

ERSTATNINGSUTMÅLINGEN VED USAKLIG OPPSIGELSE

- En særskilt redegjørelse om dekning av økonomiske tap



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 711
Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 15 399 ord

26.04.2010

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|--|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Presentasjon av tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Avgrensninger | 2 |
| 1.3 | Oversikt over den videre fremstillingen | 3 |
| 1.4 | Rettskilder og metode | 3 |
| <u>2</u> | <u>INNLEDENDE BEMERKNINGER TIL ARBEIDSMILJØLOVENS § 15–12 (2)</u> | <u>5</u> |
| 2.1 | Innledning | 5 |
| 2.2 | Bestemmelsens historiske bakgrunn | 5 |
| 2.3 | Kort om innholdet i bestemmelsen | 6 |
| 2.3.1 | § 15-12 (2) (1.punktum) – erstatningsvilkårene | 6 |
| 2.3.2 | § 15-12 (2) (2.punktum) - erstatningsutmålingen | 11 |
| 2.3.3 | Analogisk anvendelse av § 15-12 (2)? | 12 |
| 2.4 | Hensyn bak bestemmelsen | 13 |
| <u>3</u> | <u>ØKONOMISK TAP</u> | <u>15</u> |
| 3.1 | Innledning | 15 |
| 3.2 | Økonomisk tap frem til domsavsigelsen | 15 |
| 3.2.1 | Lønnstap | 16 |
| 3.2.2 | Annet tap | 24 |
| 3.3 | Fremtidig økonomisk tap | 25 |
| 3.3.1 | Typetilfeller som gir rett til erstatning for fremtidig økonomisk tap | 25 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.3.2 | Momenter i vurderingen | 28 |
| 3.3.3 | Perioden det skal gis erstatning for | 33 |
| 4 | <u>FRADRAG I ERSTATNINGEN</u> | 36 |
| 4.1 | Innledning | 36 |
| 4.2 | Fradrag for inntekt i annet arbeid | 36 |
| 4.2.1 | Utgangspunktet | 36 |
| 4.2.2 | Forholdsvis lenge ute av stillingen | 37 |
| 4.2.3 | Nærmere om adgangen til å gjøre fradrag for annen inntekt | 40 |
| 4.2.4 | Fremgangsmåten ved fradrag | 42 |
| 4.2.5 | Kritiske synspunkter | 42 |
| 4.3 | Fradrag for trygdeytelser | 44 |
| 4.3.1 | Dagpenger | 45 |
| 4.3.2 | Sykepenger, uføretrygd osv. | 46 |
| 5 | <u>ARBEIDSGIVER OG ARBEIDSTAKERS FORHOLD</u> | 48 |
| 5.1 | Innledning | 48 |
| 5.2 | Arbeidsgivers forhold | 48 |
| 5.3 | Arbeidstakers forhold | 49 |
| 5.3.1 | Arbeidstakers tapsbegrensningsplikt | 49 |
| 5.3.2 | Arbeidstakers medvirkning til oppsigelsen | 51 |
| 6 | <u>OMSTENDIGHETER FOR ØVRIG</u> | 53 |
| 7 | <u>VURDERING AV PRAKSISEN</u> | 54 |
| 7.1 | Innledning | 54 |
| 7.2 | Variierende praksis | 54 |
| 7.3 | Er praksisen rimelig? | 55 |

| | | |
|-----------|------------------------|-----------|
| <u>8</u> | <u>LOVREGISTER</u> | <u>58</u> |
| <u>9</u> | <u>FORARBEIDER</u> | <u>58</u> |
| <u>10</u> | <u>DOMSREGISTER</u> | <u>58</u> |
| <u>11</u> | <u>NETTDOKUMENTER</u> | <u>60</u> |
| <u>12</u> | <u>LITTERATURLISTE</u> | <u>60</u> |

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for denne masteroppgaven er erstatningsutmåling ved usaklig oppsigelse, hvor kun det økonomiske tap skal behandles.

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62 § 15–12 (2) hjemler erstatning som en alternativ rettsvirkning til ugyldighet, ved usaklig oppsigelse av en arbeidstaker. Etter bestemmelsens ordlyd skal erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiver og arbeidstakers forhold og omstendigheter for øvrig. Bestemmelsen gir ved dette en anvisning på at utmålingen skal baseres på en sammensatt og skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor flere momenter skal vurderes. Erstatningskravet kan både omfatte økonomiske tap og ikke-økonomiske tap (oppreisningserstatning). Det ikke-økonomiske tapet går ikke direkte inn under ordlyden, men fremgår av Ot.prp.nr.41 (1975–76) s. 75, hvor det står at *”.. erstatningen ikke bare anses som en skadeerstatning, men også som en billighetserstatning hvor ikkeøkonomiske forhold skal tas i betraktning”*. På bakgrunn av dette kan erstatningen overstige det økonomiske tap. Denne avhandlingen tar kun sikte på å belyse rettsspørsmål knyttet til det økonomiske tap, herunder lidd økonomisk tap frem til domsavsigelsen samt fremtidig økonomisk tap.

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å redegjøre for hvilke regler som gjelder ved erstatningsutmåling for det økonomiske tap, ved usaklig oppsigelse. Sentralt er da en redegjørelse for hvilke momenter som inngår i vurderingen når det økonomiske tap skal fastsettes og hvordan disse skal vektlegges.

Spørsmålet om usaklig oppsigelse blir ofte behandlet i retten. De fleste sakene gjelder krav om erstatning. Av de avgjørelser som foreligger er det i hovedsak underrettspraksis som har tatt stilling til erstatningsspørsmålet. I Høyesterett har spørsmålet i liten grad vært behandlet, og av den grunn er det et fåtall Høyesterettsavgjørelser som avklarer hvordan erstatningsutmålingen skal vurderes i den enkelte sak.

Av denne grunn finner jeg problemstillingen praktisk og interessant. For å få et bilde av rettstilstanden vil det være nødvendig å gjennomgå en stor del underrettspraksis.

Rettspraksisen som foreligger er svært varierende. Det gjelder både hvordan domstolen anvender momentene i erstatningsutmålingen, men også hva de setter erstatningsbeløpene til. Et mål for meg i denne oppgaven er derfor å prøve å samle trådene, og gi et bilde av hvordan erstatningen skal utmåles. Inntil det foreligger flere Høyesterettsavgjørelser som avklarer problemstillingen i større grad enn det de allerede har gjort, vil denne gjennomgangen være nyttig.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven er avgrenset til å gjelde reglene om erstatningsutmåling etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). Reglene om betingelsene for erstatningsansvar faller således utenfor oppgavens ordlyd, og vil ikke bli behandlet i hoveddelen av oppgaven. Dog vil betingelsene bli presentert svært kort i kapittel 2.

Da det er reglene om erstatningsutmåling etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) som er gjenstand for behandling, vil regler om erstatningsutmåling etter andre lover eller andre lovbestemmelser i arbeidsmiljøloven falle utenfor oppgavens tema. Hva gjelder andre lovbestemmelser i arbeidsmiljøloven vil jeg særlig påpeke at reglene om erstatningsutmåling ved formuriktig oppsigelse, jfr. § 15-5 (2), eller ved oppsigelse som følge av virksomhetsoverdragelse, jfr. § 16-4 (3), ikke vil bli behandlet. Det samme gjelder erstatningsutmåling som bygger på alminnelige erstatningsregler. Som nevnt innledningsvis skal oppgaven kun belyse erstatningsutmålingen for det økonomiske tapet. Det ikke-økonomiske tap faller utenfor oppgavens ordlyd.

1.3 Oversikt over den videre fremstillingen

Fremstillingen videre er delt inn i 6 kapitler. I kapittel 2 vil jeg gi noen innledende bemerkninger til arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). Det vil si at jeg skal gi en kort fremstilling av erstatningsreglene, herunder både reglene knyttet til erstatningsvilkårene samt erstatningsutmålingen.

I kapittel 3-6 vil jeg gå nærmere inn på de ulike momentene i erstatningsutmålingen etter § 15-12 (2). Det første jeg skal behandle er det økonomiske tap man kan kreve dekket (kap. 3). Dette kapitlet har to deler; det økonomiske tap frem til domsavsigelsen og det fremtidige økonomiske tap. Deretter blir det en gjennomgang av hvilke fradrag som kan gjøres i det økonomiske tapet som kreves dekket (kap. 4). Dette kapitlet har to deler; fradrag for annen inntekt og fradrag for trygdeytelser. Videre blir det en redegjørelse av de forhold ved arbeidsgiver og arbeidstaker som kan påvirke erstatningsutmålingen (kap. 5). Til slutt vil jeg redegjøre for øvrige omstendigheter som kan ha betydning for erstatningsutmålingen (kap. 6).

I kapittel 7 vil jeg gi en kort redegjørelse for hvordan praksisen varierer, samt hva som er årsaken til dette. Jeg vil også foreta en vurdering av om praksisen er rimelig (kap.7).

1.4 Rettskilder og metode

Utgangspunktet ved løsningen av rettsspørsmål knyttet til erstatningsutmåling ved usaklig oppsigelse er ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15–12 (2). Det er denne bestemmelsen som i det vesentligste vil bli drøftet. Arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) viderefører tidligere arbeidsmiljølov (1977) § 62. Tiltross for at ordlyden har endret seg noe i den nye bestemmelsen, er de innholdsmessig identiske. Av den grunn vil rettskildene knyttet til arbeidsmiljøloven (1977) § 62 også ha gyldighet. Arbeidervernlovene av 1936 og 1956 vil det refereres til i sammenheng med redegjørelsen for bestemmelsens historiske bakgrunn.

I forarbeidene til § 15-12 (2) har man henvist til det som er angitt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977) § 62. Forarbeidene er knappe, men kan gi noe veiledning på enkelte punkter. Det finnes noe Høyesterettspraksis som belyser temaet, men i størst grad underrettspraksis. En stor del av fremstillingen er en gjennomgang av rettspraksis, herunder særlig dommer fra Lagmannsretten, men også enkelte tingrettsdommer.¹ De øvrige rettskildene, som reelle hensyn og teori vil også være av betydning.

Tiltross for at oppgaven kun belyser oppsigelsessaker, vil enkelte rettskilder som gjelder avskjedssaker også bli anvendt her. Det skyldes at erstatningsreglene for oppsigelse (§ 15-12) og avskjed (§ 15-14) er identiske, og i rettspraksis blir ofte rettskildene brukt parallelt. Ved avskjed vil imidlertid vurderingen bli strengere. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene til avskjedsbestemmelsen: *”En avskjedigelse vil alltid være mer infamerende for arbeidstakeren enn en regulær oppsigelse, og dette må få betydning for erstatningsutmålingen ... ”*.²

¹ Rettspraksis fra Høyesterett, Lagmannsretten og Tingretten er hovedsakelig hentet frem ved søk i Lovdata med søkeordene "erstatningsutmåling", "økonomisk tap", "oppsigelse" og "arbeidsmiljøloven (1977) § 62 og arbeidsmiljøloven (2005) § 15-12". Noe rettspraksis er også hentet fra juridisk litteratur.

² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 78

2 Innledende bemerkninger til arbeidsmiljølovens § 15–12 (2)

2.1 Innledning

I dette kapitlet skal jeg gi en kort fremstilling av erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven § 15–12 (2). Arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) inneholder både regler om erstatningsbetingelsene og erstatningsutmålingen, og en gjennomgang av regelverket vil gi leseren en kort oversikt over temaet. I det følgende skal jeg redegjøre for bestemmelsens historiske bakgrunn og innhold, samt de hensynene som ligger bak bestemmelsen.

2.2 Bestemmelsens historiske bakgrunn

Retten til erstatning ved usaklig oppsigelse ble innført ved arbeidervernloven av 1936. Da saklighetsvernet ble introdusert i denne loven, ble vernereglene kombinert med rett til å kreve erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde saklig grunn.³ Etter denne loven var erstatningsansvaret maksimalbegrenset til en halvpart av arbeidstakers *”siste oppbårne årsfortjeneste”*, jfr. arbeidervernloven (1936) § 33 nr. 3 (b). I arbeidervernloven av 1956 ble grensen utvidet til siste års fortjeneste hvis arbeidstaker hadde vært tilsatt minst 10 år, og til de tre siste års fortjeneste dersom han hadde vært tilsatt minst 20 år. Tilsettingstiden måtte imidlertid være sammenhengende og opptjent etter fylte 20 år, jfr. arbeidervernloven (1956) § 43 nr. 2. Da oppsigelsesvernet ble revidert ved arbeidsmiljøloven av 1977, bortfalt maksimalgrensene. Nå skulle erstatningen utmåles skjønnsmessig, hvor man kunne legge vekt på det økonomiske tap, arbeidsgiver og arbeidstakers forhold og omstendigheter for øvrig. I forarbeidene til bestemmelsen blir dette begrunnet med *at ”retten vil dermed stå vesentlig friere til å fastsette hvor stor erstatning arbeidstaker skal ha.”*⁴ Rettstilstanden ble med denne bestemmelsen endret drastisk. Arbeidsmiljøloven av 2005 er den siste endringsloven. Som nevnt er § 15–12 (2) en videreføring av arbeidsmiljøloven (1977) § 62.

³ Fanebust (2001) s. 354

⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 25

2.3 Kort om innholdet i bestemmelsen

Arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) lyder som følgende:

”Arbeidstaker kan kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med §§ 15-6 til 15-11. Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig.”

Bestemmelsen fastslår erstatning som en alternativ virkning av usaklig oppsigelse. Etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (1) kan arbeidstakeren også kreve at oppsigelsen kjennes ugyldig. Ved dette gir arbeidsmiljøloven § 15-12 arbeidstakeren tre alternative løsninger dersom oppsigelsen mangler saklig grunn; han kan enten kreve at oppsigelsen kjennes ugyldig eller han kan kreve erstatning eller han kan kreve begge deler. Dette fremgår også av bestemmelsens forarbeider.⁵

2.3.1 § 15-12 (2) (1.punktum) – erstatningsvilkårene

2.3.1.1 Saklighetskravet

Etter § 15-12 (2) (1. punktum) kan man kreve erstatning hvis oppsigelsen er i strid med kravene til saklighet i arbeidsmiljøloven §§ 15-6 til 15-11. På bakgrunn av dette er det en forutsetning for anvendelse av loven at det finnes sted en realitetsprøvelse av oppsigelsens saklighet. Den generelle reglen om vern mot usaklig oppsigelse finnes i arbeidsmiljøloven § 15-7 (1). Denne bestemmelsen kommer til anvendelse i de tilfeller hvor det anses å foreligge en oppsigelse fra arbeidsgiveren, selv om det formelt sett ikke er det.

