

Arbeidstakers individuelle oppsigelsesvern ved nedbemanning.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 510 og 552

Leveringsfrist: 25.11.10

Til sammen 23.411 ord

23.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
	Tema og problemstilling	1
1.1	Rettslig plassering og avgrensning	2
1.2	Historikk	7
1.3	Hovedhensyn bak oppsigelsesvernet	10
1.4	Den videre fremstillingen	11
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER OG METODE</u>	<u>12</u>
<u>3</u>	<u>STYRINGSRETTE</u>	<u>14</u>
<u>4</u>	<u>DET GENERELLE SAKLIGHETSKRAVET</u>	<u>17</u>
<u>5</u>	<u>UTVELGELSEN AV ARBEIDSTAKERE VED NEDBEMANNINGEN</u>	<u>20</u>
5.1	Innledning	20
5.2	Arbeidsgivers plikt til å tilby ”annet passende arbeid”	20
5.3	Den individuelle vurderingen – en interesseavveining	30
5.3.1	Hvilken betydning har ansiennitet som utvelgelseskriterium?	34
5.3.2	Hvilken betydning har kvalifikasjoner som utvelgelseskriterium?	39
5.3.3	Hvilken betydning har alder som utvelgelseskriterium?	41
5.3.4	Hvilken betydning har sosiale forhold som utvelgelseskriterium?	42
<u>6</u>	<u>FREMGANGSMÅTEN VED NEDBEMANNINGSPROSESSEN</u>	<u>45</u>
6.1	Innledning	45
6.2	Hvilket oppsigelsesvern gir drøftningsplikten?	45

6.3	Hvilket oppsigelsesvern gir formkravene?	54
6.4	Hva innebærer retten til å fortsette i stillingen for arbeidstakeren?	57
6.5	Arbeidsmiljølovens særlige regler ved tvist om usaklig oppsigelse	63
<u>7</u>	<u>RETTSVIRKNINGENE VED USAKLIG OPPSIGELSE</u>	<u>68</u>
7.1	Innledning	68
7.2	Ugyldighet	68
7.3	Erstatning	70
<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>73</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>75</u>
9.1	Bøker	75
9.2	Lov og forarbeidsregister	76
9.3	Tariffavtaler	78
9.4	Domsregister	78
9.5	Nettsteder	80
9.6	Andre meddelelser	80

1 Innledning

Tema og problemstilling

I 2009 mottok 10.961 ansatte oppsigelsesvarsel i forbindelse med masseoppsigelser, det er vesentlig flere enn i 2010 hvor 3552 ansatte mottok slikt varsel.¹ At tallene var høyere i 2009 kan forklares gjennom finanskrisen. Men uavhengig av om samfunnet er i en vanskelig situasjon blir arbeidstakere sagt opp. Ett grunnlag for å gå til oppsigelser kan være omstillingsbehov. Mange virksomheter vil av ulike årsaker ha behov for å nedbemanne. Oppsigelser på grunn av nedbemanning kan sies å ha blitt et alminnelig fenomen i arbeidslivet. Virksomheten må tilpasse seg markedets krav for å overleve. Konkurransen i markedet blir stadig tøffere og arbeidsgiver vil ha behov for å opprettholde eller forbedre konkurransevnen og leveringsevnen. En grunn er for å unngå konkurs, men også for å kunne fortsette en lønnsom drift.

Dette er ikke uproblematisk for de arbeidstakerne som mister jobben sin. De fleste av oss har en jobb, og de færreste ønsker å miste denne ufrivillig. Nedbemanning vil kunne ramme en arbeidstaker hardt, både når det gjelder lønn, identitet og livsinnhold. Derfor er det viktig at virksomheten har et reelt behov for å nedbemanne, ikke bare et ønske om å bli kvitt enkelte arbeidstakere.

I noen virksomheter er det for mange ansatte i forhold til behovet for arbeidskraft. Dette kan komme av at kravet til spesiell kunnskap og kompetanse hos de ansatte øker, og at arbeidsgiver må tilpasse sin virksomhet deretter.

Det er blant annet i disse tilfellene nedbemanning foretas. De arbeidstakerne som ikke førtidspensjoneres, omplasseres eller som det finnes andre løsninger for, omtales som *”overtallige”*. Når arbeidsgiver velger hvem som skal sies opp er det blant disse han velger.²

¹ Telefonsamtale med Nav 21.09.10.

² Jfr. Fougner (2003) s. 259.

Nedbemanningsprosessene berører arbeidstaker på en dyptgripende måte, derfor er det viktig å ha spilleregler for prosessen slik at den gjøres på en skikkelig måte. Lovverket stiller derfor opp regler som skal sikre arbeidstakers oppsigelsesvern. Disse reglene står sterkt, og er dermed av stor betydning i norsk rett.

Etter dette oppstår to sentrale spørsmål. Et er hvorvidt en nedbemanning isolert sett er saklig, et annet er spørsmålet om hvilke arbeidstakere som må gå.

Problemstillingen for vår avhandling blir å fremstille og vurdere oppsigelsesvernet til den enkelte arbeidstaker når en virksomhet sier opp sine ansatte på grunn av nedbemanning.

1.1 Rettslig plassering og avgrensning

Loven som i all hovedsak kommer til anvendelse er lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17 juni 2005 nr. 62, heretter aml. eller arbeidsmiljøloven.

Anvendelsesområdet for loven er i henhold til aml. § 1-2 (1) *”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”*. I

bestemmelsens andre ledd unntas visse tilfeller. Lovens nærmere anvendelsesområde er presisert i aml. §1-3 til § 1-6.

Med arbeidstaker menes *”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”*, og arbeidsgiver er *”en som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”*, jfr. aml. §1-8.

Statens tjenestemenn og embetsmenn omfattes imidlertid ikke av aml. §§ 15-1 til 15-9, §§ 15-11 til 15-14, § 17-1 og §§ 17-3 til 17-4, jfr. forskrift av 16. des. 2005 nr. 1567 §

1.³ For disse gjelder Grunnloven, forvaltningsloven og tjenestemannsloven. Disse vil vi ikke gå nærmere inn på da det vil bli for omfattende for vår avhandling.

I henhold til aml. § 1-9 kan loven ikke *”fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt”*. Loven er med andre ord preseptorisk. Forbudet er ikke absolutt. Loven er en såkalt *”minimumslov”*. Med dette menes at den setter de minstekrav som er nødvendige av hensyn til arbeidstaker. Det er imidlertid ingenting i

veien for å inngå avtaler som gir arbeidstakeren bedre vilkår enn loven.⁴ For eksempel blir det veldig ofte inngått avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker ved ansettelse, da er det viktig at avtalen ikke inneholder dårligere vilkår enn det arbeidsmiljøloven gir.

Et arbeidsforhold kan opphøre på flere måter. Arbeidstaker kan selv si opp sin stilling, arbeidsgiver kan bringe ansettelsesforholdet til opphør gjennom avskjed, eller arbeidsgiver kan bringe ansettelsesforholdet til opphør gjennom oppsigelse. I tillegg kan det inngås avtaler om førtidspensjonering og sluttavtaler. I vår avhandling vil vi kun konsentrere oss om det tilfellet der arbeidsgiver bringer ansettelsesforholdet til opphør gjennom oppsigelse.

