 1999 Lov om skatt og formue (skatteloven) av 26. mars 1999 nr. 14

- 2005 Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) av 10. juni 2005 nr. 40
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
-
- 1992 Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) av 2. mai 1992
- 1992 Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) av 1992
- 2006 Hovedavtalen LO-NHO 2006 - 2009
- 2008 Verkstedsoverenskomsten 2008-2010
-
- EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon, 1950.
- SP FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 1966.
- ØSK FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 1966
- CEDAW FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, 1979

Ot.prp.nr.3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp.nr.50 (1980-81) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m

Ot.prp.nr.5 (1982-83) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)

Ot.prp.nr.54 (1986-1987) Om lov om ferie

Ot.prp.nr.28 (1990-1991) Om lov om ekteskap

Ot.prp.nr.71 (1991-1992) Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet m.v. som følge av en EØS-avtale

Ot.prp.nr.86 (1997-1998) Ny skattelov

skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Ot.prp.nr.77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, Ot.prp.nr.49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr.54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)

NOU 1987:30 Innstilling til ny ekteskapslov del II Delutredning 2.

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

RSK av 1. mai 1997 nr. 49

- Rdir 76/207/EØF Likebehandlingsdirektivet, Rådets direktiv 76/207/EØF om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning, og forfremmelse samt arbeidsvilkår (endret ved direktiv 2002/73/EF). (1976).
- Rdir 93/104/EF Arbeidstidsdirektivet, rådsdirektiv 93/104/EF av 23. november 1993 om visse aspekter ved organisering av arbeidstiden. (1993).
- Rdir 96/34/EF Foreldrepermisjonsdirektivet, av 3. juni 1996 om den rammeavtale vedrørende foreldrepermisjon som er inngått av UNICE,CEEP og FS. (1996).
- Rdir 2001/23/EF Rådsdirektiv 2001/23/EF av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning og ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter ved overdrag av virksomheter eller deler av foretak eller virksomheter. (2001).
- 2EP/Rdir 006/04/EF Likebehandlingsdirektivet, Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2006/04/EF om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv. (2006).

7.2 Domsregister

Rt. 1958 s. 583 (Hagerup-dommen)
Rt. 1980 s. 703 (Periscopus A/S)
Rt. 1983 s. 537 (Kranførerlærling)
Rt. 1995 s. 849 (Keiserinnen)
Rt. 1997 s. 1954
Rt. 2000 s. 1256
Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)
Rt. 2001 s. 418
Rt. 2002 s. 1576 (Hakon-saken)
Rt. 2006 s. 1256
Rt. 2008 s. 856
Rt. 2008 s. 1246

LB-2002-225
RG 2007 s.1350 (Borgarting lagmannsrett)

ARD 1922 s. 50
ARD 1986 s. 136
ARD 1995 s. 251

Sak 324/86 (Daddy's Dance Hall)
Sak C-4/01 (Serene Martin)
Sak C-425/02 (Delahaye)
Sak C-342/93 (Gillespie)
[2000]-IRLR-67-ECJ Lewen v Denda

Likestillingsombudets sak 2003/166
Likestillingsombudets sak 2004/75

7.3 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry *Konkurs*. 2. utg. Oslo, 1999.

Arbeidsrett. Ingeborg Moen Borgerud ... [et al.]. 1.utg. Oslo, 2007.

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave*. 1. utg. Oslo, 2006.

Fougner, Jan *Endring i arbeidsforhold*. 1. utg. Oslo, 2007.

Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet*. 3. utg. Oslo, 2002.

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg. Oslo, 2006.

Hedlund, Mary-Ann og Brit Djupvik Semner *Likestillings- og diskrimineringslovene - med kommentarer*. 1. utg. Bergen, 2008.

Hellum, Anne og Kirsten Ketscher *Diskriminerings- og likestillingsrett*. 1. utg. Oslo, 2008.

Holo, Lars *Ferieloven med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2006.

Omstilling og nedbemanning. Jan Fougner ... [et al.]. 2. utg. Oslo, 2003.

Storeng, Nils H., Tom H. Beck, og Arve Due Lund *Arbeidslivets spileregler*. 1. utg. Oslo, 2006.

Ulseth, Terese Smith *Daglig leders stillingsvern*. 1. utg. Oslo, 2006.

Zimmer, Frederik *Lærebok i skatterett*. 5. utg. Oslo, 2005.

AID Pressemelding nr. 46. *Trygger arbeidstakerne med bedre arbeidsmiljølov*. 2009.
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/presSESenter/pressemeldinger/2009/trygger-arbeidstakerne-med-bedre-arbeids.html?id=554165> [2009].

E24. - *Meglere tilbuds 20 mill. for å bytte jobb*. I: E24. 2. april 2007. <http://e24.no/boers-og-finans/article1720473.ece> [2009].

Hjertenes, Øyulf. *Knallbonus for ny jobb*. I: bt.no. 18. september 2006.
<http://www.bt.no/na24/article298732.ece> [2009].

Konkursrådet Anbefaling. *Behandling av lønnskrav i konkurs*. Oslo, 1998.
<http://www.konkursradet.no/art/?id=9> [2009].

NHO. *Er bonus lønnsomt?*. 2006. http://www.nho.no/files/DM-59020-v1-Veiledning_bonus.pdf [2009].

Skaar, Stian. *Førskolelærer på jobb jakt, still krav!*. 2007.
http://www.utdanningsforbundet.no/UdfTemplates/Page____50662.aspx [2009].

Statistisk Sentralbyrå. *Bonus - hvor mye og til hvem?*. Oslo-Kongsvinger 2007.
http://www.ssb.no/emner/06/05/rapp_200718/rapp_200718.pdf [2009].