Bestemmelsen kommer også til anvendelse i de tilfeller hvor arbeidsgiver ensidig gjennomfører endringer i arbeidsforholdet som ligger utenfor det arbeidsgiveren kan gjøre i kraft av arbeidsgivers styringsrett, såkalt endringsoppsigelse.⁶ Arbeidsmiljøloven § 15-6, §

⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75

⁶ Dalheim, Norsk lovkommentar (online), note 589

15-7 (2) og (3) samt §§ 15-8 til 15-10 kan ses som en nærmere presisering av den generelle saklighetsnormen i § 15-7, mens § 15-11 tar for seg reglene om retten til å fortsette i stillingen. Som nevnt ovenfor er det ikke noe realitetsendring selv om § 15-12 (2) har endret ordlyd. Retten til erstatning følger klarligvis av at oppsigelsen ikke har en saklig grunn.

Saklighetskravet er en rettslig standard, hvor innholdet i rimelighetsvurderingen vil endre seg i tråd med den alminnelige samfunnsutviklingen.⁷ Saklighetsvurderingen skal foretas på grunnlag av den aktuelle arbeidstakerens situasjon, da det bygger på prinsippet om ”individuell saklighet”.⁸ Innholdet i kravet er svært omfattende og komplekst, og det er derfor vanskelig å gi en uttømmende fremstilling av kravet. I nettversjonen av lovkommentarene til arbeidsmiljøloven § 15-7, har Tron Dalheim ("Dalheim") komprimert saklighetskravet til å omfatte tre punkter:

*"Kravet til saklig grunn innebærer for det første at oppsigelsen ikke må være begrunnet med utenforliggende eller usaklige hensyn. Kriteriet innebærer for det andre at arbeidsgiver må ha tilstrekkelig saklig grunn, dvs. at de forhold som påberopes må være tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne oppsigelse. (...) For det tredje innebærer saklighetskravet at arbeidsgiver må bygge avgjørelsen på et korrekt faktisk grunnlag."*⁹

Videre uttaler Dalheim: *"I denne sammenheng må det også nevnes at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden."*¹⁰

⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁸ Jakhelln, kommentarer til arbeidsmiljøloven, (2006) s. 860

⁹ Dalheim, Norsk lovkommentar (online), note 590

¹⁰ l.c.

2.3.1.2 Objektivt ansvar

§ 15-12 (2) skiller seg fra de alminnelige erstatningsrettslige reglene ved at det ikke må påvises skyld for å kunne tilkjenne arbeidstakeren erstatning. Ansvaret er objektivt, og arbeidstakers krav på erstatning oppstår alene fordi det foreligger en usaklig oppsigelse. Usaklig oppsigelse er et nødvendig vilkår for erstatning, som gjør det lettere for arbeidstakeren å kreve erstatning fra arbeidsgiveren. Som ellers i erstatningsretten stilles det krav til økonomisk tap samt påregnelig årsakssammenheng mellom det økonomiske tap og oppsigelsen.

2.3.1.3 Oppsigelse fra arbeidsgiveren

På bakgrunn av ordlyden i § 15-12 (2) er det en forutsetning for erstatning at det foreligger en usaklig oppsigelse fra arbeidsgiveren. Som tidligere nevnt, vil man også kunne kreve erstatning hvis det foreligger en såkalt endringsoppsigelse. Bestemmelsen kan derfor ikke anvendes hvis arbeidstakeren selv slutter, eller dersom arbeidsforholdet opphører uten oppsigelse fra noen av partene. I noen tilfeller kan imidlertid arbeidstakeren ha blitt presset ut av stillingen, og således "ufrivillig" sagt opp selv. Spørsmålet blir da om disse tilfeller kan anses som usaklig oppsigelse, og at man derfor kan kreve erstatning etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (2).

I Høyesterettsdom inntatt i Rt. 1993 s. 766 uttalte kjæremålsutvalget at "*etter omstendighetene vil nok et press fra arbeidsgiveren kunne være av en slik karakter, at det reelt sett foreligger en oppsigelse av arbeidstakeren fra arbeidsgiverens side.*" I denne saken fant i midlertidig utvalget, som lagmannsretten og byretten, at det reelle forholdet her var oppsigelse fra arbeidstakerens side.

En Høyesterettsdom som fulgte opp dette siterte standpunktet, er dommen i Rt. 1995 s. 555. I denne dommen hadde tre arbeidstakere sagt opp sine stillinger med øyeblikkelig virkning, i et møte der de ble konfrontert med mulig misligheter og at de ville bli avskjediget. Arbeidstakerne reiste senere sak med krav om erstatning for uberettiget

avskjedigelse. Hovedspørsmålet i saken var om de prosessuelle reglene i arbeidsmiljøloven (1977) § 61 flg., som etter sin ordlyd gjelder for arbeidsgivers oppsigelser og avskjedigelser, etter omstendighetene kom til anvendelse også på oppsigelser fra arbeidstakere. Høyesterett kom frem til at reglene kunne anvendes, og begrunnet dette på følgende måte:

”Ledelsens standpunkt, at arbeidsforholdene under enhver omstendighet skulle bringes til opphør der og da, ble etter min mening tilstrekkelig klart tilkjennegitt overfor arbeidstakerne. I den situasjon som forelå må dette være avgjørende, slik de tidligere retter har lagt til grunn. At ledelsen overlot til arbeidstakerne å formalisere opphøret av arbeidsforholdene, kan det ikke være avgjørende. Arbeidstakerne hadde ikke noe valg når det gjaldt realiteten, selv om de hadde et valg når det gjaldt formen. Arbeidsmiljøloven prosessregler må etter min mening få anvendelse i slike tilfelle.”

Som disse to sakene viser vil press fra arbeidsgiver, etter omstendighetene, reelt sett kunne anses som en oppsigelse av arbeidstaker fra arbeidsgivers side. Dette kan gi rett til erstatning etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). Den nærmere grensedragningen for når press anses som oppsigelse fra arbeidsgivers side, vil jeg ikke gå nærmere inn på her. Poenget er at erstatningsreglene vil kunne anvendes også når det formelt sett ikke sies å foreligge en oppsigelse.

Som nevnt ovenfor vil heller ikke arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) komme til anvendelse, dersom arbeidsforholdet opphører uten at det foreligger en oppsigelse fra noen av partene. I slike situasjoner vil arbeidstakeren være henvist til å kreve erstatning etter alminnelige erstatnings- og kontraktsrettslige regler.

En dom som illustrerer dette er dom inntatt i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek). I denne saken opphørte arbeidsforholdet til tre arbeidstakere uten at det forelå noen oppsigelse. Av den grunn kunne de ikke å kreve erstatning etter arbeidsmiljøloven (1977) § 62 (2). De

hadde imidlertid krav på erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler, da arbeidsgiveren vesentlig hadde misligholdt sine forpliktelser overfor de fratrådte arbeidstakerne. I domspremissene begrunnet Høyesterett sitt syn på følgende måte:

”Etter en totalvurdering og i tråd med anbefaling fra legen, fant de ikke å kunne gå tilbake til sine stillinger. Selv om dette skyldtes det dårlige arbeidsmiljøet som hadde utviklet seg gjennom årene, og som A etter lagmannsrettens flertalls vurdering hadde ansvaret for, er det for anstrengt å rubrisere forholdet som oppsigelse fra apotekerens side. Jeg kan heller ikke se at det er behov for å ty til en slik betraktningmåte. Jeg viser til at arbeidstakerne vil ha vern gjennom alminnelige kontraktsrettslige regler. Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd om at arbeidstakere som har vært utsatt for usaklig oppsigelse, kan kreve erstatning, kommer derfor ikke til anvendelse.” (s.1512)

I dommen reiste også Høyesterett spørsmål om arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) kunne komme analogisk til anvendelse ved erstatningsfastsettelsen etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette har jeg drøftet nærmere i punkt 2.3.3, og viser derfor til det jeg har skrevet der.

Oppsummert vil arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) komme til anvendelse dersom det foreligger en usaklig oppsigelse fra arbeidsgiveren, eller dersom arbeidstakerens oppsigelse skyldes press fra arbeidsgiveren. I de tilfeller hvor arbeidstakeren selv slutter, og det ikke skyldes press fra arbeidsgiveren, samt når arbeidsforholdet opphører uten at det foreligger noen oppsigelse, vil arbeidstakeren være henvist til å kreve erstatning etter alminnelige erstatnings- og kontraktsrettslige regler.

Etter min mening viser dommene at stillingsvernet i Norge står sterkt. I tillegg til at arbeidstakeren kan kreve erstatning når det foreligger en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand, kan han også kreve erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler når omstendighetene tilsier dette.

2.3.1.4 Betydningen av retten til å fortsette i stillingen

Etter arbeidsmiljøloven § 15-11 (1) har arbeidstakeren rett til å fortsette i stillingen så lenge tvisten pågår. Det kan da reises spørsmål om arbeidstakeren har krav på erstatning når han ikke benytter seg av retten.¹¹ Som det fremgår av bestemmelsens ordlyd er det en rett og ikke en plikt for arbeidstakeren til å fortsette i stillingen. Har arbeidstakeren gode grunner for ikke å fortsette, vil det være urimelig om arbeidstakeren ikke skal få erstattet sitt tap. På den annen side kan det tenkes urimelig å tilkjenne arbeidstakeren erstatning, når det ikke er noen fornuftig grunn til ikke å fortsette i stillingen.¹² Slik regelverket er utformet kan arbeidstakeren kreve erstatning ved usaklig oppsigelse, uansett om han velger å fortsette i stillingen eller ikke. Hvorvidt arbeidstakeren velger å benytte seg av retten, kan imidlertid påvirke erstatningsutmålingen. Dette vil jeg komme tilbake til.

2.3.2 § 15-12 (2) (2.punktum) - erstatningsutmålingen

Erstatning etter § 15-12 (2) (2. punktum) skal fastsettes til det beløp ”*retten finner rimelig*”. Det skal ikke bare tas hensyn til det økonomiske tap, men også til arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendigheter for øvrig. Retten må således foreta en sammensatt og nokså skjønnsmessig helhetsvurdering ved utmåling av erstatningen, hvor de enkelte momentene må avveies mot hverandre.

Økonomisk tap vil utgjøre lidd økonomisk tap frem til domsavsigelsen samt fremtidig økonomisk tap. Erstatningen er ikke bare en skadeerstatning, men også en billighetserstatning¹³. Lovforarbeidene angir i denne sammenheng at dersom arbeidstakeren ikke er særlig å bebreide, må erstatningen i hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd. Som ellers i erstatningsretten må det være en årsakssammenheng mellom den usaklige oppsigelsen og det økonomiske tapet. Det stilles også et krav til at det økonomiske tapet er en påregnelig følge av den usaklige oppsigelsen.

¹¹ Jakhelln, kommentarer til arbeidsmiljøloven, (2006) s. 960

¹² l.c.

¹³ Ot.prp. nr.41(1975–76) s. 75

De to neste momentene som bestemmelsen angir er arbeidsgiver og arbeidstakers forhold. Med dette menes forhold på arbeidsgiver og arbeidstakers side, som kan føre til en økning eller reduksjon i erstatningen. For eksempel kan arbeidsgiver ha opptrådt svært klanderverdig ved oppsigelsen som tilsier en økning i erstatningsutmålingen, eller arbeidstaker kan ha medvirket til oppsigelsen på en måte som tilsier en reduksjon i erstatningsutmålingen.

Til slutt fremgår det av bestemmelsen at man skal legge vekt på omstendigheter for øvrig. I forarbeidene til bestemmelsen blir vedkommendes tjenestetid, lønn og utsikter til nytt eller annet arbeid gitt som eksempler.

2.3.3 Analogisk anvendelse av § 15-12 (2)?

Som drøftet ovenfor i punkt 2.3.1.3 vil ikke arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) komme til anvendelse dersom arbeidstakeren selv slutter, med mindre det skyldes press fra arbeidsgiveren. Det samme kan sies dersom arbeidsforholdet opphører uten at det foreligger en oppsigelsen fra noen av partene. I disse tilfeller er man henvist til å kreve erstatning etter alminnelige erstatnings- og kontraktsrettslige regler.

Som nevnt ble det i dom inntatt i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) reist spørsmål om arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) kunne komme analogisk til anvendelse ved erstatningsfastsettelsen etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Høyesterett uttalte følgende i den forbindelse:

”Spørsmål om analogisk anvendelse av § 62 annet ledd ved erstatningsfastsettelse etter alminnelige kontraktsrettslige regler i arbeidsforholdet har bare i begrenset utstrekning vært gjenstand for prosedyre. Jeg finner det ikke nødvendig å ta standpunkt til spørsmålet. Vurderingen av det påregnelige tap må uansett bli noe skjønnsmessig på bakgrunn av de fremlagte opplysninger.” (s.1517)

Selv om Høyesterett presiserte at de ikke ville ta standpunkt til spørsmålet om analogisk anvendelse, la de avgjørende vekt på de momentene som bestemmelsen angir.

Arbeidsmiljøloven (1977) § 62 (2) viser til *”økonomisk tap, arbeidsgiver og arbeidstakers forhold og omstendigheter for øvrig”*. Høyesterett mente utmålingen måtte fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av ovennevnte momenter. Jeg antar at ettersom det var mange momenter som skulle inngå i en helhetsvurdering, var det hensiktsmessig for Høyesterett at vurderingen her var skjønnsmessig. Dette er også bakgrunnen for at arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) gir anvisning på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Etter min mening kan dette peke i retning av at erstatningsfastsettelsen i realiteten var foretatt på bakgrunn av en analogisk anvendelse av arbeidsmiljøloven (1977) § 62 (2).

Høyesterett gir imidlertid eksplisitt uttrykk for at arbeidsmiljøloven (1977) § 62 (2) ikke skal komme til anvendelse ved erstatningsfastsettelse etter alminnelige kontraktsrettlige regler. Dette bygger nok på at tilfellene er forskjelligartede, og at analogi i enkelte tilfeller vil kunne gi urimelige resultater. Av den grunn vil spørsmålet om en analogisk anvendelse av § 15-12 (2) ved erstatningsfastsettelse etter alminnelige kontraktsrettlige regler, være åpent inntil videre.

2.4 Hensyn bak bestemmelsen

Erstatningsutmålingen må skje i samsvar med de generelle erstatningsrettslige prinsipper, som igjen bygger på reparasjonshensynet og prevensjonshensynet.¹⁴ Reparasjonshensynet tar sikte på å reparere den forvoldte skade. Skadelidte skal stilles som om skaden ikke var skjedd, ved å få kompensasjon for den uberettigede oppsigelsen. Prevensjonshensynet tar sikte på å forhindre at rettsbrudd skjer, herunder å forebygge at arbeidstakeren blir usaklig sagt opp. Reglene får med dette en forebyggende effekt som gjør at arbeidsgiver handler mer aktsomt. Reparasjonshensynet og prevensjonshensynet utfyller hverandre ved at den

¹⁴ Jakhelln (2004) s. 403

økonomiske belastningen erstatningskravet medfører, bidrar til å motvirke at arbeidsgiver uberettiget bringer arbeidsforholdet til opphør¹⁵.