Opphør av arbeidsforhold reguleres i arbeidsmiljølovens kapittel 15.

Disse bestemmelsene omtales som en av de mest grunnleggende reglene innenfor arbeidsretten. Den mest sentrale hjemmelen i vår forbindelse er hovedsakelig aml. § 15-7. Denne bestemmelsen gir blant annet et oppsigelsesvern mot den usaklige og ufrivillige oppsigelse.

I henhold til aml. § 15-7 (1) kan ikke en arbeidstaker sies opp uten at det er *”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”*. Bestemmelsen gir uttrykk for en generell saklighetsnorm. Videre skiller bestemmelsen på tre oppsigelsesforhold; arbeidstakers forhold, arbeidsgivers forhold og virksomhetens forhold.

Det som kort menes med arbeidstakers forhold er om det direkte grunnlaget for oppsigelsen kan føres tilbake til forhold som knytter seg til den enkelte arbeidstaker.⁵ Et eksempel på dette kan være at arbeidstaker gjentatte ganger ikke har overholdt arbeidstiden. Et eksempel på arbeidsgivers forhold kan typisk være en liten virksomhet hvor arbeidsgiveren personlig blir alvorlig syk, men dette er lite aktuelt i praksis. Det kan ikke oppfattes slik at ethvert personlig forhold hos arbeidsgiver kan gi saklig grunn til oppsigelse.⁶

⁴ Se Pettersen (2006) s. 34.

⁵ Se Fanebust (2001) s. 236.

⁶ Jfr. Fanebust (2001) s. 103.

Hva som nærmere menes med virksomhetens forhold sier loven også lite om,⁷ men driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak er typiske forhold som faller inn under virksomhetens forhold. Med driftsinnskrenkninger menes å ta ned kapasiteten til en virksomhet. Rasjonaliseringstiltak iverksettes for å gjøre dette, slik at ting kan skje raskere og gjøres mer effektivt.⁸

Utrykkene driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak er ikke presise.

Omstillingsbehov er ofte dekkende for slike prosesser, og dekker både tilfeller hvor arbeidstokken reduseres, og hvor arbeidet fordeles annerledes enn tidligere.⁹

Når virksomheten er i en omstillingsprosess vil oppsigelser typisk være begrunnet i virksomhetens behov for rasjonalisering eller driftsinnskrenkninger.¹⁰

Omstillingsbehovet vil kunne gi grunnlag for nedbemanninger. Nedbemanninger innebærer opphør av ansettelsesforhold, og inngår i "*virksomhetens forhold*" i aml. § 15-1 (1).

Vi har valgt å bruke begrepene omstillingsbehov og nedbemaning i stedet for rasjonaliseringstiltak/driftsinnskrenkninger.

Bakgrunnen for omstillingsbehovet kan være flere; økonomiske vanskeligheter, endrede markedsforhold og lignende. Hovedformålet bak en omstilling er å redusere kostnader, og oppsigelser vil ofte være nødvendig for å realisere dette.

Hvis det viser seg at behovet for omstilling etter en vurdering er reelt skal oppsigelsen i utgangspunktet anses som saklig.¹¹ Omstillingsbehov fra virksomhetens side vil som oftest være saklig grunn for å foreta oppsigelser.¹²

Det vil favne for vidt å se dyptgående på det generelle saklighetskravet, slik at videre forutsetter vi at omstillingsbehovet er reelt og at nedbemanningen derfor i utgangspunktet kan anses saklig etter aml. § 15-1 (1).

⁷ Men se aml. § 15-7 (2).

⁸ Se Dege (2009) s. 661-662.

⁹ Se Fougner (2003), her benyttes dette begrepet.

¹⁰ Jfr. Fougner (2003) s. 192.

¹¹ Jfr. aml § 15-7 (1).

¹² Se Fougner og Holo (2008) s. 781.

Det vi vil konsentrere oss om er hvilket oppsigelsesvern arbeidstakeren har når det foretas nedbemanninger, og hvilke arbeidstakere som må gå. Hvem som må gå vil ofte bli det vanskelige spørsmålet når det gjelder nedbemanninger.

Arbeidsmiljøloven oppstiller tilleggsvilkår for at en oppsigelse skal anses som saklig i forbindelse med nedbemanninger i aml. § 15-7 (2). Annet ledd kan med dette ses på som en nærmere presisering av det generelle saklighetskravet i første ledd. Oppsigelsen er nemlig ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har *"annet passende arbeid"* i virksomheten å tilby arbeidstakeren. Det blir derfor et spørsmål om hvilket oppsigelsesvern dette gir arbeidstakeren, og hvor langt plikten til å finne annet passende arbeid skal gå.

Det skal i henhold til annet ledd foretas en *"avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker"*. Loven sier ingenting om hvilke momenter det skal legges vekt på i denne avveiningen, men igjennom praksis har det kommet til såkalte utvelgelseskriterier. Dette er blant annet ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold.¹³ Det neste spørsmålet blir derfor hvilken betydning disse utvelgelseskriteriene har for arbeidstaker og hans oppsigelsesvern.

Viser det seg at arbeidsgiver ikke har lagt vekt på disse kriteriene i en utvelgelsesprosess kan oppsigelsen være usaklig. Arbeidsgiver kan med andre ord ikke velge vilkårlig hvem han vil si opp.

Det lovfastsatte oppsigelsesvernet kan ses på som en begrensning av den ulovfestede styringsretten til arbeidsgiver. Styringsretten er retten til å *"lede, fordele og kontrollere arbeidet og retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør."*¹⁴

Som sagt tidligere skal vi fokusere på situasjonen hvor virksomheten skal foreta nedbemanning igjennom oppsigelser, vi vil derfor ikke gå nærmere inn på § 15-7 (3) om outsourcing. Denne bestemmelsen gjelder tilfellet hvor arbeidsgiver *"setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens drift på oppdrag ved bruk av selvstendige oppdragstakere"*.

¹³ Jfr. Rt. 1986 s. 879.

¹⁴ Se Jakhelln (2004) s. 546.

Det omtalte er henholdsvis de materielle reglene innenfor oppsigelsesvernet. Fremgangsmåten ved nedbemanningprosessen, herunder saksbehandlingsreglene, andre prosessuelle regler og formkrav, gir også et oppsigelsesvern til den enkelte arbeidstaker. Disse reglene bidrar til etterlevelse av de materielle.

Før beslutning om oppsigelse oppstiller loven en drøftningsplikt, jfr. aml. § 15-1, og § 15-2 som omhandler masseoppsigelser. Med masseoppsigelser menes ”*oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere....*”, jfr. aml. § 15-2 (1). I praksis er det ofte snakk om masseoppsigelser ved nedbemanningssituasjoner. For at omstillingsbehovet skal bli tilfredstilt kan det hende man er nødt til å si opp flere av sine ansatte, spesielt i store virksomheter. Dette gjelder imidlertid ikke alltid. Der færre enn ti arbeidstakere blir sagt opp kan tilfellet være at virksomhetene er små, eller at det ikke er mange arbeidstakere som må sies opp for at virksomheten skal tilfredsstille sitt omstillingsbehov.