¹⁵ l.c.

3 Økonomisk tap

3.1 Innledning

Etter arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) skal erstatningen fastsettes til "*det beløp retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap ...*" Det økonomiske tap vil både utgjøre økonomisk tap frem til domsavsigelse samt fremtidig økonomisk tap. Dette skillet fremgår ikke klart av loven eller forarbeidene, men er ansett å følge av Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75 som sier at: "*Dersom arbeidstakeren ikke er særlig å bebreide, må erstatningen i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd.*" Etter angivelsen i forarbeidene vil erstatning kunne utgjøre noe i tillegg til det arbeidstakeren har lidd, altså det fremtidige økonomiske tap. Det gir også en anvisning på at erstatningskravet kan omfatte det ikke-økonomiske tap. Forarbeidene angir også at man skal legge vekt på "*utsikter til nytt eller annet arbeid*", jfr. Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75, som igjen viser at arbeidstakerens fremtidsutsikter er et sentralt moment.

Det økonomiske tap frem til domsavsigelse kjennetegnes ved at det er et dokumentert økonomisk tap, mens fremtidig økonomisk tap refererer seg til et sannsynlig økonomisk tap. Det er arbeidstakeren som har bevisbyrden for det økonomiske tap han har lidd og vil lide som følge av oppsigelsen. Som nevnt stilles det et krav til årsakssammenheng mellom oppsigelsen og det økonomiske tap, samt at det økonomiske tap er en påregnelig følge av oppsigelsen. I det følgende vil jeg først behandle det økonomiske tap frem til domsavsigelse, før jeg så går nærmere inn på det fremtidig økonomiske tap.

3.2 Økonomisk tap frem til domsavsigelsen

Det økonomiske tap frem til domsavsigelsen vil danne utgangspunktet ved utmåling av erstatning, jfr. ordlyden i § 15-12 (2) samt Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s.75 som sier at "*erstatningen må i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd...*". Dette tapet vil i første rekke omfatte lønnstap i perioden etter oppsigelsen og frem til domsavsigelsen, men kan også omfatte annet økonomisk tap som arbeidstakeren har hatt i

forbindelse med den urettmessige oppsigelsen. Det første som skal behandles er lønnstapet, og deretter vil jeg se på annet tap som oppsigelsen kan ha medført.

3.2.1 Lønnstap

Hovedregelen er at lønnstapet skal dekkes fullt ut. Det følger av rettspraksis, jfr. dom inntatt i

Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen) med henvisning til eldre praksis, samt Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 78. Selv om dette er forarbeidene avskjedsbestemmelsen, gjelder de generelt sett tilsvarende ved usaklig oppsigelse da bestemmelsene er likelydende. Lønnstapet var etter den gamle arbeidervernloven av 1936 og 1956 den eneste posten i erstatningsvurderingen. Den omstendighet at lønnstapet skal dekkes fullt ut, er derfor et prinsipp som har lange tradisjoner.

Et lønnstap vil først og fremst utgjøre tap av lønn som følge av at arbeidstakeren ikke har stått i stillingen under sakens behandling. En arbeidstaker som har stått i stillingen og fått utbetalt lønn til det blir avsagt dom for ugyldighet, vil i utgangspunktet ikke ha hatt noe tap av inntekt. Det kan i midlertidig tenkes tilfeller hvor den som har stått i stillingen likevel har hatt et lønnstap. For eksempel kunne arbeidstakeren ikke fått lønnsøkning. I de aller fleste tilfeller velger imidlertid arbeidstakeren å stå i stillingen under sakens behandling. På den måten sikrer man kontinuitet i arbeidsforholdet, samtidig som det vil være lettere for arbeidstakeren å fortsette i stillingen dersom oppsigelsen senere blir kjent ugyldig. Det bidrar også til å verne om arbeidstakerens inntekt i den perioden saken behandles.¹⁶ I denne oppgaven vil jeg hovedsakelig konsentrere meg om de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke har stått i stillingen, da det er disse omstendigheter som fortrinnsvis utløser lønnstap. I punkt 3.2.1.6 vil jeg forøvrig se nærmere på de lønnstapene som kan påløpe når arbeidstakeren har stått i stillingen.

¹⁶ Jakhelln, kommentarer til arbeidsmiljøloven, (2006) s. 930

Lønn er ofte definert som ”vederlag for utført arbeid eller godtgjørelse for en arbeidsinnsats”.¹⁷ Lønn kan både være pengelønn eller naturallønn eller begge deler. Det finnes ingen veiledning i lovverket om lønn eller lønnsfastsettelse. Lønnens beregning og størrelse bygger på avtale mellom partene, tariffavtale eller annen avtale. Lønnen kan være avtalt per tidsenhet eller på grunnlag av arbeidsresultatet, og kan omfatte mange faktorer.

I det følgende skal jeg redegjøre for de mest vanlige lønnsfaktorene, og vurdere hvorvidt de vil inngå i lønnstapet som arbeidstakeren kan kreve erstattet.

3.2.1.1 Fast avtalt lønn

Fast avtalt lønn refererer seg til grunnlønnen inklusiv faste og personlige tillegg. Et eksempel på dette er tillegg på bakgrunn av x antall års sammenhengende ansiennitet. Fast avtalt lønn vil nesten alltid utgjøre hovedkomponenten i lønnstapet. Det skyldes at fast avtalt lønn, i de fleste tilfeller, vil utgjøre lønnen til arbeidstakeren.

Generelt kan man si at fastsettelsen av det økonomiske lønnstapet beror på en vurdering av arbeidstakerens påregnelige lønnsnivå dersom oppsigelsen ikke hadde funnet sted. En arbeidstaker må altså dokumentere eller sannsynliggjøre sitt påregnelige lønnsnivå uten oppsigelsen, dersom tapet av dette skal kunne erstattes. Jeg minner om at det er arbeidstakeren som har bevisbyrden for det økonomiske tap han har lidt og vil lide som følge av oppsigelsen.

Som en følge av dette må arbeidstakeren dokumentere eller sannsynliggjøre hva som ville ha vært den påregnelige faste avtalte lønnen uten oppsigelse, for at tapet skal kunne erstattes. I de fleste tilfeller vil det være påregnelig at arbeidstakeren hadde beholdt samme faste avtalte lønn, dersom han ikke hadde blitt sagt opp. En vanlig måte å føre bevis på er å vise til arbeidsavtalen, ligningsoppgaven, lønnslisten eller regnskap.

¹⁷ Jakhelln (2006) s. 336

I noen tilfeller kan det imidlertid være påregnelig at arbeidstakeren ville ha blitt flyttet til en annen stilling med lavere lønn, eller motsatt til en stilling med høyere lønn, hvis han ikke hadde blitt sagt opp. Dette må man ta hensyn til i erstatningsutmålingen.

Er dom som illustrerer dette er dom inntatt i LA-1992-550. I denne saken ble en nær 50 år gammel kvinne sammen med 24 andre sagt opp etter å ha vært ansatt i 14 år i bedriftens produksjonsavdeling. Omtrent samtidig ansatte bedriften en 39 år gammel kvinne i ledig halvdagsstilling i bedriftens kantine. Stillingen i kantinen var arbeidstakeren interessert i, og ledelsen i bedriften var kjent med dette. I denne dommen kom lagmannsretten frem til at oppsigelsen måtte kjennes usaklig, da omplasseringsplikten etter aml. § 60 nr. 2 ikke var oppfylt. Kvinnen skulle ha blitt tilbudt den halvdagsstillingen i bedriftskantinen som den nye kvinnen ble ansatt i. I erstatningsutmålingen ble dette tillagt vekt, og lagmannsretten uttalte følgende i denne sammenheng:

”Ved vurderingen av det økonomiske tap må det naturligvis tas hensyn til at det var en halvdagsstilling hun etter rettens mening skulle vært tilbudt – hun skal da ikke ha erstattet tapet ved å bli oppsagt fra fulltidsstillingen hun hadde i produksjonsavdelingen.”

3.2.1.2 Variable lønnstillegg

I tillegg til fast avtalt lønn vil også arbeidstakeren kunne ha variable lønnstillegg.

Variable lønnstillegg vil være tillegg arbeidstakeren får som følge av spesielle arbeidsoppgaver og arbeidstider. For eksempel vil man kunne få tillegg hvis man har et særlig smussig arbeid, arbeid på avsidesliggende sted (f.eks. offshoretillegg) eller hvis man arbeider på ubekvem arbeidstid som kvelder, helger, helligdager og så videre.

Variable lønnstillegg vil også kunne inngå i lønnstapet, dersom arbeidstakeren kan dokumentere eller sannsynliggjøre at han ville ha jobbet på en slik måte at tilleggene hadde vært berettiget, dersom han ikke hadde blitt sagt opp. I bevisførselen vil man også her

kunne vise til arbeidskontrakten, ligningsoppgaven eller lønnslippen. I tillegg bør man også kunne vise til arbeidsrutinene i virksomhetene, slik som for eksempel en turnusplan.

Hvis det foreligger opplysninger om lønnen i domspremissene, blir det ofte vist til månedslønnen eller årslønnen når erstatningen skal utmåles. Domstolen kan imidlertid være sparsommelig med opplysningene, så det er vanskelig å vite hva som ligger bak de anførte beløpene. Stort sett vil månedslønnen/årslønnen representere grunnlønn, faste tillegg og variable tillegg. Det er dette som vil utgjøre ”full lønn”, og en dekning av dette vil stille arbeidstakeren som om oppsigelsen ikke hadde funnet sted.

Det finnes i midlertidig rettspraksis hvor domstolen har kommet frem til at variable lønnstillegg ikke skal inngå i lønnstapet som arbeidstakeren kan få erstattet. I dom inntatt i LB-2007-74289 kom lagmannsretten frem til at arbeidsgiveren ikke skulle erstatte turnustillegg. Lagmannsretten begrunnet dette på følgende måte:

”Turnustillegg er godtgjørelse for ubekvem arbeidstid. Lagmannsretten kan derfor ikke se at det er riktig at turnus skal betales eller erstattes når arbeidstakeren ikke lenger er i arbeid og dermed heller ikke har slik ubekvem arbeidstid. I denne sammenheng legger lagmannsretten også vekt på at kommunen hadde anledning til å beslutte at A ikke lenger skulle gå i turnus eller ta ekstravakter.”

På bakgrunn av dette ser det ut til domstolen ikke er helt konsekvente i hvorvidt variable lønnstillegg skal inngå lønnstapet. Hva som kan være årsaken til dette er det vanskelig å si noe om. Som lagmannsretten anfører vil ikke arbeidstakeren være i jobb i lenger, og han vil derfor ikke ha ubekvem arbeidstid. Det kan da virke litt fremmed å få dette erstattet. På den annen side vil ikke lønnstapet bli dekket fullt ut hvis denne lønnsfaktorene ikke blir medregnet. Etter min mening bør variable lønnstillegg inngå i lønnstapet hvis arbeidstakeren kan dokumentere at tilleggene ville vært påregnelig uten oppsigelsen.

3.2.1.3 Overtidsgodtgjørelse

Videre vil overtidsgodtgjørelse være en del av lønnen. Arbeidsmiljøloven definerer overtidarbeid som arbeid som varer ut over den alminnelige arbeidstid, jfr. § 10-6 (2), og etter § 10-6 (11) skal det betales overtidsgodtgjørelse for overtidarbeid.

For at overtidsgodtgjørelse skal inngå i lønnstapet må arbeidstakeren også her dokumentere eller sannsynliggjøre at han ville ha arbeidet overtid og således fått overtidsgodtgjørelse, dersom han ikke hadde blitt sagt opp. Bevisførselen vil være den samme som for de øvrige lønnsfaktorene.

En dom som illustrerer at overtidsgodtgjørelse kan inngå i lønnstapet er dom inntatt i LB-2000-791 hvor lagmannsretten uttalte følgende: *”Det må være riktig å legge til grunn den månedslønn A hadde i X og gi et skjønnsmessig tillegg for den for forventede overtidsgodtgjørelse og bonusytelser.”*

Overtidsgodtgjørelse er i likhet med variable lønnstillegg noe arbeidstakeren får som følge av ubekvem arbeidstid. Hva gjelder overtidsgodtgjørelse ser imidlertid domstolen ut til å være konsekvente på at dette kan inngå i lønnstapet.

3.2.1.4 Bonus m.m.

Videre kan bonus, honorarer og tantieme være lønn. Hva gjelder bonus definerer Henning Jakhelln (”Jakhelln”) det som en resultatbasert belønning som kommer til arbeidstakernes gunst enten i form av penger, opsjoner, fond eller ulike ordninger for medeierskap.¹⁸ På bakgrunn av dette vil bonus komme til utbetaling dersom bestemte resultater blir nådd, og vil således komme i tillegg til fast avtalt lønn.

¹⁸ Jakhelln (2006) s. 336

Jakhelln skiller mellom tre typer bonuser i sin fremstilling; overskuddsdeling basert på bedriftsoverskudd, gruppebonuser og individuelle bonuser.¹⁹ Overskuddsdeling basert på bedriftsoverskuddet vil ofte være en bonus som tilkommer alle de ansatte med en like stor del. En gruppebonus vil tilkomme en gruppe arbeidstakere eller en avdeling som et resultat av deres innsats, mens individuell bonus er noe én arbeidstaker får basert på egen innsats.

Jakhelln reiser spørsmål om bonus er å anse som arbeidstakerens lønn.²⁰ I den forbindelse legger han til grunn at dersom bonusutbetalingen har en sammenheng med arbeidstakerens egen innsats, faller det innenfor lønnsbegrepet. Når det gjelder bonuser som utbetales til en gruppe arbeidstakere eller overskudd som fordeles på alle ansatte i bedriften, kan det være uklart om hver enkelt arbeidstaker har bidratt til resultatet. Jakhelln viser i den forbindelse til dom inntatt i Rt. 1980 s. 1703 hvor Høyesterett slo fast at "*.. antagelig [må det] kunne legges til grunn at bonus som tilkommer arbeidstakere som en belønning for bedriftens- eller gruppens resultat som helhet er å anse som arbeidstakerens lønn.*"²¹ På bakgrunn av dette kan alle tre bonustypene anses som arbeidstakerens lønn.

Dersom bonusen ikke anses som lønn, slik som for eksempel julegratiale ofte ikke gjør, vil arbeidstakeren ikke ha noen rettigheter til om det skal skje en utbetaling, størrelse på bonus eller tidspunktet for utbetaling. Har i midlertidig arbeidsgiveren gitt de ansatte en berettiget forventning om bonus, ved for eksempel at det har kommet til uttrykk muntlig eller det står beskrevet i interne regler, vil det være naturlig å betrakte utbetalingen som lønn.²²

For de tilfeller bonus kan betraktes som lønn, vil det kunne inngå i lønnstapet dersom arbeidstakeren kan dokumentere eller sannsynliggjøre at han ville hatt krav på dette, dersom han ikke hadde blitt sagt opp. Bevisførselen kan også her være arbeidskontrakten

¹⁹ l.c.

²⁰ l.c.

²¹ Jakhelln (2006) s. 337

²² Jakhelln (2006) s. 337

eller ligningsoppgaven, men vil i større grad bero på virksomhetens økonomiske forhold og hvorvidt arbeidstakeren kan vise til gode resultater.

En dom som viser betydningen av at arbeidstakeren må sannsynliggjøre bonustapet, er dom inntatt i LB-2001-1993. I denne dommen ble oppsigelse av en driftsleder i Telenors datterselskap Bravida Norge AS kjent ugyldig. Ved erstatningsutmålingen uttalte lagmannsretten følgende om retten til å få dekket tapt bonus:

”Etter bevisførselen må det legges til grunn at det er svært usannsynlig at A ville hatt krav på bonus i 2000. Mange av de prosjekter A arbeidet med ble ikke noe av eller viste seg å bli tapsbringende. As ansvarsområde, elektroavdelingen, gikk med et underskudd på kr 22.700.000 i 2000. Bonusavtalene er ettårige, og det kan ikke legges til grunn at A ville fått bonusavtale etter 2000.”

I dom inntatt i LF-2007-21595 ble det heller ikke sannsynliggjort at arbeidstakeren ville mottatt bonus. I denne saken var det imidlertid snakk om en individuell bonus:

”Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at A ikke har sannsynliggjort at hun i 2006 ville ha oppnådd en omsetning som var så høy at hun ville ha mottatt provisjon i tillegg til fast lønn.”

Som disse to dommene viser er det helt avgjørende at arbeidstakeren kan sannsynliggjøre at han ville fått bonus, for at det skal inngå i lønnstapet. Lagmannsrettsdommene viser også at det i motsetning til de forannevnte lønnsfaktorene, kan være vanskelig å føre bevis for tap av bonus.

3.2.1.5 Frynsegoder

Frynsegoder kan også anses som lønn. Frynsegoder vil typisk være bilgodtgjørelse, betaling av telefonregning og avisabonnement osv. Det avgjørende for at godtgjørelsene skal anses som frynsegoder, og således lønn, er at de kun er ytelser uten tjenstlig

sammenheng. Hvis godtgjørelsene derimot er til for å dekke et tjenstlig behov, en kostnadsdekning, vil de ikke bli ansett som frynsegoder. Grensedragningen mellom ytelser og kostnadsdekning skal jeg ikke gå nærmere inn på her.

Frynsegoder vil kunne inngå i lønnstapet dersom arbeidstakeren kan dokumentere eller sannsynliggjøre at han ville ha fått disse godene hvis han ikke hadde blitt sagt opp. Her vil det være naturlig å se på arbeidskontrakten eller andre avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, for å klargjøre hvilke frynsegoder de har blitt enige om.

3.2.1.6 Lønnstapet når arbeidstakeren ikke har stått i stillingen

Som nevnt innledningsvis vil lønnstapet hovedsakelig refererer seg til de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke har stått i stillingen. Har man stått i stillingen vil man i utgangspunktet ikke ha lidt noe lønnstap. Det finnes imidlertid tilfeller hvor en arbeidstaker har lidd et lønnstap selv om han har stått i stillingen. For eksempel kan arbeidstakeren ikke har mottatt lønnsøkning, overtidsgodtgjørelse eller personlig bonus.

En dom som illustrerer dette er dom inntatt i LB-2009-12878. I denne saken var en arbeidstaker sagt opp etter mer enn 30 år i bedriften, grunnet virksomhetens forhold. Arbeidsgiver hadde vist til at det ikke lenger var arbeidsoppgaver som naturlig hørte til stillingen. Stillingen var en permanent prosjektstilling. Lagmannsretten la til grunn at stillingen måtte tilføres oppgaver dersom det skulle være grunnlag for å opprettholde den. Lagmannsretten kunne ikke se at det fra arbeidsgiver var sannsynliggjort at det ikke fantes arbeidsoppgaver som naturlig hørte til stillingen og som kunne tilføres denne. Oppsigelsen ble kjent ugyldig og det ble gitt erstatning for økonomisk tap samt oppreisning. Når førstvoterende skulle redegjøre for det økonomiske tapet uttalte han følgende:

"A har stått i stillingen etter oppsigelsen, men han har ikke mottatt lønnsøkning for 2008 og 2009, og ikke personlig bonus. Rammen for lønnsøkning i virksomheten i Norge disse to årene var henholdsvis 3 og 3,5 prosent. Det er opplyst at A tidligere

har fått lønnsøkning i alle de 33 årene han har vært ansatt. Det er også opplyst fra C at med unntak av to ansatte har alle de øvrige i Lloyd's Norge fått lønnsøkning i denne perioden. Lagmannsretten finner det på denne bakgrunn sannsynlig at A ville fått en lønnsøkning. Utviklingen av konsumprisindeksen i perioden innebærer også at han ellers ville hatt en reallønnsnedgang. Lagmannsretten finner det også under noe tvil sannsynlig at han ville oppnådd personlig bonus dersom måloppnåelse hadde vært riktig satt i medarbeidersamtale med ham. A må også kompenseres noe for tap i pensjon og feriepenger ved at lønnsøkningen ikke er medregnet. Lagmannsretten fastsetter skjønnsmessig As økonomiske tap til 120 000 kroner."

På bakgrunn av dommen kan arbeidstakeren få dekket tapt lønnsøkning og bonus, selv om han stod i stillingen, dersom han kan sannsynliggjøre at ville ha fått dette uten oppsigelsen.

3.2.2 Annet tap

Det følger av forarbeidene at *"erstatningen må i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd..."*. På bakgrunn av dette må arbeidstakeren, i tillegg til lønnstapet, også kunne kreve dekket annet dokumentert tap han er påført i forbindelse med den usaklige oppsigelsen. Annet tap kan spenne vidt. For eksempel kan det være tapte feriepenger, økte utgifter fordi man må flytte fra tjenestebolig tilknyttet arbeidsplassen, pendlerutgifter i den nye jobben eller utgifter til medisinsk behandling.

Som ellers i erstatningsretten kreves det at det økonomiske tapet står i årsakssammenheng med den skadegjørende handling, samt at det økonomiske tapet er en påregnelig følge av oppsigelsen. Som følge av dette går det en grense for hva arbeidstakeren kan kreve dekket av lidd økonomisk tap.

I praksis er det svært sjelden arbeidstakeren krever erstatning for annet tap enn lønnstap. Hva som kan være årsaken til dette er det vanskelig å gi et klart svar på. Antagelig skyldes det at arbeidstakeren ikke har hatt nevneverdig tap ut over lønnstapet, men det kan også

bero på manglende kunnskap om erstatningsreglene eller at man vegrer seg for å kreve for mye fra arbeidsgiveren.

3.3 Fremtidig økonomisk tap

Det fremtidige økonomiske tap vil også utgjøre en del av det økonomiske tap. Tap i fremtidig inntekt vil utgjøre reduksjon eller bortfall av fremtidig inntekt som følge av oppsigelsen. Dette er et tap som ikke kan dokumenteres, men som må sannsynliggjøres. Som en følge av dette må man ved utmålingen klarlegge hva den sannsynlige inntekten ville vært uten oppsigelsen. Også her stilles det et krav til årsakssammenheng mellom den usaklige oppsigelsen og det fremtidige økonomiske tapet, samt at det fremtidige tapet er en påregnelig følge av den usaklige oppsigelsen. I det følgende gjøres det først rede for de tilfeller som utløser rett til erstatning for fremtidig tap. Deretter vil det bli en gjennomgang av de momenter som rettspraksis legger vekt på i vurdering av det fremtidige tap. Til slutt blir det en redegjørelse av den tidsmessige grensen for erstatning for fremtidig tap.

3.3.1 Typetilfeller som gir rett til erstatning for fremtidig økonomisk tap

Krav om å få dekket tap i fremtidig inntekt oppstår i de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke fortsetter i stillingen etter domsavsigelse. I disse tilfeller vil det kunne gå noe tid før den oppsagte arbeidstakeren igjen kommer i nytt eller annet arbeid. At arbeidstakeren i denne perioden ikke vil ha lønnsinntekter, vil i utgangspunktet være en påregnelig følge. Hovedregelen er at den oppsagte selv har ansvaret for å skaffe fremtidige inntekter. I visse tilfeller kan i midlertidig oppsigelsen ha medført et økonomisk tap som ut fra rimelighetsvurderinger gjør det riktig å erstatte dette en tid fremover.²³ Dette vil typisk være tilfellet når muligheten for å få nytt eller annet arbeid er usikkert, eller når arbeidstakeren har fått et nytt arbeid som er dårligere betalt enn det vedkommende hadde i sitt forrige arbeid.

²³ Dege (1997) s. 506

Selv om den oppsagte har fått seg nytt arbeid vil man kunne ha et fremtidig inntektstap dersom han har lavere lønn her. Dette er en påregnelig følge av oppsigelsen. Ofte har arbeidstakeren opparbeidet seg en høyere lønn i løpet av ansettelsestiden, ved at han har steget i gradene stillingsmessig eller som følge av ansiennitet. Denne opparbeidede lønnen vil man ikke alltid kunne påregne å starte med i det nye arbeidsforholdet. Den oppsagte vil også kunne ha vanskeligheter med å få tak i fast heltidsarbeid i det området han bor i, og vil derfor i tiden fremover tjene mindre ved f.eks. å ha en deltidsjobb, jfr. dom inntatt i LA-2004-9754. Denne differansen mellom lønnen arbeidstakeren ville hatt i tidligere arbeid og den lønnen han vil oppnå i det nye arbeid, kan man kreve erstattet.

Hvorvidt det vil være vanskelig for arbeidstakeren å komme i nytt arbeid eller oppnå lik lønn i nytt arbeid, må den oppsagte sannsynliggjøre som en påregnelig følge av oppsigelsen. I Rt. 1991 s. 236 ble dette ikke sannsynliggjort, og arbeidstakeren ble derfor ikke tilkjent erstatning for fremtidig inntektstap. I saken var arbeidstakeren blitt arbeidsufør etter oppsigelsen, men Høyesterett anså ”*en slik følge for upåregnelig til å omfattes av erstatningskravet*” (s. 240).

I tillegg til påregnelighet stilles det et krav til årsakssammenheng mellom oppsigelsen og det fremtidige tapet. Hvis arbeidsledigheten ikke kan forbindes med arbeidsgivers forhold, f.eks. pga. generell stor ledighet i vedkommendes stillingskategori, bør det ikke ytes erstatning.²⁴ Det samme gjelder dersom arbeidstakeren, uavhengig av oppsigelsen, ønsker å studere eller gå over i en annen virksomhet.²⁵

Hittil har jeg belyst de tilfeller hvor arbeidstakeren har vanskeligheter med å skaffe seg nytt arbeid, eller det nye arbeidet er dårlige betalt enn det forrige. Dersom arbeidstakeren har fått nytt arbeid, og dette arbeidet er like godt eller bedre betalt, vil man ikke kunne regne med noe fremtidig tap. I praksis har det likevel blitt tilkjent erstatning også i disse tilfeller.

²⁴ Dege (2003) s. 889

²⁵ Dege (2003) s. 890

Arne Fanebust ("Fanebust") anfører at det i disse tilfeller gjerne er vist til at det nye arbeidet ligger i en annen gate eller at arbeidstakeren har fått en stilling som er mer usikker eller mindre interessant.²⁶ I det følgende skal jeg se nærmere på disse tre momentene.

Når det gjelder momentet om at arbeidet ligger i en annen gate, har ikke Fanebust vist til noe konkret rettsavgjørelse hvor dette har blitt tatt hensyn til. Jeg kan heller ikke finne en rettsavgjørelse hvor dette har blitt vektlagt. Som en følge av dette er det vanskelig å vite hvilke rettsavgjørelse han sikter til. Etter min mening sikter han antagelig til rettsavgjørelser hvor det nye arbeidet ikke har vært av samme dimensjon som det gamle. Som eksempel kan jeg nevne at en person som opprinnelig hadde en ledende stilling har fått en ny og mindre prestisjefull stilling.

Den omstendighet at en stilling er mer usikker, ble vektlagt i dom inntatt i Rt. 1959 s.900. I denne dommen var oppsigelsen av en sveiser på et skipsverksted ansett som usaklig. Etter oppsigelsen gikk det ikke lang tid før arbeidstakeren var tilbake i arbeid igjen. Selv om dette arbeidet var like godt betalt, ble usikkerheten rundt den nye stillingen vektlagt i erstatningsutmålingen:

"Med hensyn til de økonomiske følger oppsigelsen har hatt for Iversen, peker jeg på at han har måttet begynne å opparbeide nytt erstatningsvern hos en annen arbeidsgiver, hvortil kommer at en nyansatt arbeidstager i alminnelighet ikke har en så trygget stilling i en bedrift som en arbeider som har vært i bedriften gjennom et lengre tidsrom."

Til slutt nevner Fanebust at dersom den nye stillingen er mindre interessant, kan det være et relevant moment i erstatningsutmålingen jfr. dom inntatt i RG 1970-420. I denne dommen ble oppsigelsen av en fengselsbetjent ansett som usaklig. Etter oppsigelsen gjeninntrekk arbeidstakeren straks i sitt gamle arbeid som rørlegger i et rørleggerfirma, hvor han fikk bedre betalt. På bakgrunn av dette hadde han *"foreløpig ikke hatt økonomisk*

²⁶ Fanebust (2001) s.368

tap, men en viss vinning ved å måtte vende tilbake til sitt tidligere arbeid". Tiltross for det anførte lagmannsretten at: "Det bør imidlertid tas et visst hensyn til at han har mistet et arbeid som han fant særlig interessant og tilfredsstillende."

3.3.2 Momenter i vurderingen

Hvorvidt det skal gis erstatning for fremtidig tap, for hvor lenge og med hvilket beløp, beror på en skjønnsmessig vurdering, hvor ulike momenter skal avveies mot hverandre. Spørsmålet blir da hvilke momenter som i praksis blir tillagt vekt når det fremtidige tap skal skjønnsmessig vurderes.