Uavhengig av om antall berørte arbeidstakere er ti eller lavere gjelder alle de alminnelige reglene i arbeidsmiljøloven.¹⁵ Og siden vi skal fokusere på den enkelte arbeidstaker vil vi ikke gå like grundig inn i drøftningsplikten ved masseoppsigelser etter § 15-1, som etter § 15-2 hvor det skal drøftes med den ”*enkelte arbeidstaker*”. Spørsmålet i forbindelse med drøftelser blir hvilket oppsigelsesvern de gir arbeidstaker.

Selve oppsigelsen må innholde visse formelle krav, jfr. aml. § 15-4. Disse bidrar til et sterkere oppsigelsesvern for arbeidstaker siden overtredelse av disse reglene bidrar til at oppsigelsen skal kjennes ugyldig, men spørsmålet blir på hvilken måte de kan sies å gi et oppsigelsesvern.

Ved tvist om arbeidsforhold gjelder de generelle prosessreglene i tvistemålsloven og domstolloven, med de særregler som går fram av aml. kap. 17.¹⁶

Vi vil i vår avhandling kun konsentrere oss om de spesielle prosessreglene i aml. og se på hvilket oppsigelsesvern disse gir arbeidstakeren.

¹⁵ Se Pettersen (2006) s. 201.

¹⁶ Jfr. aml. § 17-1 (1).

Arbeidstaker har normalt ”rett til å fortsette i stillingen så lenge det pågår tvist om arbeidsforholdet er lovlig brakt til opphør,” jfr. aml. § 15-11. Spørsmålet blir hvilken betydning dette har for arbeidstaker.

Er tilfellet at en arbeidstaker blir sagt opp på grunn av virksomhetens forhold har arbeidstaker med hjemmel i aml. § 14-2 fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet. Dette gir arbeidstaker en form for stillingsvern, men det oppstår først etter at oppsigelsen har funnet sted. Vi velger derfor å ikke gå nærmere inn på disse reglene.

En bestemmelse er betinget av visse rettsvirkninger for at den skal bli reell.

Rettsvirkningene ved overtredelse av bestemmelsene gjør vernet til arbeidstaker sterkere. Selve virkningene av usaklig oppsigelse fremgår av aml. § 15-12. For å få helhet i oppsigelsesvernet vil vi si noe om rettsvirkningene, men drøftelsen vil ikke bli like omfattende som de andre punktene.

1.2 Historikk

Før 1936 var det ikke lovfestet noe generelt krav om at oppsigelsen skulle ha saklig grunn, eller være begrunnet i omstendigheter som hadde noe med arbeidsforholdet å gjøre.¹⁷ Det var bare medlemmer av arbeiderutvalg og tillitsvalgte ved tariffavtaler som hadde dette vernet. Disse arbeidstakerne hadde en utsatt stilling i virksomheten, og behovet for vern ble derfor sett på som større.¹⁸

For øvrige arbeidstakere ble oppsigelsen bare ansett uberettiget dersom det eneste motivet var sjikane, eller at oppsigelsen manglet ethvert av rettsordenen godtatt formål. Ellers ble det lagt til grunn at adgangen til oppsigelse var ”*absolutt og ubetinget*”.¹⁹ Rt. 1935 s. 467 gir et godt eksempel. Her uttalte Høyesterett at arbeidsgiver utvilsomt kunne si opp personer ”*efter eget skjønn og godtykke*”. Men det var heller ikke nødvendig å angi eller påvise ”*noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet*”. Avgjørelsen som ble truffet var heller ikke ”*underkastet domstolens kritikk*”.

¹⁷ Jfr. Fanebust (2001) s. 41.

¹⁸ Se bl.a. HA (1935) § 9, og lov om arbeiderutvalg i industrielle bedrifter m.v. § 8 (opphevet).

¹⁹ Se Ot.prp. nr. 31 (1934) s. 48.

Det ble allikevel forutsatt at oppsigelsen kunne gi grunnlag for erstatningsansvar for virksomheten dersom den var unødige og hard overfor arbeidstakeren.²⁰

Det ble i 1916 nedsatt en komité for å revurdere arbeidervernlovgivningen, men i innstillingen til Stortinget var det verken fra flertallet eller mindretallet med noe lovforslag om begrensninger til arbeidsgivers adgang til å si opp sine ansatte. Et forslag til dette var imidlertid med da regjeringen i 1935 satte fram proposisjon til lov om tilsyn med arbeid. Forslaget gikk ut på å forby oppsigelse som ikke hadde saklig grunn og oppsigelse som hadde saklig grunn, men som allikevel var hard mot arbeidstaker.²¹ Forslaget ble møtt med motstand fra arbeidsgiverhold og mindretallet i Stortingets sosialkomité. At det var et behov for vern mot oppsigelse av utenforliggende grunner som for eksempel *”hevne, personlig forfølgelse og lignende motiver”* var det enighet om. Men det ble påpekt at dette var et behov som kunne ivaretas av organisasjonene. Det sentrale for mindretallet var at arbeidsgiver *”skulle ha og måtte ha den fulle ledelsen av bedriften”*, og at forslaget innebar *”et inngrep i bedriftsledelsen som gjorde denne helt illusorisk”*.²²

Dette førte til en debatt i Odelstinget, og saken ble sendt frem og tilbake. Men tilslutt etter fornyet behandling ble bestemmelsen vedtatt og inntatt i Arbeidervernloven av 1936. I henhold til Arbeidervernloven § 33 a hadde arbeidstakeren rett på erstatning hvis oppsigelsen ikke hadde *”saklig grunn i bedriftsinnehaverens, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldtes helt utenforliggende grunner”*. Oppsigelsesvernet var imidlertid ikke ubetinget. Det krevdes minst tre års sammenhengende tilsetning ved samme virksomhet etter fylte 21 år. For mange virket det urimelig at man kunne sies opp uten videre dersom man ikke hadde vært ansatt i virksomheten i tre år. Dette var noe som kom til å stå sentralt ved senere lovrevisjoner.²³

I 1956 ble en ny arbeidervernlov vedtatt. Ordlyden *”utenforliggende grunner”* ble gått bort fra, og kravet til ansettelsestid ble også lempet. I henhold til lovens § 43 pkt.1 var

²⁰ Jfr. Fanebust (2001) s. 41.

²¹ Se Ot.prp. nr. 31 (1934) s. 48-49.

²² Jfr. Innst. O. VI (1936) s. 24.

²³ Se Fanebust (2001) s. 42.

kravet at arbeidstaker måtte ha minst to års sammenhengende tilsetning ved samme virksomhet, etter fylte 20 år.

Det var først ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 1977 man fikk et generelt vern mot usaklig oppsigelse uavhengig av ansettelsestid, jfr. lovens § 60. Selv om ansettelsestid ikke lengre var avgjørende kom den inn som et moment i den samlede vurderingen, noe den fremdeles gjør i dag.

Ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 1977 var utgangspunktet at saklighetskravet skulle ha det samme innholdet som tidligere. Det ble imidlertid presisert at det skulle være et dynamisk begrep som dermed følger den øvrige utviklingen i samfunnet. Det ble også forutsatt at kravet til saklig grunn i denne lov skulle være strengere enn etter de tidligere arbeidervernlover. I Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72 ble det uttalt at dersom man ser på rettspraksis fra 1936 og fram til i dag *”er det helt klart at det har skjedd en utvikling i retning av at det kreves sterkere grunner fra arbeidsgivers side, for at en oppsigelse skal anses saklig.”* Det ble også understreket av departementet at *”rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte har kommet sterkere inn i bildet.”* Det ble konkludert med at vurderingen av om en oppsigelse har saklig grunn, er et område der *”domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakers disfavør til grunn.”*

I 2005 kom det igjen en ny arbeidsmiljølov, som i dag er gjeldende rett. Departementet la til grunn at *”systematikken og de sentrale elementer i dagens oppsigelsesbestemmelser bør videreføres i et nytt kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold.”* Men innholdet i selve vernet skal være uforandret.²⁴

Sammenfatningsvis kan vi si at selv om arbeidsretten i seg selv hviler på lange tradisjoner her i landet, har det generelle vernet mot usaklig oppsigelse utviklet seg i senere tid. Det er fremdeles under utvikling, og tendensen går mot et sterkere vern for arbeidstaker mot usaklig oppsigelse, noe som vil fremgå av vår avhandling.

²⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 230.

1.3 Hovedhensyn bak oppsigelsesvernet

En lov skal tolkes i tråd med sitt formål. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) har dette å si om formålsbestemmelser:

“En formålsbestemmelse i en lov har en viktig funksjon i flere sammenhenger når regelverket skal anvendes.

Formålsbestemmelsen skal først og fremst gi veiledning, ved at den angir retning, gir inspirasjon og gir uttrykk for lovens overordnede visjon og verdisyn.

En formålsbestemmelse har imidlertid en realitet utover det rent veiledningsmessige.

Formålsbestemmelsen gir informasjon om regelverkets hensikt og viktige forutsetninger som ligger til grunn for reglene. Den vil derfor ha en mer eller mindre direkte rettslig betydning, selv om formålsbestemmelsen i seg selv ikke innebærer noen bindende materiellrettslig regulering. Tolkning av lovens materiellrettslige bestemmelser skal skje i lys av formålet og formålsangivelsen kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet.”²⁵

Arbeidsmiljøloven § 1-1 angir lovens formål. Bestemmelsen gir uttrykk for viktige sider ved loven, og slår fast sentrale prinsipper som loven bygger på. I henhold til bokstav b er formålet bak oppsigelsesvernet ”å sikre trygge ansettelsesforhold, og likebehandling i arbeidslivet.” ”Trygge tilsetningsforhold” er satt som et av lovens bærende hensyn, og dette henviser særlig til reglene om oppsigelsesvern,²⁶

I arbeidslivet er det allment akseptert at det er behov for å verne den svake parten i arbeidsavtalen, nemlig arbeidstakeren. Arbeidsmiljølovens oppsigelsesvernsregler skal ivareta dette behovet.²⁷ Det er derfor man ikke har behov for regler som på samme måte begrenser arbeidstakerens mulighet til å si opp sin stilling.²⁸ Ansettelsesforholdet bør være forutsigbart for arbeidstakeren slik at han kan planlegge sin økonomiske hverdag. De aller fleste mennesker er avhengige av inntekten sin for å klare seg igjennom hverdagen, derfor er dette viktige hensyn.

²⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68.

²⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68.

²⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 184.

²⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 13.

Motargumentet sett fra arbeidsgiver sin side er at han i kraft av sin styringsrett skal ha rett til å lede sin egen virksomhet slik han finner for godt. Han skal ha rett til å ansette og si opp de personer han mener kan ha en god eller dårlig innflytelse på virksomhetens produksjon og fortjeneste. Dette er naturlig siden det er arbeidsgiver som sitter med risikoen for arbeidsresultatet.

Hensynene bak aml. § 15-7 er å verne den ansatte mot oppsigelse når bedriften ikke har særlige grunner til å fremkalle den. Oppsigelsen må med andre ord være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Dette hensynet skal sørge for at ingen arbeidstakere blir sagt opp under falske forutsetninger. Arbeidsgivere kan ikke si opp en arbeidstaker med den begrunnelse at driften går dårlig, dersom dette ikke er reelt.

Sett fra arbeidsgivers side er oppsigelse av arbeidstakere som er begrunnet i omstillingsbehov ofte nødvendig for virksomheten, driften kan gå dårlig og det er ikke lenger mulig og ha så mange ansatte uten at fortjenesten går ned. Det at arbeidsgiver da har mulighet til å si opp noen ansatte for å redde virksomheten og de resterende arbeidsplassene kan derfor være både rimelig og nødvendig.

1.4 Den videre fremstillingen

Først vil vi se litt på rettskildebildet innenfor området, og da spesielt det som utpeker seg. Vi finner det deretter naturlig å ta utgangspunkt i arbeidsgivers styringsrett. For å få et helhetsbilde av oppsigelsesvernet velger vi å redegjøre kort for det generelle saklighetskravet i aml. § 15-7 (1). Oppsigelsesvernet må ses på som et hele, men hovedvekten vil bli lagt på § 15-7 (2). Det er denne bestemmelsen som bidrar til avveiningen av hvilke arbeidstakere som må gå når virksomheten har et reelt omstillingsbehov.

Nedbemanningsprosessen vil deretter bli behandlet. Mot slutten vil vi redegjøre for rettsvirkningene av feil ved saksbehandlingen, og ved at usaklig oppsigelse har funnet sted. Til slutt vil vi komme med noen avsluttende bemerkninger.

2 Rettskilder og metode

Rettskildebildet i arbeidsretten er nokså sammensatt. Det består blant annet av en rekke lover, forarbeider, rettspraksis og ulovfestet rett, samt tariffavtaler og arbeidsreglementer.

Den mest sentrale loven på området er som sagt arbeidsmiljøloven.

Vi vil i hovedsak konsentrere oss om aml. § 15-7 (2), men andre bestemmelser vil kunne ha betydning ved tolkingen.

Loven beskriver imidlertid ikke alle tenkelige situasjoner, da ville lovverket blitt for omfattende. Der loven er knapp kan forarbeidene oppsummere rettstilstanden og gi eksempler, samt viser hvorfor lovgiver har gjort de endringene som er gjort eller ønsket om å videreføre tidligere rettstilstand.

I 2005 fikk vi ny arbeidsmiljølov, men denne skulle ikke føre til noen innholdsmessige endringer fra den gamle arbeidsmiljøloven, jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

Derfor er forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven fra 1977, Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), fremdeles relevante for tolkingen av den nye arbeidsmiljøloven fra 2005.