Selv om det i dom inntatt i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) ikke foreligger en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand, behandler Høyesterettsdommen et oppsigelseslignende tilfelle hvor erstatningsutmålingen ikke ser ut til være prinsipielt forskjellig fra erstatningsutmålingen basert på arbeidsmiljølovens regler. Av den grunn har rettspraksis i senere oppsigelsessaker henvist til uttalelser i denne dommen. Særlig gjelder dette momentene som ble anført i vurdering av det fremtidige tap. I dommen bemerket Høyesterett at *"arbeidstakerens alder, utdanning og arbeidserfaring er momenter i den forbindelse"*.

I det følgende skal jeg redegjøre nærmere for disse tre momentene samt andre momenter som rettspraksis har lagt vekt på ved erstatningsutmålingen. Dette vil være arbeidstakerens tjenestetid, helsesituasjon, arbeidsmarkedet og om oppsigelsen har ført til skadevirkninger på grunn av negativ omtale.

3.3.2.1 Alder

I en oppsigelsessak vil alder være et moment som kan ha innvirkning på jobbutsiktene. Blir en arbeidstaker i 50 årene sagt opp kan det i dagens arbeidsmarked være vanskelig å komme i nytt arbeid eller en tilsvarende stilling. Dette bygger ofte på en oppfatning om at eldre arbeidstakere er mindre lønnsomme og produktive enn yngre arbeidstakere. En yngre

arbeidstaker vil være mer ettertraktet på arbeidsmarkedet, og det vil sjelden være nødvendig å erstatte et fremtidig tap. Skulle det være aktuelt for en yngre arbeidstaker å få erstatning for fremtidig tap er det ofte andre momenter som spiller inn og gjør dette rimelig.

På bakgrunn av rettspraksis er det først når arbeidstakeren er 50 år at alder blir trukket frem som argument for erstatning for fremtidig inntektstap, jfr. dom inntatt i LA-1992-550 hvor lagmannsretten poengterte at arbeidstakeren var nær 50 år. Det samme var tilfellet i dom inntatt i LA-2009-120233 hvor arbeidstakeren var 55 år samt dom inntatt i LB-2008-80778 hvor arbeidstakeren var 58 år.

For øvrig viser rettspraksis at adgangen til i det hele tatt å få erstatning for fremtidig tap, først blir aktuelt når arbeidstakerne er over 50 år. Dette viser at alderen er et av de mest sentrale momentene for å få erstatning for fremtidig tap.

3.3.2.2 Utdannelse

Utdannelse vil også være et sentralt moment i erstatningsutmålingen. Har arbeidstakeren utdannelse vil utsiktene på arbeidsmarkedet være bedre. Dette ble poengtert i dom inntatt i LH-1998-861, hvor lagmannsretten uttalt at den oppsagte datateknikeren *"er ung og har utdannelse og arbeidserfaring innen databransjen. Dette burde i utgangspunktet tilsi at han utgjør en etterspurt arbeidskraft."* I denne saken talte de forannevnte momentene for at han ikke ville lide et fremtidig tap.

Betydningen av utdannelse gjelder særlig for eldre arbeidstakere som må konkurrere med yngre arbeidstakere på arbeidsmarkedet. Har den eldre arbeidstakeren utdannelse vil det gjøre prosessen med å få ny jobb enklere. I RG 1994.1121, som gjaldt oppsigelse av en direktør i fergeselskap, la retten vekt på at arbeidstakeren hadde god utdannelse som siviløkonom: *"Selv om A nå er 50 år gammel, antar retten at han med den kompetansen han har om noen tid vil kunne skaffe seg passende arbeid."* I denne saken ble arbeidstakeren tilkjent en erstatning på 150 000 kr for lidt og fremtidig tap. Dette viser at

vurderingen av momentene er skjønsmessig slik at vektleggingen av momentene blir ulik for den enkelte arbeidstaker.

3.3.2.3 Arbeidserfaring

Som utdanning vil også kvalifisert arbeidserfaring gjøre det lettere å få nytt arbeid. Dette momentet vil derfor bli vektlagt når det fremtidige tapet skal sannsynliggjøres. Som angitt ovenfor under "utdanning" var dette også et sentralt moment i dom inntatt i LH-1998-861. En annen dom som anvender kvalifisert arbeidserfaring som argument er dom inntatt i LA-2009-120233. I denne saken ble en 55 år gammel mann sagt opp fra sin stilling som markedssjef i det selskapet som for noen år tilbake hadde kjøpt "innmaten" i hans to egne selskaper. Konsekvensen av dette var at han var uten jobb, og uten den virksomheten han hadde bygget opp. I premissene ble dette i tillegg til alderen tillagt vekt, men på bakgrunn av *"sin kunnskap og erfaring legger imidlertid lagmannsretten til grunn at han vil komme tilbake i arbeid"*. Erstatning for fremtidig tap ble skjønsmessig satt til en halv årslønn, som blir 430 000 kr, samt at han fikk 200 000 kr som følge av at han må påregne å starte med en lavere årslønn enn han hadde i sin tidligere jobb.

3.3.2.4 Tjenestetid

I lovforarbeidene er det angitt at man skal legge vekt på tjenestetid.²⁷ Har arbeidstakeren lang tjenestetid i den virksomheten han har jobbet, kan den uberettigede oppsigelsen gå sterkt innpå arbeidstakeren. Konsekvensen kan da være at det er vanskelig å områ seg og lete etter nytt arbeid. Av den grunn må tjenestetiden tillegges vekt når erstatningen skal fastsettes.

En sak som belyser dette er dom inntatt i LG-2005-183540. I denne saken var bakgrunn i virksomheten (tjenestetid) et av momentene som ble trukket frem i erstatningsutmålingen. Arbeidstakeren hadde etter beste evne tjent bedriften lojalt i gjennom 20 år. Han hadde

²⁷ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75

arbeidet mye og på sentrale områder vært en ressurs for bedriften. Han hadde hele sitt voksne og yrkesaktive liv vært knyttet til de aktuelle arbeidsoppgavene, og på oppsigelsestidspunktet var han 58 år. I denne saken mente lagmannsretten at lagersjefen som urettmessig var sagt opp, hadde en restarbeidsevne frem til ordinær pensjonsalder som han burde kunne nyttiggjøre seg. Etter omstendighetene var det likevel lite realistisk å forvente at han vil komme over i mer enn en redusert stilling, hvilket ville medføre et fremtidig inntektstap. Lagmannsretten påpekte også at man ved oppsigelsen fratok arbeidstakeren muligheten til tidligere pensjon gjennom AFP, noe som det var nærliggende at han ville ha benyttet seg av. Dette var også et moment som bidro til høyere erstatning for fremtidig tap.

Hva som ligger i "lang tjenestetid", og når den begynner å virke inn er det vanskelig å si noe konkret om. Det foreligger lite rettspraksis hvor tjenestetid har blitt trukket frem som et moment ved utmålingen av erstatning for fremtidig tap. I saken som redegjort for ovenfor, jfr. LG-2005-183540, hadde arbeidstakeren en tjenestetid på 20 år. I dom inntatt i LH-2000-668 hadde arbeidstakeren 31 års tjenestetid. Hva som ligger i lang tjenestetid vil være relativt, og det foreligger derfor ikke en absolutt grense.

3.3.2.5 Helsesituasjon

Arbeidstakerens helsesituasjon vil også være et moment i vurderingen av det fremtidige tap. Er arbeidstakeren syk på domstidspunktet, vil det kunne påvirke arbeidstakerens jobbmuligheter. I de rettsavgjørelser hvor helsesituasjonen er brukt som moment, er sykdommen kommet i kjølvannet av oppsigelse.

I dom inntatt i LH-2002-652 ble arbeidstaker tilkjent erstatning for fremtidig tap, og da ble helsesituasjonen brukt som et sentralt moment:

"Ved erstatningsutmålingen må det tas hensyn til at As utsikter til å få annet arbeid i nær fremtid er usikkert. Han er for tiden sykemeldt, men det må antas at

depresjonen, som er oppgitt å være knyttet til konflikten med arbeidsgiver, vil avta over tid når arbeidsforholdet til Kimek AS opphører."

3.3.2.6 Negativ omtale

En oppsigelse vil også kunne gi skadevirkninger i form av beskyldninger og publisitet. Dette vil kunne redusere muligheten for arbeidstakeren til å få annet arbeid, som følgelig øker fremtidstapet. Arbeides det i et lite miljø hvor oppsigelsen kan gjøre arbeidstakeren "persona non grata" bør dette vektlegges i stor grad. En dom som illustrerer dette er dom inntatt i RG 1988 s. 1057 hvor retten utmålte 100 000 kr for tap i fremtidig inntekt. I premissene ble det uttalt følgende:

"Videre må A tilkomme kompensasjon for reduserte muligheter i arbeidsmarkedet fremover. Saken er som nevnt vel kjent i den bransje A har arbeidet i gjennom 12 år og selv om han får adskillig oppreisning gjennom denne dom som nå avses, er det neppe til å komme forbi at han på grunn av saken har fått "riper i lakken" som det vil ta tid å få rettet opp."

3.3.2.7 Arbeidsmarkedet

Avsluttende moment i vurderingen av det fremtidige tap, er arbeidsmarkedet på det stedet arbeidstakeren bor. Bor arbeidstakeren på et lite sted hvor det er vanskelig å få seg annet arbeid, vil dette påvirke jobbutsettene, og vil således være et sentralt moment.

Momentet er fremhevet i dom inntatt i LE-2004-9754. I denne saken ble oppsigelsen av en servitør ansett som usaklig. I vurdering av det fremtidige tapet uttalte lagmannsretten følgende: *"Siden hun enda ikke har fått helårsarbeid, og siden dette heller ikke er lett å få i X, er det sannsynlig at hun også i tida fremover vil tjene mindre enn hun ville gjort i stillingen hos B."*

Når det har gått en tid bør man imidlertid ta i betraktning arbeidstakers muligheter ellers i landet, selv om dette kan medføre flytting. Dette bygger på arbeidstakerens tapsbegrensningsplikt, som jeg vil se nærmere på i punkt 5.3.1.

3.3.2.8 Sammenfatning

Som de forannevnte momentene viser legger rettspraksis vekt på arbeidstakerens utsikter på arbeidsmarkedet, etter en individuell vurdering, ved utmåling av erstatning for fremtidig tap. Har for eksempel arbeidstakeren høy alder og dårlig helse vil utsiktene til arbeidsmarkedet være dårlige, i motsetning til de tilfeller hvor arbeidstakeren er ung og har utdanning og arbeidserfaring.

Generelt sett er det få rettsavgjørelser som har tilkjent erstatning for fremtidig tap i oppsigelsessaker. Dette viser at det i praksis stilles strenge krav for å få tilkjent slik erstatning. I de tilfeller arbeidstakeren har blitt tilkjent erstatning for fremtidig tap, er det som oftest høy alder som er hovedårsaken. Helsen situasjonen er også et moment som ofte går igjen i rettspraksis. Det er tydelig at disse to momentene anses å prege arbeidsutsiktene mest. Momenter som utdanning og arbeidserfaring blir stort sett brukt i positiv forstand. Det vil si at momentene blir trukket frem når arbeidstakeren har utdanning og arbeidserfaring, og således brukt som argument for at arbeidstaker ikke vil lide noe fremtidig tap. Tjenestetid og arbeidsmarkedet på stedet arbeidstakeren bor, er også ansett som relevante momenter som må tillegges vekt. Hva gjelder skadevirkninger i form av negativ omtale er dette et moment som sjelden blir trukket frem, men vil være et relevant hvis det anføres i saken.

3.3.3 Perioden det skal gis erstatning for

Perioden det skal gis erstatning for fremtidig tap beror på en konkret vurdering, hvor påregnelighetsbetraktninger vil ha en sentral plass. For den oppsagte kan det for eksempel være påregnelig at det fremtidige tapet varer et halvt års tid eller et års tid, men det kan også være påregnelig at tapet vil vedvare en god stund fremover.

På bakgrunn av rettspraksis antas det at perioden det skal gis slik erstatning for sjelden vil være mer enn to år. Dette ble lagt til grunn i dom inntatt i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) hvor Høyesterett uttalte følgende:

”Det er opplyst at det er mangel på fagutdannet personale i apotekbransjen. Selv om det ikke er noe annet apotek på X, måtte det være påregnelig at ankemotpartene etter en viss tid skaffet seg annet arbeid som eliminerte deres økonomiske tap. Tapet vil derfor knytte seg til en periode som jeg etter omstendighetene mener bør settes til et par års tid.”

På bakgrunn av den tiden som hadde gått, mente i midlertidig Høyesterett at det ikke var grunnlag for å tilkjenne erstatning for fremtidig tap. I denne saken var det gått ca. tre år fra fratreden til dommen i Høyesterett. Dette er en uttalelse som Høyesterett, etter min mening, burde ha begrunnet nærmere. Saksbehandlingstiden i retten bør i utgangspunktet ikke gå ut over arbeidstakeren. Dersom en sak skal gå gjennom alle rettsinstanser vil det medføre at det går noe tid. Jeg stiller meg derfor kritisk til Høyesteretts vurdering her.

”Periode det skal gis erstatning for, må vurderes konkret, og det må antas at to år vil kunne være et utgangspunkt for en grense”, jfr. Fougner og Holo.²⁸ I løpet av den tiden vil arbeidstakeren normalt ha skaffet seg annet arbeid, eller omskolert seg for å eliminere det økonomiske tapet.

At hvert tilfelle må vurderes konkret viser dom inntatt i LG-2005-183540. I denne saken ble arbeidstakeren, som på domstidspunktet var 60 år, tilkjent erstatning for fremtidig inntektstap frem til ordinær pensjonsalder (67 år). I domspremissene ble tjenestetid, alder, helsesituasjon samt det forhold at oppsigelsen fratok han muligheten til tidligere pensjon anført som momenter i vurderingen. Lagmannsretten anførte at alle forholdene var

²⁸ Fougner, Arbeidsmiljøloven med kommentar (2006) s. 842

påregnelig for arbeidstakeren, og av den grunn skulle det utmåles erstatning frem til ordinær pensjonsalder.

4 Fradrag i erstatningen

4.1 Innledning

Hittil har jeg belyst retten til å få dekket det økonomiske tap frem til domsavsigelse samt fremtidig økonomisk tap. I dette kapitlet skal jeg redegjøre for hvorvidt det kan gjøres fradrag i det økonomiske tapet som arbeidstakeren har lidt.

Som nevnt er utgangspunktet at lønnstapet skal dekkes fullt ut, jfr. dom inntatt i Rt. 2005 s.518 (Pornonedlastningsdommen). Dersom arbeidstakeren har vært ute av stillingen kan han imidlertid ha hatt annet lønnet arbeid eller mottatt trygdeytelser. Dette vil typisk være tilfellet når arbeidstakeren ikke har benyttet seg av retten til å fortsette i stillingen etter arbeidsmiljøloven § 15-11. Det samme gjelder dersom arbeidstakeren har måttet fratrukke på grunn sykdom og lignende, eller fordi retten har bestemt det etter 15-11 (2). Spørsmålet blir da om andre inntekter eller trygdeytelser skal trekkes fra lønnstapet når erstatningen skal utmåles.