Innenfor arbeidsretten har vi en dobbeltsporet prosessordning, de ordinære domstolene og Arbeidsretten. Arbeidsretten behandler tvister om forståelsen, gyldigheten og eksistensen av tariffavtaler, mens de ordinære domstolene behandler de øvrige tvistene på arbeidsrettens område.

Siden arbeidsretten er et så dynamisk rettsområde, med et mangfold av situasjoner og med et stadig behov for nyere og bedre regler, utvikles det ofte regler og prinsipper igjennom rettspraksis og teori. Arbeidsgivers plikt til å tilby en oppsagt arbeidstaker annet passende arbeid i virksomheten, hvor oppsigelsen skyldes omstillingsbehov, følger nå av aml. § 15-7 (2). Men allerede på basis av det generelle saklighetskrav, jfr. aml. § 15-7 (1), ble en slik plikt lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1966 s. 393.²⁹

Domstolene har altså rettskapende effekt og avgjør hva som til enhver tid er gjeldende rett. De følger som regel en dynamisk fortolkning av bestemmelsene, noe som innebærer at tolkingen og forståelsen av ord og uttrykk forandrer seg i tråd med samfunnsutviklingen.

²⁹ Jfr. Jakhelln (2007) s. 118

Høyesterett er vår høyeste domstol, jfr. Grunnlovens §§ 88 og 90. Praksis derfra vil dermed ha mest betydning siden de dømmer i siste instans.

Det finnes også annen praksis som vil være av betydning for forståelsen av bestemmelsene, men de har ikke noen selvstendig vekt. Innenfor arbeidsretten har vi tariffavtaler, jfr. arbtvl. § 3. Disse vil kunne ha betydning for arbeidsforholdet, også ved en eventuell oppsigelse av arbeidstaker. Men hvis det ikke er adgang til å fravike lovbestemmelser ved tariffavtale, må tariffavtalene stå tilbake for en lovbestemt regel. Tariffavtalene gjelder bare for de parter som er positivt tilsluttet avtalen. Hovedavtalen mellom LO og NHO er en generell tariffavtale som mange fagorganisasjoner er bundet av. Men selv om man ikke er direkte bundet, tillegges den ofte vekt allikevel.

3 Styringsretten

Med grunnlag i styringsretten kan en arbeidsgiver i utgangspunktet si opp de arbeidstakere han ikke er fornøyd med, uten å ta hensyn til grunnlaget for oppsigelsen, eller hvordan den vil påvirke arbeidstaker. Vi velger derfor å ta utgangspunkt i styringsretten for å forklare arbeidstakers oppsigelsesvern. De reglene som etter hvert har kommet til angående oppsigelsesvernet er på bekostning av arbeidsgivers styringsrett, og fører til en begrensning av denne.

Styringsretten er ulovfestet, og har vokst fram igjennom rettspraksis. Høyesterett har i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen) uttalt at:

”arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.”

*”For så vidt er styringsretten en nødvendig konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold til arbeidsgiveren som avtalen etablerer i og med at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren.”*³⁰

Begrunnelsen for styringsretten er at arbeidsgiveren har risikoen for arbeidsresultatet. Derfor er det naturlig at den som sitter med ansvaret for arbeidsresultatet innehar en styringsrett.

Vi mener at praktiske hensyn også taler for styringsretten. Skal en bedrift fungere funksjonelt er det nødvendig at noen tar ansvaret og treffer endelige beslutninger. Styringsretten er imidlertid underlagt til dels strenge begrensninger i både lov, tariffavtale og i selve arbeidsavtalen, og utviklingen går fremdeles i retning av ytterligere begrensninger i styringsretten. Hvis arbeidsgiver fritt kunne si opp sine arbeidstakere uten saklig grunnlag, ville oppsigelsesvernet for den enkelte arbeidstaker være veldig svakt.

Etter dette kan man spørre seg om det er noen realitet igjen i arbeidsgivers styringsrett. Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett har rett til å si opp arbeidstakere han ikke er fornøyd med. Han må imidlertid holde seg innenfor rammene i loven og de individuelle arbeidsavtalene.

³⁰ Se Jakhelln (2004) s. 546.

Dette framgår blant annet av den tidligere nevnte Nøkk-dommen. Der uttaler Førstvoterende at:

“Arbeidsgiveren kan ved bestemmelser i individuelle arbeidsavtaler vedta begrensninger i arbeidsgivers styringsrett. Dersom arbeidsgiveren ikke særskilt har påtatt seg en slik forpliktelse, vil spørsmålet om en bestemmelse om arbeidsvilkår i individuelle arbeidsavtaler begrenser styringsretten, bero på en nærmere vurdering. Ikke enhver avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten.”

I dag er det vanskelig å få aksept for at styringsretten i seg selv skulle være til hinder for et oppsigelsesvern som har gode sosiale grunner for seg. Men den er ikke helt uten betydning, den har bare en mer praktisk betydning og begrunnelse. Det er bedriftsledelsen som har ansvaret for at virksomheten er forsvarlig, og den har også bedre kjennskap til dens behov og interne forhold, enn for eksempel domstolene. Det er derfor naturlig at bedriftsledelsen avgjør spørsmål som knytter seg til virksomhetens formål og drift, der blant annet økonomiske forhold inngår. Det viser seg også at domstolene er varsomme med å overprøve virksomhetens vurderinger på dette punkt. Når det gjelder oppsigelser er bedriftsledelsen også den nærmeste til å vite for eksempel hvilke kvalifikasjoner virksomheten har behov for, og dermed hvilke arbeidstakere som er såkalte ”nøkkelpersoner” for virksomheten, og som de dermed har rett til å beholde på bekostning av andre arbeidstakere med dårligere kvalifikasjoner. En viss vekt har dermed styringsretten for utformingen og anvendelsen av oppsigelsesvernet. Men den sosiale utviklingen taler for at det må settes visse ytre rammer for adgangen til oppsigelse.³¹ Arbeidsgiver kan for eksempel ikke vilkårlig velge hvem han skal si opp.

Arbeidsmiljøloven inneholder få regler om arbeidsavtalens inngåelse, men derimot en rekke bestemmelser om arbeidsavtalens opphør. Grunnen til at man har større avtalefrihet ved avtaleinngåelse enn ved terminering er nok fordi man har mer å tape ved opphør av arbeidsavtalen. Det er viktigere å ha et sterkt vern om det man allerede har, enn noe man bare har et ønske om å ha.

Noen av de viktigste begrensningene i styringsretten ligger i arbeidstakers vern mot

³¹ Se Fanebust (2001) s. 55.

usaklig oppsigelse. Bestemmelsene om dette kalles gjerne for kontraktsvernsbestemmelsene, og det er disse vi i det følgende vil fremstille og vurdere.

4 Det generelle saklighetskravet

Med hjemmel i aml. § 15-7 (1) ”*kan ikke*” en arbeidstaker sies opp uten at det er ”*saklig begrunnet*” i ”*virksomheten, arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold*”.

Med ordlyden ”*kan ikke*” menes at vernet er absolutt. En arbeidsgiver kan ikke komme utenom at han må ha en saklig grunn for å si opp sine ansatte.