4.2 Fradrag for inntekt i annet arbeid

4.2.1 Utgangspunktet

Hvorvidt det skal gjøres fradrag for inntekt i annet arbeid er ikke angitt i forarbeidene, når det gjelder oppsigelse. Hva gjelder tilsvarende forhold ved avskjed fremgår følgende av Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 78:

”Det bør ikke gjøres fradrag for slike inntekter med mindre arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen. Det at arbeidstakeren i en slik situasjon gjør sitt for å skaffe seg inntekter bør komme arbeidstakeren til gode. Arbeidsgiver må derfor alltid regne med at det ikke blir gjort fradrag for slike inntekter.”

Som tidligere påpekt er erstatningsbestemmelsene for henholdsvis oppsigelse og avskjed likelydende. Som en følge av dette har man lagt til grunn at man også kan bygge på lovforarbeidene til avskjedsbestemmelsen, ved usaklig oppsigelse.

Fanebust fremholder at standpunktene i forarbeidene kan tenkes begrunnet på to måter.

*"Det er samfunnsmessig sett å foretrekke at en arbeidstaker kommer i arbeid så snart som mulig, og erstatningssanksjonen er viktig for at oppsigelsesvernet skal fungere effektivt."*²⁹

Fanebust anfører videre at det ikke bør *"legges opp til et system som frister til lediggang, og vernet mot oppsigelse uten saklig grunn bør derfor ikke svekkes ved at arbeidsgiver kan "tjene" på forhold som disse"*.³⁰ Disse hensynene har et samfunnsnyttig aspekt, og blir derfor ansett for å ha gode ting for seg.

Angivelsene i forarbeidene har imidlertid på visse hold vært gjenstand for kritikk hva gjelder oppsigelse. Det skyldes at ved oppsigelse har man rett til å stå i stillingen under sakens behandling, og hvis man ikke benytter seg av retten vil arbeidstakeren kunne heve lønn hos to arbeidsgivere. Dette samsvarer ikke fullt ut med reparasjonshensynet, som sier at skadelidte skal stilles økonomiske som om oppsigelse ikke hadde funnet sted. Ved avskjed har man ikke krav på å være i stillingen under sakens gang, og av den grunn vil saken stilles seg annerledes her. En nærmere redegjørelse for dette finnes i punkt 4.2.5.

Utgangspunktet er altså at det ikke skal gjøres fradrag med mindre arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen. Spørsmålet blir da hva som menes med *"forholdsvis lenge ute av stillingen"*, jfr. forarbeidene.

4.2.2 Forholdsvis lenge ute av stillingen

"Forholdsvis lenge ute av stillingen" knytter seg til tiden fra arbeidstakeren er ute av stillingen og frem til domsavsigelsen. Det er i denne perioden arbeidstakeren har hatt et

²⁹ Fanebust (2001) s. 364

³⁰ l.c.

lønnstap, og det eventuelt vil være spørsmål om fradrag for andre lønnsinntekter. I utgangspunktet må et slikt fradrag vurderes konkret i forhold til stillingen, da det er vanskelig å si noe helt generelt. I lovforarbeidene er det ikke gitt noen holdepunkter for hvordan man tar tak i dette vurderingstemaet, men i teori og praksis er temaet nærmere omhandlet.

En Høyesterettsdom som tar opp dette til vurdering er dom inntatt i Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen). I denne saken ble to arbeidstakere avskjediget, med den begrunnelsen at de urettmessig hadde brukt arbeidsgiverens dataanlegg ved nedlasting av pornografisk materiale. Avskjeden ble ansett som urettmessig og heller ikke vilkårene for saklig oppsigelse ble ansett oppfylt. I dommen ble lovforarbeidene gjengitt og førstvoterende uttalte følgende:

"Det klare utgangspunktet i forarbeidene må tillegges vekt. Også reelle hensyn taler for at det ved urettmessig avskjed eller usaklig oppsigelse normalt ikke bør gjøres fradrag for inntekt av annet arbeid. Det er samfunnsmessig ønskelig at arbeidstakeren raskt kommer i arbeid, og erstatningssanksjonen er et viktig element i et effektivt oppsigelsesvern.

Dette viser at Høyesterett fastholder utgangspunktet i forarbeidene, der prevensjonshensynet synes å være av fremtredende betydning. Videre fortsetter Høyesterett:

Dette innebærer likevel ikke at lønnstapet alltid kan kreves dekket fullt ut. Proposisjonen viser til situasjoner der « arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen ». I hvert fall som et utgangspunkt må det gjøres unntak for tilfeller der arbeidstakeren kommer i en fast og ordnet arbeidssituasjon i en stor del av den tiden han er ute av den opprinnelige stillingen. Dette er situasjonen i vår sak. Utgangspunktet må da være at det gjøres fradrag krone for krone."(Punkt 70 og 71)

Høyesterett gir ikke her en tidsmessig avklaring på hva som ligger i "*forholdsvis lenge ute av stillingen*". Retten ser heller til selve arbeidssituasjonen, og ser således ut til å sette en standard for når det nye arbeidet tilsier at det må gjøres fradrag i erstatningen. I punkt 4.2.3 har jeg sett nærmere på dette.

Etter å ha gjennomgått en rekke dommer ser det ut til at det normalt gjøres fradrag for annen arbeidsinntekt, når arbeidstakeren har vært ute av stillingen i ca. 1-2 år. To dommer som illustrerer dette er LF-2001-816 og LE-1996-140. I det følgende skal jeg se nærmere på dommene og vise hvordan retten argumenterer.

I dom inntatt i LF-2001-816 ble en taxisjåfør usaklig sagt opp, og hadde derfor krav på erstatning. Da erstatningen skulle beregnes var tapsperioden for lønn 13,5 måned. I denne perioden hadde arbeidstakeren hatt annen inntekt, og lagmannsretten fant det riktig å gjøre fradrag for dette. Fradragene ble begrunnet i "*... det økonomiske tap, partenes forhold under konflikten og den tid A har vært ute av stillingen...*". Dommen viser at 13,5 måned ble ansett som "*forholdsvis lenge ut av stillingen*". Fradragene ble for øvrig også begrunnet i andre forhold som, det økonomiske tap og partenes forhold under konflikten. Dette viser at andre forhold enn tiden man er ut av stillingen vil få betydning for fradragene, og at hvert forhold må vurderes konkret.

I dom inntatt i LE-1996-140 ble en miljøarbeider ved et behandlingskollektiv urettmessig avskjediget. Lagmannsretten fant også at forholdet ikke kunne innebære noen saklig oppsigelsesgrunn. I saken hadde arbeidstakeren vært ute av stillingen i over 18 måneder, og i denne perioden hadde han hatt annet arbeid. Ved erstatningsutmålingen uttalte lagmannsretten følge: "*Siden erstatningen skal utmåles skjønnsmessig er den tapte inntekt bare et utgangspunkt for retten. Inntekt fra andre kilder i den forløpne tid, skal som hovedregel ikke fratrekkes. Hvor det, som her, er tale om et lengre tidsrom, kan likevel slik inntekt i noen grad påvirke erstatningsutmålingen.*"

4.2.3 Nærmere om adgangen til å gjøre fradrag for annen inntekt

Hittil har jeg gjort rede for hva domstolen anser som *“forholdsvis lenge ute av stillingen”*, og belyst hvordan de begrunner retten til fradrag for annen inntekt. Det er imidlertid ikke alltid retten bruker tiden arbeidstakeren har vært ute av stillingen som begrunnelse for fradrag for annen inntekt. I det følgende skal jeg gå nærmere inn på disse dommene, og vise hvordan retten begrunner fradrag for annen inntekt.

I enkelte dommer har retten brukt arbeidssituasjonen og omstendighetene rundt den nye jobben som begrunnelse for at man kan foreta fradrag. Som tidligere nevnt var dette tilfellet i dom inntatt i

Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen). Høyesterett foretok ikke en tidsmessig avklaring på hva som ligger i *“forholdsvis lenge ute av stillingen”*, men etter en konkret vurdering kom de frem til at *“som et utgangspunkt må det gjøres unntak i de tilfeller arbeidssituasjonen har vært fast og ordnet i store deler av den tiden han har vært ute av stillingen”*.

I denne saken hadde arbeidstakerne vært ute av stillingen i nesten tre år. På bakgrunn av rettspraksis blir dette ansett som *“forholdsvis lenge ute av stillingen”*, og Høyesterett kunne derfor ha begrunnet fradragene ved å vise til dette som står i forarbeidene. Da saken ble behandlet i lagmannsretten viste for øvrig domstolen til forarbeidene, jfr. LG-2003-6236. Retten begrunnet så fradragene ved å anføre at *“to år er i den forbindelse å betrakte som lenge”*. Årsaken til at Høyesterett ikke brukte samme begrunnelse, er det vanskelig å gi et svar på. Ved at Høyesterett begrunner sitt standpunkt i at arbeidstakeren har en fast og ordnet arbeidssituasjon, kan det se ut til at Høyesterett har utvidet det opprinnelige unntaket i forarbeidene. Etter min mening kan det virke som at Høyesterett ville sette en standard for når den nye arbeidssituasjonen tilsier at man kan foreta fradrag for annen inntekt, uansett hvor lenge man har vært ute av stillingen.

En annen dom som illustrerer at arbeidssituasjonen blir brukt som begrunnelse for fradrag, er dom inntatt i LB-2000-2556, hvor saken gjaldt avskjed. I dommen la lagmannsretten til

grunn at det i utgangspunktet ikke skal gjøres fradrag for annen inntekt, jfr. lovforarbeidene til arbeidsmiljøloven, men at dette ikke kan gjelde absolutt. På bakgrunn av at arbeidstakeren hadde hatt betydelig inntekt i egen virksomhet etter at han ble avskjediget (2,37 millioner i lønn og utbytte) kom lagmannsretten frem til at det "*må kunne gjøres et visst fradrag når inntekten ligger på det nivå det her er tale om, og som også overstiger tapet som lagmannsretten har lagt til grunn at han har lidt hos X*".

Arbeidstakeren hadde i denne saken vært ute av stillingen i nesten 2 ½ år. Til tross for det, brukte ikke lagmannsretten tiden arbeidstakeren hadde vært ute av stillingen som begrunnelse for fradrag.

Etter min mening ville dette være et relevant moment, i tillegg til det høye inntektsnivået. Årsaken til at dette ikke ble anført er det vanskelig å gi et svar på. Det kan se ut til at lagmannsretten ville sette en standard, slik som i dom inntatt i Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen).

I tilknytning til det som nå er belyst, synes jeg det er viktig å få frem at retten ofte gjør fradrag uten at dette er nærmere begrunnet. En dom som illustrerer dette er dom inntatt i LB-1998-455. I denne saken var oppsigelsen av tre flyvere usaklig, og de ble derfor tilkjent erstatning. Etter at flyverne hadde fratrudd stillingen hadde samtlige fått seg nye jobber, og i erstatningsutmålingen ble det gjort fradrag for inntektene i det nye arbeidet. I domspremissene ble imidlertid ikke fradragene begrunnet, og det ble heller ikke reist spørsmål om adgangen til å gjøre fradrag. I saken hadde arbeidstakerne vært ute av stillingen i ca 1 ½ år. På bakgrunn av dette kan tenkes at lagmannsretten fant at arbeidstakerne har vært lenge ute av stillingen, og at fradrag derfor var berettiget. Da lagmannsretten ikke begrunnet fradragene er det imidlertid vanskelig å vite hva resultatet støtter seg på.

På bakgrunn av disse rettsavgjørelsene, er det klart at ikke alle rettsanvendere tar utgangspunkt i det som står i lovforarbeidene til arbeidsmiljøloven. I noen dommer foretar de fradrag uten å begrunne det nærmere. I andre dommer legges det vekt på andre forhold,

som for eksempel den nye arbeidssituasjonen. På bakgrunn av dette vil praksisen være noe varierende. Som tidligere antydnet er utgangspunktet at hvert tilfelle skal vurderes konkret, og at retten etter en helhetsvurdering skal komme frem til det de finner rimelig. Dette kan nok forklare de ulike begrunnelsene for fradrag.

4.2.4 Fremgangsmåten ved fradrag

Utgangspunktet er også her at fradragene foretas etter en konkret og skjønnsmessig vurdering. Stein Evju ("Evju") har i sin fremstilling beskrevet fremgangsmåten på følgende måten: *"Fradrag skal foretas etter en skjønnsmessig vurdering, ikke fradrag krone for krone uten videre."*³¹

Fradrag krone for krone kan være aktuelt der det nye arbeidet er fast og ordnet, da lønnen i det nye arbeidet ofte vil være likedan. En dom som illustrerer dette er dom inntatt i Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen), hvor arbeidstakerens nye arbeidssituasjon var fast og ordnet. På bakgrunn av dette la Høyesterett til grunn følgende: *"Utgangspunktet må da være at det gjøres fradrag krone for krone."*

Er imidlertid den nye arbeidssituasjonen av mer usikker karakter, hvor lønnen ikke er fast og ordnet, må man falle tilbake på utgangspunktet om at fradragene skal foretas skjønnsmessig. En dom som illustrerer dette er dom inntatt i LB-2000-791. I denne dommen hadde arbeidstakeren hatt deltidsarbeid etter oppsigelsen, og på bakgrunn av dette la lagmannsretten til grunn at *"arbeidsinntekten hos den nye arbeidsgiveren bør det gis et skjønnsmessig fradrag for, også for tiden før han ble fast ansatt"*.

4.2.5 Kritiske synspunkter

I de fleste oppsigelsessaker, benytter arbeidstakeren retten til å fortsette i stillingen. Som tidligere nevnt skyldes det at man ønsker å sikre kontinuitet, slik at det blir lettere å

³¹ Evju og Jakhelln (1988) s. 159

fortsette i stillingen dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig. Står man i stillingen bidrar også det til å verne om arbeidstakerens inntekt i den perioden saken behandles. Av den grunn er det sjelden det blir aktuelt med fradrag for andre inntekter.