Som sagt innledningsvis er omstillingsbehov typiske tilfeller som faller inn under ”*virksomhetens forhold*”. Det er ikke snakk om noen skyld fra arbeidstakers side, det er situasjoner som ligger utenfor hans kontroll.

Aml. § 15-7 (1) gir liten veiledning på hva som ligger i saklighetskravet.

Begrepet ”*saklig begrunnet*” er skjønnsmessig. Rettspraksis, juridisk teori og andre rettskilder er helt nødvendige for å få en nærmere forståelse av regelens materielle innhold.

Isolert sett betyr ”*saklig begrunnet*” først og fremst at begrunnelsen ikke kan være usaklig eller bygge på utenforliggende hensyn. Dette fremgår blant annet av Rt. 2001 s. 418 der Høyesterett uttalte at:

”Styringsretten begrenses imidlertid av også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

Saklighetskravet karakteriseres som en rettslig standard.³² Dette innebærer at det er tale om en ”*rettsregel som viser til en vurderingsnorm utenfor seg selv som avgjørende kriterium, gjerne en vurdering av moralsk eller sosial karakter*”, i dette tilfelle ”*urimelig.*” ”*Et hovedpoeng med denne typen rettslig regulering er at det åpner for den mulighet at en og samme lovbestemmelse kan tillegges ulikt innhold på ulik tid, avhengig av hva som er den alminnelige oppfatningen av det aktuelle moralske eller sosiale spørsmålet.*”³³

³² Jfr. www.rettsdata.no, kommentar arbeidsmiljøloven 1977, note 552.

³³ Jfr. Gisle m.fl. (2003) s. 245.

Forarbeidene uttrykker også at saklighetskriteriet må følge den sosiale utviklingen i samfunnet ellers.³⁴ Dette ble lagt frem i forbindelse med lovrevisjonen i 1977.

Det fremgår altså av dette at forståelsen av saklighetskravet ikke kan være statisk, men dynamisk, slik at det tolkes i tråd med samfunnsutviklingen. Det som ble oppfattet som saklig tidligere trenger ikke å bli oppfattet som saklig i dag, og motsatt.

Det lovfastsatte vernet arbeidstaker har mot usaklig oppsigelse bygger på den forutsetning at arbeidstaker trenger et særlig vern, som den svakere part i kontraktsforholdet. Dette er grunnen til at man ikke har tilsvarende regler som begrenser arbeidstakers rett til å si opp sin stilling.³⁵

At en virksomhet kan ha behov for å nedbemanne må det vises forståelse for. For å overleve må virksomheten tilpasse seg markedets behov.

Domstolene aksepterer som hovedregel denne type oppsigelser, så lenge omstillingsbehovet er reelt, godt dokumentert, og at arbeidsgiver går korrekt frem.³⁶ Rt. 2009 s. 1129 er et eksempel på at det skal mye til før oppsigelse skal kunne finne sted. I dommen uttaler Høyesterett dette om saklighetskravet; *”terskelen for å si opp noen er høy, og arbeidsgiver må vise til gode grunner.”*

Forarbeidene viser til at; *”ut fra rettspraksis er det en tendens til flere rettssaker om oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonalisering,”* det er imidlertid viktig å merke seg at de færreste kommer så langt som til domstolene.

Forarbeidene sier videre dette om domstolenes vurderinger av saklighetskravet; *”i rene oppsigelsessaker grunnet virksomhetens forhold er det på bakgrunn av foreliggende rettspraksis vanskelig å si noe generelt om domstolenes vurdering av saklighetskravet. Domstolene har adgang til blant annet å etterprøve de faktiske bedriftsøkonomiske omstendigheter som arbeidsgiver påberoper seg, men et hovedinntrykk fra rettspraksis er nok at det er vanskelig å tilsidesette påberopte hensyn til bedriftens økonomiske tarv siden antall rettssaker, og ikke minst Høyesterettsdommer*

³⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975 -1976) s. 72.

³⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 14.

³⁶ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 781.

*er så vidt lite, er det imidlertid vanskelig å ha noen sikker formening om rettspraksis på dette området.*³⁷

Det kan imidlertid forekomme at grunnlaget for oppsigelsen i realiteten ikke er på grunn av omstilingsbehov, og at det dermed ikke vil falle inn under virksomhetens forhold. Dette kan omtales som fingert arbeidsmangel som betyr at motivet ikke er omstilling, men ønsket om å bli kvitt en ansatt.³⁸ For eksempel under finanskrisen kan det tenkes at en arbeidsgiver benyttet muligheten til å si opp uønskede arbeidstakere på grunn av påstått dårlig økonomi, dette er selvfølgelig usaklig og strengt forbudt.

Spørsmålet om det foreligger saklig oppsigelse skal imidlertid avgjøres ved en skjønnsmessig helhetsvurdering.

For domstolene blir dette dermed et spørsmål om omstilingsbehovet er selve grunnlaget for oppsigelsen, og hvis det er tilfelle må det vurderes hvorvidt dette er saklig.

³⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994).

³⁸ Jfr. Dege (2009) s. 663-667.

5 Utvelgelsen av arbeidstakere ved nedbemanningen

5.1 Innledning

Det kompliserte spørsmålet ved nedbemanninger er hvilke arbeidstakere som må gå fra sin stilling.

Er tilfellet at virksomheten har et reelt omstillingsbehov fører dette i utgangspunktet til at de kan gå til oppsigelse av arbeidstakere. Men kan de si opp hvem de vil, eller finnes det retningslinjer og begrensninger som arbeidsgiver må forholde seg til?

Aml. § 15-7 (2) bygger på den forutsetning at et omstillingsbehov alene ikke nødvendigvis er tilstrekkelig grunn til å si opp arbeidstakere. Bestemmelsen stiller opp to absolutte tileggskrav for at oppsigelsen skal være saklig; det skal ikke finnes *”annet passende arbeid”* i virksomheten, og det skal foretas en *”avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstakeren.”* Bestemmelsen er et resultat av rettspraksis, og den ble lovfestet i 1977.³⁹

Utover dette sier bestemmelsen ingenting om hva som skal inngå i denne vurderingen. At det ikke er gitt noen nærmere veiledning angående interesseavveiningen, eller kravet til annet passende arbeid kan være positivt. Tolkningen kan da følge og tilpasses utviklingen i samfunnet. En lovfesting av dette vil imidlertid kunne gjøre arbeidstakers oppsigelsesvern enda sterkere.

Selve saklighetskriteriet gjelder både grunnlaget for omstillingen, omfanget av denne og utvelgelsen av hvilke arbeidstakere som skal sies opp.

5.2 Arbeidsgivers plikt til å tilby ”annet passende arbeid”

Arbeidsgivers krav om å finne annet passende arbeid kan ses på som en omplasseringsplikt. Denne omplasseringsplikten sees på som en presisering av det alminnelige krav om at en oppsigelse skal ha saklig grunn, som videre har innebygget en forutsetning om at det også skal tas hensyn til om oppsigelsen virker urimelig for den

³⁹ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 19.

enkelte arbeidstaker. Dette kan tale for å tolke bestemmelsen i helhet, og i lys av det alminnelige krav om at en oppsigelse skal ha saklig grunn.⁴⁰

For det første blir det et spørsmål om hvor langt denne omplasseringsplikten går? En ting som er klart er at hvis arbeidstaker ikke har blitt tilbudt stillinger som er opprettet eller blitt ledige som følge av nedbemanningen må oppsigelsen kunne underkjennes. Dette ses på som et minimumskrav fra arbeidsgivers side.

Men det må være opp til bedriften å vurdere hvilke stillinger den til enhver tid skal ha. Dette er et utslag av styringsretten, som man ikke uten videre kan gripe inn i.⁴¹

Om dette sier forarbeidene at arbeidsgiveren ikke har plikt til å opprette ny stilling som det ikke er behov for, *”men at han har plikt til å omplassere vedkommende, hvis det er en passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov.”*

Det skal foretas en helhetsvurdering, hvor ikke minst arbeidstakers egen vurdering må spille inn. Videre sier forarbeidene at; *”som utgangspunkt vil arbeidsgiveren ikke være fri for ansvar, dersom han tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enten med hensyn til lønn eller til stillingsinnhold, enn det han hadde.”*

I slike tilfelle må arbeidstakeren kunne velge om han vil akseptere tilbudet eller gå til søksmål for å få oppsigelsen kjent usaklig. Ofte vil imidlertid arbeidstakeren foretrekke å få en noe dårligere jobb, fremfor å bli helt uten arbeid. Det bør være opp til arbeidstakeren å avgjøre dette, arbeidsgiveren vil derfor ha plikt til å forespørre arbeidstakeren om han vil ha en dårligere jobb.⁴² Et eksempel kan være en arbeidstaker som er ansatt som autorisert regnskapsfører, men på grunn av nedbemanningen får tilbud om en stilling som regnskapsmedarbeider. Arbeidstakeren vil muligens takke ja til stillingen selv om dette innebærer lavere lønn. Arbeidsoppgavene vil i praksis ikke være veldig forskjellige. Noe annet er hvis han hadde blitt tilbudt stilling som vaskedame for virksomheten. Det vil være lite sannsynlig at arbeidstakeren vil akseptere tilbudet, men heller få seg en annen jobb. Dette innebærer helt forskjellige arbeidsoppgaver, og vil også utgjøre stor forskjell i lønn.

⁴⁰ Se Fanebust (2001) s. 155.

⁴¹ Jfr. Fanebust (2001) s. 147.

⁴² Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 73.

Teorien på området uttaler at utgangspunktet kan sies å være at arbeidstaker skal tilbys arbeid som mest mulig svarer til hans lønn, arbeidsoppgaver og stillingsforhold ellers. Men på den annen side er det ikke slik at oppsigelsen er berettiget selv om det ikke finnes likeverdig arbeid. Arbeidsgiver må se på muligheten for omplassering til underordnet arbeid eller arbeid i andre avdelinger og distrikter, selv om dette kan innebære tyngre eller dårligere betalt arbeid.

Da blir det opp til arbeidstakeren selv om han foretrekker en dårligere betalt jobb i stedet for en oppsigelse.⁴³

Det som til nå er sagt kan belyses gjennom Rt. 1962 s. 888. Dommen gjaldt oppsigelse av en arbeidsformann ved AS Dalens Garveri. Høyesterett la her til grunn at det *”kan bebreides bedriftens ledelse, at den ikke i forbindelse med oppsigelsen av arbeidstaker på eget initiativ fremsatte et utvetydig tilbud til ham om at han kunne overta annet arbeid.”*

Det ble gitt dom på erstatning fra Høyesterett med denne begrunnelse; *”selv om det er så at det arbeid som bedriften i tilfelle kunne ha tilbudt arbeidstaker var tyngre og av mer underordnet art enn det han hadde utført tidligere, anser jeg det ikke utelukket at han ville ha akseptert tilbudet.”*

Høyesterett slutter seg også til dette i den såkalte Papyrusdommen, Rt. 1966 s. 393. Saken gjaldt en 48 år gammel regnskapssjef med 28 års tjenestetid i virksomheten som ble sagt opp i forbindelse med bedriftssammenslutning og rasjonalisering av virksomheten. Dommeren anførte her at det ville vært naturlig at virksomheten, før oppsigelsen ble foretatt, hadde drøftet med arbeidstakeren om det var mulig å komme fram til en løsning. Dommeren sa videre at;

”det er sannsynlig at Høyaas på grunn av den overmåde vanskelige situasjonen som han befant seg i, ville ha godtatt et tilbud fra bedriften selv om han ville ha fått lavere lønn og en mindre betrodd stilling.” Dommeren mente også at; *”en ordning med deltidsarbeid kunne eventuelt ha kommet på tale.”*

I henhold til dommerens uttalelse må fremgangsmåten som ble fulgt, blant annet at ingen annen jobb ble tilbudt, tillegges betydning ved avgjørelsen av spørsmålet om oppsigelsen er saklig begrunnet. Dommeren avslutter dette med å si:

⁴³ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72 jfr. s. 18.

”Jeg finner at det er rimelig grunn til å anta at dersom bedriften her hadde gått frem på en annen måte, ville det ha vært mulig - uten å redusere rasjonaliseringens effektivitet eller å påføre bedriften økte utgifter av betydning - å få i stand en ordning slik at Høyaas kunne ha fortsatt i bedriftens tjeneste enten ved kontoret i Sarpsborg eller ved kontoret i Mjøndalen.”⁴⁴

Disse nevnte dommene er fra før kravet om å finne annet passende arbeid ble lovfestet. Kravet om annet passende arbeid kan derfor ses på som en lovfestning av noe som lenge har vært oppe i praksis. Man kan også si at dommene gir uttrykk for at kravet for arbeidsgiver om å tilby annet passende arbeid går langt.

Bli arbeidstakeren tilbudt annet passende arbeid og takker nei viser rettspraksis at det er vanskelig å vinne frem på et søksmål om at oppsigelsen skal kjøennes ugyldig. Dette kan belyses gjennom en nyere dom, Rt. 2008 s. 749. Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelse av arbeidstaker begrunnet i virksomhetens forhold. Arbeidstakeren hadde tidligere avslått flere tilbud om annet passende arbeid under en nedbemanningsprosess, og fikk ikke medhold i at oppsigelsen av ham var ugyldig. Det skal her merkes at arbeidstakeren hadde kroniske psykiske lidelser, noe arbeidsgiver visste om.

Høyesterett kom fram til at arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid var tilfredsstillt. Det ble uttalt at:

”Lovens ordning er ikke at den ansatte er berettiget til å velge mellom de ulike alternative arbeidsoppgaver som måtte være tilgjengelige, og som han er kvalifisert for.”

Men det ble også sagt at;

”dersom det er alternativ beskjeftigelse som den ansatte kan utføre, vil det naturligvis være meningsløst å tilby en stilling som den ansatte av helsemessige grunner ikke kan fylle. Bakgrunnen for at den ansatte ikke kan mestre en slik alternativ beskjeftigelse er uten betydning.”