I de tilfeller arbeidstakeren unnlater å bruke sin rett til å fortsette i stillingen, kan det for så vidt betraktes som urimelig at arbeidstakeren skal kunne få "dobbel" lønn. Dette synspunktet støtter Tor Gjone og Erik C. Aagaard ("Gjone" og Aagaard") i "Bedriftens personalhåndbok". I deres fremstilling av fradrag for lønn legger de følgende til grunn: *"Dersom arbeidstakeren er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold og har tatt annet arbeid mens saken verserer, må det normalt bli gjort fradrag for annen inntekt. Arbeidstakeren skal ikke kunne heve lønn hos to arbeidsgivere ved å unnlate å bruke sin rett til å være i stillingen under sakens gang, men det samme må gjelde hvor han har fratrudd etter rettens kjennelse. Det kan stille seg noe annerledes dersom arbeidstakeren er sagt opp på grunn av eget forhold."*

Videre anfører de at fradrag er *"kanskje ikke så urimelig ved avskjed, ettersom arbeidstakeren da ikke har krav på å være i stillingen under saksgangen. I så fall kan det syntes urimelig at en arbeidsgiver som urettmessig har avskjediget en arbeidstaker skal dra fordel av arbeidstakerens lønn fra annen arbeidsgiver. Samme synspunkt kan langt på vei også anføres dersom en oppsigelse som skyldes arbeidstakers eget forhold fører til at arbeidstakeren ikke ønsker å bruke retten til å være i stilling på grunn av det ubehag som er oppstått."*³²

Disse synspunktene om når fradrag er berettiget, er ikke eksplisitt kommet til uttrykk i rettspraksis. Det er imidlertid ikke unaturlig at det har vært en del av vurderingen når fradragene har vært drøftet. Etter min mening har synspunktene mye for seg. Det er forskjell på en avskjeds- og oppsigelsessak, særlig med tanke på retten til å stå i stillingen under sakens behandling. Av den grunn burde man ta hensyn til dette når erstatningen skal

³² Gjone/Aagaard (1995) s. 283-284

utmåles. Å skille mellom de tilfeller hvor oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold og de tilfeller det skyldes arbeidstakerens forhold, vil være en fin måte å balansere det på.

Slik Gjone og Aagaard gir uttrykk for, kan det virke urimelig at arbeidstakeren skal kunne heve lønn to steder. Arbeidstakeren vil da komme økonomisk godt ut av oppsigelsen. Et slikt utfall vil være i strid med utgangspunktet om at arbeidstakeren skal stilles økonomisk som om oppsigelsen ikke hadde funnet sted. Av den grunn kan fradrag bidra til en rimeligere løsning. På den annen side vil det også være urimelig at en arbeidsgiver som urettmessig har sagt opp en arbeidstaker, skal dra fordel av arbeidstakerens lønn fra annen arbeidsgiver. Anførselen Gjone og Aagaard benyttet ved avskjed kan derfor også brukes ved oppsigelsen. Dette blir forøvrig gjort av Fanebust, jfr. begrunnelsen for fradrag i punkt 4.2.1. Retten til fradrag vil heller ikke være i samsvar med prevensjonshensynet, som tar sikte på å forbygge på at arbeidstakeren blir usaklig sagt opp. Hvis arbeidsgiveren kan gjøre fradrag for annen inntekt, vil ikke erstatningsreglene ha samme forebyggende effekt. Dette viser at det er mange hensyn som skal ivaretas, og at det er vanskelig å gi noe sikkert svar på når fradrag er berettiget. Det er derfor viktig å vurdere hvert tilfelle konkret ut fra hva som er rimelig, når erstatningen skal utmåles. Dette påpeker også Gjone og Aagaard som avslutningsvis sier at det i siste omgang vil *“avhenge av en rimelighetsvurdering som den “runde” formuleringen i § 62 nettopp gir anvisning på.*

4.3 Fradrag for trygdeytelser

En arbeidstaker kan ha mottatt trygdeytelser i den tiden han har vært ute av stillingen. Dersom arbeidstakeren i tillegg har blitt tilkjent erstatning for lønnstapet vil han få "dobbel" dekning. Spørsmålet som da melder seg er om trygdeytelsene skal komme til fradrag i lønnstapet man ønsker erstattet. Også her står man ovenfor problematikken om det er rimelig at arbeidstakeren kommer økonomisk godt ut av oppsigelsen. På den annen side vil det heller ikke her være rimelig at arbeidsgiveren dra fordel av arbeidstakerens trygdeytelser. I det følgende skal jeg redegjøre for hvorvidt dagpenger, sykepenger og andre ytelser fra det offentlige skal komme til fradrag i erstatningen.

4.3.1 Dagpenger

Praksisen i dag er at dagpenger ikke skal være gjenstand for fradrag i erstatningsutmålingen, men at trygdemyndighetene får refundert beløpet, jfr. Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen). Hjemmelen for trygdemyndighetenes refusjonskrav er folketrygdloven § 22-15 (3), som sier at utbetalte dagpenger kan kreves tilbakebetalt hvis det etterbetales lønn eller erstatning for lønn. Praksisen anses som veletablert og dette kommer klart frem i dom inntatt i LB-2000-3358:

"Etter veletablert praksis bør det ikke gjøres fradrag for oppebåret ledighetstrygd. Trygdemyndighetene har adgang til å kreve tilbakebetalt dagpenger når det i ettertid tilkjennes erstatning for lønnstap i samme tidsrom."

Det er imidlertid usikkert om trygdemyndighetene vil gjøre bruk av sin rett til å kreve refusjon når oppsigelsessaken behandles for domstolen. Det er også usikkert om den ansatte vil opplyse om erstatningsutmålingen. Dette gjør løsningen vanskelig og uforutsigbar.

Etter å ha gjennomgått en rekke Høyesteretts- og lagmannsrettsdommer foretar retten, i de aller fleste tilfeller, ikke fradrag for dagpenger. Det finnes likevel tilfeller hvor retten foretar et slikt fradrag. Et eksempel på dette er dom inntatt i RG 1985.59. I denne dommen ble oppsigelsen av en produksjonsarbeider kjent ugyldig. Når erstatningen skulle utmåles fant retten at det "*bør gjøres fradrag for arbeidsledighetstrygden som skal være en kompensasjon for tapt arbeidsinntekt.*" I denne saken ble ikke fradraget begrunnet. Dette viser at domstolen ikke er konsekvent når det gjelder å ta hensyn til utbetalt trygd.

I de tilfeller domstolen begrunner fradraget, er det usikkerheten om hvorvidt det vil bli krevd refusjon av utbetalte dagpenger, som ofte blir anført. Jeg viser da til RG 1995-860 hvor lagmannsretten uttalte følgende: "*Det er høyst usikkert om det vil bli krevd refusjon av utbetalte dagpenger, og A har ikke bidratt til å avklare spørsmålet. Det er derfor etter omstendigheten grunn til å gjøre fradrag for trygdeytelsene.*"

Til tross for at det kan være usikkert om trygdemyndighetene vil benytte denne retten, kan jeg ikke se at det foreligger noe praksis på at arbeidstakeren er forplikt til å avklare dette. Det må derfor bero på en misforståelse når lagmannsretten i den forannevnte dommen, la vekt på det i erstatningsutmålingen. Det angår ikke arbeidsgiveren om trygdemyndighetene håndhever kravet om refusjon eller ikke.³³ Er det på det rene at refusjonskravet ikke vil bli reist, vil det bero på en rimelighetsvurdering om det skal tas hensyn til det som er utbetalt i trygd.³⁴

I hvilket omfang trygdemyndighetene faktisk krever refusjon har jeg ingen opplysninger om, og vil derfor ikke gå nærmere inn på spørsmålet.

4.3.2 Sykepenger, uføretrygd osv.

4.3.2.1 Utgangspunktet

Sykepenger, uføretrygd, sosial hjelp osv. kommer i en annen stilling enn arbeidsledighetstrygd. Arbeidsgiveren har ikke lønnsplikt når arbeidstakeren mottar sykepenger eller uføretrygd fra det offentlige. Som regel er det heller ikke oppsigelsen som utløser slike ytelser. På bakgrunn av dette er praksisen at det skal gjøres fradrag for sykepenger, uføretrygd og lignende ytelser. Hva gjelder sykepenger ble dette anført i dom inntatt i RG 2001 s. 1189: *"Etter sikker lære må det i erstatningsutmålingen gjøres fradrag for utbetalte sykepenger."* I RG 1993-665 ble det slått fast at det skal gjøres fradrag for mottatt uførepensjon etter bedriftens forsikringsordning.

Hvis arbeidsgiveren ikke har skyld i at arbeidstakeren mottar disse ytelsene, ville det være urimelig hvis arbeidsgiveren ikke kunne gjøre fradrag for dette. Hvis det er arbeidsgiveren som er direkte foranledning til sykdommen, vil det bero på en rimelighetsvurdering om det

³³ Gjone/Aagaard (1995) s. 284

³⁴ l.c.

skal tas hensyn til dette ved erstatningsutmålingen. Som tidligere anført vil arbeidstakers helsesituasjon kunne få betydning for erstatning for fremtidige inntektstap. Jeg viser derfor til denne drøftelsen i punkt 3.3.2.5.

4.3.2.2 Fremgangsmåten ved fradrag

Fremgangsmåten ved fradrag for trygdeytelser vil, som ved fradrag for annen inntekt, også bygge på en skjønnsmessig og konkret vurdering. Jeg viser til det jeg har skrevet om det i punkt 4.2.4.

5 Arbeidsgiver og arbeidstakers forhold

5.1 Innledning

I tillegg til det økonomiske tap, gir arbeidsmiljøloven § 15-12 (2) anvisning på at erstatningen skal fastsettes på bakgrunn av det retten finner rimelig under hensyn arbeidsgiveren og arbeidstakerens forhold. Dette viser at det økonomiske tapet man har lidt eller vil lide ikke er det eneste som skal vektlegges når erstatningen skal utmåles. Det neste spørsmålet blir da hvilke forhold ved arbeidsgiveren og arbeidstakeren som kan påvirke erstatningsutmålingen.

5.2 Arbeidsgivers forhold

Forhold ved arbeidsgiveren som kan påvirke erstatningsutmålingen, vil for eksempel være at arbeidsgivers saksbehandling har vært kritikkverdig, at arbeidsgiveren har fremsatt grunnløse beskyldninger eller at forholdet er gitt unødvendig publisitet.³⁵

Disse momentene kan få betydning for utmåling av erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk tap. På bakgrunn av rettspraksis blir momentene først og fremst anvendt når erstatning for ikke-økonomisk tapet (oppreisningserstatning) skal utmåles. Det er fordi det dreier seg om tap av ære og renommé eller psykiske belastninger for arbeidstakeren, som ofte er forhold av ikke-økonomisk art. Da ikke-økonomisk tap faller utenfor oppgavens tema, vil jeg vie liten plass til arbeidsgivers forhold i oppgaven.

Et forhold som kan ha betydning for utmålingen av erstatning for økonomisk tap, er beskyldninger og unødig publisitet som kan føres tilbake til arbeidsgiveren. Hovedsakelig vil dette være forhold som kan gjøre det vanskelig for arbeidstakeren å få annet arbeid, og kan derfor kunne være et særskilt moment ved beregningen av tap i fremtidig erverv.³⁶

³⁵ Jakhelln, kommentarer til arbeidsmiljøloven, (2006) s. 960

³⁶ Fanebust (2001) s. 369

Negativ omtale som moment for erstatning for fremtidig tap har jeg redegjort for i punkt 3.3.2.6, og viser derfor til drøftelsen der.

Ved erstatningsutmålingen blir det ofte trukket frem at oppsigelsen har vært en psykisk belastning for arbeidstakeren.³⁷ Dette er forhold som hovedsakelig referer seg ikke-økonomisk tap, men det kan også medføre et økonomisk tap. Psykiske belastninger kan prege arbeidstakeren helsesituasjon, som igjen kan påvirke arbeidstakerens fremtidige jobbmuligheter. Det kan derfor være et viktig moment ved beregning av tap i fremtidig erverv. Helsesituasjonen som moment for erstatning for fremtidig tap har jeg redegjort for i punkt 3.3.2.5, og viser derfor til drøftelsen der.

5.3 Arbeidstakers forhold

I det følgende skal jeg redegjøre for forhold ved arbeidstakeren som kan påvirke erstatningsutmålingen. Slike forhold kan være brudd på arbeidstakerens tapsbegrensningsplikt eller hvis arbeidstakeren medvirker til oppsigelsen, hvor av begge kan føre til en reduksjon i erstatningen. Det første jeg skal belyse er arbeidstakers tapsbegrensningsplikt.

5.3.1 Arbeidstakers tapsbegrensningsplikt

Et element i påregnelighetsvurderingen er at det skal kunne forventes at arbeidstakeren gjør sitt for å begrense det økonomiske tapet. Som ellers i erstatningsretten er dette et svært viktig moment for at erstatningskravet skal holder seg innenfor rimelighetens grenser. Dersom arbeidstakeren kunne begrenset tapet, ved for eksempel å skaffe seg annet arbeid, vil det være et moment som kan påvirke erstatningens størrelse. Som tidligere nevnt er utgangspunktet at inntekt fra annet arbeid ikke kommer til fradrag i erstatningen. Det kan derfor synes noe rart at arbeidstakeren må begrense sitt tap ved å skaffe seg annet arbeid. Slik forarbeidene og rettspraksis gir uttrykk for, vil man likevel

³⁷ Fanebust (2001) s. 371

kunne gjøre fradrag hvis arbeidstakeren har vært forholdsvis lenge ute av stillingen eller når rimelighetshensynene ellers tilsier det. Det er derfor viktig at arbeidstakeren prøve å begrense tapet sitt, der det er mulig.

Hvis en arbeidstaker blir sagt opp, men har fått tilbud om å begynne i ny stilling umiddelbart, bør erstatningen settes ned.³⁸ En dom som illustrerer dette er dom inntatt i Rt. 1972 s. 1330, hvor en bokholder ved et hotell ble urimelig sagt opp etter at dette ble ødelagt av brann. Arbeidstakeren fikk tilkjent en erstatning på 10 000 kr og i erstatningsutmålingen ble det lagt vekt på at styreformannen *“faktisk tilbød seg å være (arbeidstakeren) behjelpelig med å skaffe seg en ny stilling”* (s.1342).

At arbeidstakeren ikke har fått uttrykkelig tilbud om arbeid er ikke avgjørende. Arbeidstakeren har også et selvstendig ansvar for å undersøke sine muligheter. Hvis arbeidstakeren kunne ha skaffet seg annet arbeid hvis han hadde opptrådt mer aktiv, vil det være et moment som kan trekkes inn i vurderingen av erstatningens størrelse.³⁹ En dom som illustrerer dette er dom inntatt i Rt. 1978 s. 160 hvor Høyesterett uttalte følgende ved erstatningsutmålingen: *“Jeg finner som byrettens flertall og mindretallet i lagmannsretten at det ved vurderingen må tas hensyn til at (arbeidstakeren) gjorde lite for skaffe seg annet arbeid”* (s.167).

Selv om arbeidstakeren har plikt til å skaffe seg annet arbeid, må man også se hen til hvilke muligheter som foreligger.⁴⁰ Hvis det er vanskelig for arbeidstakeren å finnes seg nytt arbeid, må dette tillegges vekt. Som eksempel på dette kan jeg nevne dom inntatt Rt. 1999 s. 184 hvor en renholdsarbeideren på et sykehjem ble avskjediget. Avskjeden kunne heller ikke opprettholdes som saklig oppsigelse. I saken gjorde kommunen gjeldende at kravet måtte nedsettes, dels under henvisning til at arbeidstakeren kunne ha skaffet seg annet arbeid. Høyesterett tilbakeviste denne anførselen og uttalte følgende: *“Bevismessig kan det*

³⁸ Fanebust (2001) s. 372

³⁹ l.c.

⁴⁰ Fanebust (2001) s.373

ikke legges til grunn at hun ville fått annet arbeid." (s. 190). I denne saken ble renholdsarbeideren tilkjent lønn i de 35 månedene hun hadde vært ute av stillingen.

Fanebust legger til grunn i sin fremstilling, at det er et mer åpent spørsmål om hvor langt en arbeidstaker kan gå i retning av å nekte å ta arbeid som ikke fullt ut svarer til det han har hatt, når det gjelder arbeidsområde eller lønn.⁴¹ Rettspraksis gir ikke noe tydelig svar på dette. Etter min mening ser det ut til at rettspraksis først og fremst tar utgangspunkt muligheten for et tilsvarende arbeid.

Avslutningsvis vil jeg legge til grunn at plikten til å begrense sitt tap ved ta annet arbeid, må vurderes opp mot arbeidstakerens situasjon. Den som mener å bli usaklig sagt må få en viss tid til å områ seg. Hvis oppsigelsen skyldes arbeidstakerens forhold, kan dette gå hardt inn på arbeidstakeren. Man kan derfor ikke stille for strenge krav til å få nytt arbeid i den første tiden etter oppsigelsen.⁴²

5.3.2 Arbeidstakers medvirkning til oppsigelsen

Som angitt i lovforarbeidene til arbeidsmiljølovene "*må erstatningen i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd*", forutsatt at "*arbeidstaker ikke er særlig å bebreide*".⁴³ Det vil si at dersom arbeidstakeren har medvirket til oppsigelsen, i den forstand at han har opptrådt slik at han må ta del av ansvaret for at arbeidsgiveren har sagt han opp, vil det kunne føre til en reduksjon i erstatningen. Årsaken til dette er at det ikke vil være rimelig at arbeidsgiveren skal bære hele tapet, når arbeidstakeren er å bebreide for omstendigheten som utløste oppsigelsen.

En dom som illustrerer dette er dom inntatt i Rt. 2005 s. 518 (Pornonedlastningsdommen). I denne dommen hadde arbeidstakerne urettmessig lastet ned pornografisk materiale, men

⁴¹ l.c.

⁴² Dege (2003) s. 914

⁴³ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 75.

dette ga ikke grunnlag for avskjed. Ved erstatningsutmålingen uttalte Høyesterett følgende om betydningen av deres opptreden forut for oppsigelsen:

“Erstatningen skal som nevnt fastsettes etter en bred rimelighetsvurdering. Det fremgår av det jeg har nevnt i tilknytning til drøftelsen av avskjedsspørsmålet, at både A og B må bebreides at de over tid forsettlig har satt til side reglene for bruk av bedriftens dataanlegg. Misbruket har vært mer omfattende både i tid og antall treff på pornografiske nettsider enn det som kom til uttrykk i avskjedsbrevene. En så vidt kvalifisert urettmessig opptreden må tillegges betydelig vekt ved erstatningsutmålingen.” (punkt 74).

Som dommen viser kan arbeidstakerens medvirkning til oppsigelsen, føre til en reduksjon i erstatningen.

6 Omstendigheter for øvrig

Arbeidsmiljøloven gir også anvisning på at "omstendigheter for øvrig" skal vektlegges. Spørsmålet blir da hva som menes med omstendigheter for øvrig.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er arbeidstakerens *"tjenestetid, lønn og hvilke utsikter han vil ha til nytt eller annet arbeid"*, brukt som eksempler.⁴⁴ Fanebust legger til grunn at tjenestetid, lønn og utsikter til annet arbeid, neppe er annet enn de momentene som må trekkes inn ved beregning av arbeidstakers økonomiske tap. Forarbeidene gir ingen veiledning her.⁴⁵

Som vist i oppgaven er dette momenter som blir trukket inn ved beregningen av det økonomiske tap. På bakgrunn av dette vil ikke "omstendigheter for øvrig" få en særlig selvstendig funksjon i erstatningsutmålingen, men vil heller gi en anvisning på at erstatningen skal utmåles etter en vurdering av hva som er rimelig i det konkrete tilfellet.⁴⁶

⁴⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75

⁴⁵ Fanebust (2001) s. 376

⁴⁶ l.c.

7 Vurdering av praksisen

7.1 Innledning

Hittil har jeg redegjort for hvilke regler som gjelder for erstatningsutmåling for det økonomiske tap, ved usaklig oppsigelse. I det følgende vil jeg gi en kort redegjørelse for hvordan praksisen varierer, samt hva som er årsaken til dette. Avslutningsvis skal jeg vurdere om praksisen er rimelig, og om det eventuelt kan finnes alternative løsninger til hvordan erstatningen skal utmåles.

7.2 Varierende praksis

Som oppgaven viser er praksisen på dette rettsområde svært varierende. Dette gjelder både hvordan rettspraksis anvender de ulike momentene, herunder hvilke momenter de anser som relevante og hvordan de vektlegger disse, men også hva erstatningsbeløpene settes til. Praksisen er også varierende når man ser på hvor detaljert domstolen behandler erstatningskravet. I noen saker behandles kravet grundig, mens i andre saker kan behandlingen bli mer summarisk. I tillegg er ikke alltid domspremissene tilstrekkelig uttrykkende, i den forstand at viktig informasjon er utelatt. For eksempel forekommer det at lønnen ikke er oppgitt i premissene.

Årsaken til at praksisen er varierende kan være mange. Først og fremst er det viktig å fremheve at erstatningen skal *”fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til”*, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). Hvorvidt man skal ha erstatning, hvilke momenter man skal legge vekt på samt erstatningens størrelse vil bero på en sammensatt og skjønnsmessig vurdering. Det betyr at utmålingen beror på hva som er rimelig i det konkrete tilfellet, og det gir retten et vidt spillerom. Et viktig moment som begrenser domstolen er imidlertid utgangspunktet om at dersom arbeidstakeren ikke er å bebreide, *”.. må erstatningen i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd”*.⁴⁷

⁴⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75

Et annet viktig moment er at dette er et rettsområde hvor vi har med mennesker å gjøre. Hver arbeidstaker er forskjellig, i den forstand at de er ulike som person, de har ulike forutsetninger, ulike jobber og de bor på ulike steder. Dette fordrer at erstatningsutmålingen må bli skjønnsmessig og noe forskjellig.

Som nevnt innledningsvis er også dette er et rettsområde hvor det foreligger lite Høyesterettspraksis og mye underrettspraksis. Når det ikke foreligger mye Høyesterettspraksis vil ikke domstolen legge vekt på det til som fremkommer i underrettspraksisen, og dette fører til at rettsavgjørelsene på enkelte punkter blir sprikende. Hadde det foreligget mer Høyesterettspraksis hadde nok erstatningsutmålingen vært mer ensrettet.

Når erstatningen skal fastsettes ut i fra hva som er individuelt, skjønnsmessig og konkret er det vanskelig å finne noe tilfredsstillende sammenligningsgrunnlag, og det er vanskelig å si noe helt konkret om hvordan retten behandler erstatningskravene. På bakgrunn av den rettspraksisen som foreligger er det likevel et mønster og en tendens for hvordan erstatning blir utmålt, jeg refererer da til fremgangsmåten som redegjort for i oppgaven, og dette gjør at erstatningsutmålingen blir forutsigbar og rettferdig.

7.3 Er praksisen rimelig?

I det følgende skal jeg redegjøre for om praksisen er rimelig, herunder om det er rimelig at erstatningen fastsettes skjønnsmessig.

Når erstatningen skal utmåles er utgangspunktet at arbeidstakeren skal stilles som om oppsigelsen ikke hadde funnet sted. Vurdering knytter seg til flere momenter, herunder lidt og fremtidig økonomisk tap samt forhold ved arbeidsgiver og arbeidstaker side. Etersom det er mange momenter som skal som inngå i en helhetsvurdering, og det heller ikke er mulig å knytte dokumenterte beløp til at alle momentene, vil det ikke være mulig å fastsette det reelle økonomiske tap. Utmålingen må derfor bli skjønnsmessig og ofte veldig konkret.

Som Jakhelln uttalte i "Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 713 flg. Jurist og Økonomforbundets Forlag (Danmark) 2003": *"Det sier seg selv at enhver erstatningsutmåling nødvendigvis vil måtte bli noe skjønnsmessig."*(s. 17).

Som en følge av dette finner jeg at ordningen som praktiseres i dag er god. Alternativet til en skjønnsmessig vurdering vil kunne være en sjablonmessig vurdering. Det vil si at erstatningsbeløpet kan tilsvare ett fast beløp eller ett fast grunnlag for erstatning. Et grunnlag her kunne for eksempel være at erstatningsbeløpet skal tilsvare ett års lønn.

Et fast beløp vil føre til en forenkling av vurderingen, det vil være forutsigbart for arbeidstakeren og det vil være samfunnsøkonomisk effektivt. En slik vurdering vil imidlertid medføre at mange arbeidstakere ikke får dekket det økonomiske tap de har lidt. Lønnsinntekten er ofte det viktigste inntektsgrunnlaget for de fleste mennesker. Dersom en usaklig oppsigelse vil kunne medføre at man lider et økonomisk tap, vil det medføre at en usaklig oppsigelse blir en enda større påkjenning for arbeidstakeren.

En slik vurdering vil heller ikke være tilpasset den omstendighet at det er mennesker som er de sentrale aktørene. Som nevnt ovenfor er alle mennesker forskjellige og det er viktig å gi rom for individuelle vurderinger. De fleste arbeidstakere er følelsesmessig knyttet til arbeidsplassen og kollegaer der. En usaklig oppsigelse vil ofte oppleves vanskelig, og det vil derfor være særlig viktig at vurderingen er individuell. En individuell og konkret vurdering vil i større grad medføre et rimelig resultat for den enkelte. Det må også antas at arbeidstakeren lettere vil være mer fortrolig med domsresultatet, enn der hans påståtte tap blir sjablonmessig kalkulert. Som tidligere nevnt viser rettspraksis at det foreligger et mønster og en tendens for hvordan erstatningen skal utmåles. Av den grunn vil den skjønnsmessige erstatningsutmålingen føre til et resultat som er forutsigbart og rimelig for arbeidstakeren.

Et alternativ er eventuelt at vurderingen er skjønnsmessig, bortsett fra vurdering av det fremtidige økonomiske tap. Da fastsettelsen av det fremtidige økonomiske tap beror på en

sannsynlighetsvurdering, kunne det være en idé at erstatningsbeløp skulle bero på en sjablonmessig vurdering. Etter min mening vil en skjønnsmessig vurdering være det beste for arbeidstakeren, både når det gjelder lidet og fremtidig tap. Fastsettelsen av det fremtidige inntektstapet beror i stor grad på en helhetsvurdering hvor mange momenter spiller inn, og av den grunn bør erstatningsutmålingen være skjønnsmessig.

Som presisert innledningsvis var utgangspunktet etter arbeidervernloven fra 1936 og 1956 at erstatningsansvaret var maksimalbegrenset til en halvpart, ett år eller de tre siste års fortjeneste. Da maksimalbegrensningen ble opphevet i arbeidsmiljøloven av 1977 var det en seier for arbeidstakeren, og en endring til en sjablongmessig vurdering vil derfor være et skritt tilbake.

Som en følge av dette kan jeg ikke se at erstatningen skulle ha blitt fastsatt på noen annen måte. Jeg finner praksisen rimelig.

8 Lovregister

- 1936 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 19. juni 1936.
- 1956 Lov om arbeidervern (arbeidervernloven) av 7. desember 1956.
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17.juni 2005 nr.62.

9 Forarbeider

- Ot.prp. nr.41(1975–76) Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

10 Domsregister

- Rt. 1959 s.900
- Rt. 1972 s.1330
- Rt. 1978 s.160
- Rt. 1980 s.1703
- Rt. 1991 s.236
- Rt. 1993 s.766
- Rt. 1995 s.555
- Rt. 1997 s.1506
- Rt. 1999 s.184
- Rt. 2005 s.518

RG 1970.420

RG 1985.59 (Hammerfest herredsrett)

RG 1988.1057 (Oslo byrett)

RG 1993.665
RG 1994.1121 (Tønsberg byrett)
RG 1995-860
RG 2001.1189 (LG-1999-1573)

LA-1992-550
LA-2004-9754
LA-2009-120233

LB-1998-455
LB-2000-791
LB-2000-2556
LB-2000-3358
LB-2001-1993
LB-2007-74289
LB-2008-80778
LB-2009-12878

LE-1996-140
LE-2004-9754

LF-2001-816
LF-2007-21595

LG-2003-6236
LG-2005-183540

LH-1998-861
LH-2000-668
LH-2002-652

11 Nettdokumenter

Dalheim, Tron *Kommentarer til Arbeidsmiljøloven I: Norsk lovkommentar (online), note 590*

Henning Jakhelln *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 713 flg. Jurist og Økonomforbundets Forlag (Danmark) 2003" – "Om virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud, særlig om tilbud om ansettelse med vilkår om yellow-dog klausul."*
<http://folk.uio.no/hejakhel/documents/Rettsstridige%20vilkar%20i%20tilbud%20om%20arbeid.pdf>

12 Litteraturliste

Dege, Jan Tormod *Arbeidsgivers styringsrett. Oppsigelse og avskjed - Den spesielle del (Bind 3) Oslo 1997*

Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold. 1.utg. Oslo 2003*

Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold. 4. utg. Oslo 2001*

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven med kommentarer. Oslo 2006*

Gjone, Tor og Erik C. Aagaard *Bedriftens personalhåndbok – Rett og plikt i arbeidsforholdet. 4. utg. Oslo 1995*

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten. 3.utg. Oslo 2004*

Jakhelln, Henning og Helga Aune *arbeidsrett.no: Kommentarer til arbeidsmiljøloven.*
2.utg. Oslo 2006

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten.* 4. utg. Oslo 2006, 2. opplag. Oslo 2007.

Evju, Stein og Jakhelln, Henning *Arbeidsrettslige emner.* 5. bind, 3. opplag. Oslo 1988