I denne saken var det imidlertid ikke holdepunkter for at arbeidsgiver skulle ha tilbudt den ankende part annen beskjeftigelse bedre tilpasset dennes psykiske problemer.

Høyesterett angir også i dommen at det er klart at saken må bli sett på som annerledes

⁴⁴ Se Rt. 1972 s. 1330, lignende synspunkter kom også til uttrykk her.

hvis tilbudet om annet arbeid ses på som fremprovoserende til avslag, noe som Høyesterett her kom fram til at det ikke var holdepunkter for å drøfte videre.

Det er bedriftens ansvar å tilby passende arbeid. Er bedriften i tvil om arbeidstakeren er interessert i vedkommende arbeid vil det være hensiktsmessig at arbeidstakeren får et tilbud om arbeidet og selv kan ta standpunkt til dette.

Selv om virksomheten har et ansvar innebærer ikke det at arbeidstakeren kan være fullstendig passiv. Den enkelte arbeidstaker kan selv ta initiativ og komme med forslag slik at virksomheten blir oppmerksom på de muligheter som kan foreligge.⁴⁵

Når arbeidsgiver skal undersøke om det finnes annet passende arbeid å tilby må det foretas drøftelser med arbeidstaker. Dette gir drøftelsesmøtet etter aml. §§ 15-1 og 15-2 anledning til.⁴⁶

Et annet problem vi møter angående arbeidsgivers omplasseringsplikt er spørsmålet om hvilket område den begrenser seg til.

I henhold til aml. § 15-7 (2) gjelder denne omplasseringsplikten bare innenfor ”virksomheten”. Vi må derfor tolke hva som ligger i ”virksomheten” for å avgjøre rekkevidden av omplasseringsplikten.

Virksomhetsbegrepet er grunnleggende innenfor andre deler av loven, men allikevel er begrepet vagt forklart. Gode grunner taler for at det skal avgrenses likt så langt det er mulig.⁴⁷ Det må allikevel understrekes at de reelle hensyn ikke alltid kan sies å være de samme.

I de tidligere arbeidervernlover ble uttrykket ”bedrift” brukt i stedet for ”virksomhet”, men det er påpekt i forarbeidende til arbeidsmiljøloven 1977 at det med dette ikke var tilsiktet realitetsendringer, og det ble uttalt at;

”idet bedriftsbegrepet i de senere år er blitt fortolket sterkt utvidende. Det er for eksempel helt på det rene at offentlig forvaltning har vært dekket av bedriftsbegrepet, selv om et offentlig kontor ikke vil bli karakterisert som ”bedrift” etter alminnelig språkbruk. Begrepet virksomhet vil omfatte både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsvirksomhet, forretningsvirksomhet, offentlig

⁴⁵ Se Jakhelln (2007) s. 442.

⁴⁶ Se punkt 6.1 om drøftelsesplikten.

⁴⁷ Se blant annet aml. § 1-8.

*forvaltning og immateriell virksomhet. Det er ikke avgjørende om virksomheten drives ervervsmessig.*⁴⁸

Hva som skal anses som ”samme virksomhet ” vil ofte ikke by på tvil. Den klare hovedregel er at virksomheten er ett rettssubjektet, jfr. Rt. 1997 s. 623. Her var saken at et interkommunalt Pedagogisk Psykologisk Distriktssenter med eget styre nedla senterets skole og boavdeling. Medarbeiderne ved boavdelingen ble sagt opp, og gikk derfor til sak. Deres påstand var at samarbeidskommunene hadde plikt til å tilby dem passende ledige stillinger i kommunen etter aml. § 60 punkt 2, nå gjeldende aml. § 15-7 (2). Det ble uttalt at hovedregelen må være at en virksomhet er lik ett rettssubjekt. Flertallet i Høyesterett la til grunn at senteret måtte anses som eget rettssubjekt, og de kunne derfor ikke kreve tilsetning i ledige stillinger i enkeltkommunene. Begrunnelsen for at de måtte anses som eget rettssubjekt var at de opptrådte utad med eget navn, inngikk kontrakter, foretok ansettelser uten samtykke fra samarbeidspartene, styret ansatte daglig leder, og de disponerte sine egne midler. Dommen stiller altså opp momenter som man kan legge vekt på når man skal vurdere hva som skal anses som en virksomhet.

I henhold til juridisk teori bør utgangspunktet være ”*de rettslige og praktiske muligheter bedriftsledelsen har for å ivareta arbeidstakers interesser i den konkrete situasjon.*”⁴⁹

Dette taler for at arbeidsgiver har en plikt til å prøve omplassering selv om de mulighetene som eksisterer ligger utenfor det som kan kalles ”*virksomheten*”. Det er i rettspraksis lagt til grunn at morselskap og datterselskap kan regnes som samme virksomhet,⁵⁰ men dette er rent unntaksvis.

I en tidligere dom fra Høyesterett, Rt. 1990 s.1126, har det blitt lagt til grunn at flere rettssubjekter kan ha et arbeidsgiversansvar etter § 15-7 (2), men da dersom arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem. I denne saken ble også morselskapet ansett som arbeidsgiver for administrerende direktør i et heleid datterselskap. Denne saken kan sies å stå i en annen stilling enn Rt. 1997 s. 623.

⁴⁸ Jfr. Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 101 jfr. s. 18-19.

⁴⁹ Jfr. Fanebust (2001) s. 155.

⁵⁰ Se Rt. 1993 s. 345.

Ansettelsesforholdet var fastsatt i en avtale mellom morselskapet og direktøren. Det ble forutsatt at arbeidsforholdet ikke ville bli varig, og at direktøren hadde rett til å gjeninntre i morselskapets tjeneste ved opphør av avtalen med datterselskapet.

Høyesterett anførte at;

”ut fra en samlet vurdering av forholdet mellom datterselskapet og morselskapet og de rettigheter direktøren hadde overfor morselskapet under sitt midlertidige opphold i Norge - at også morselskapet måtte anses som arbeidsgiver.” Om dette sa Høyesterett i Rt. 1997 s. 623 *”Uttalelser i rettspraksis om forholdet mellom selskaper i et konsernforhold, kan etter mitt syn ikke få anvendelse ved et interkommunalt samarbeidsforetak”*.

Skal oppsigelsesvernet til arbeidstakere oppfattes som sterkt taler dette etter reelle hensyn for at virksomhetsbegrepet skal tolkes vidt.

Den jobben som tilbys skal være *”passende”*, men hva ligger egentlig i dette?⁵¹

I ordlyden *”passende”* ligger i alle fall en forutsetning om at arbeidstakeren det er snakk om må være skikket for arbeidet. Spørsmålet om arbeidstaker skal anses skikket må bero på en konkret vurdering. Vurderingen vil være avhengig av de krav som med rimelighet kan kreves for den aktuelle stillingen.⁵²

En dom fra Høyesterett inntatt i Rt. 2003 s. 1754 gir veiledning om hva som ligger i vurderingen om arbeidstakeren er *”skikket”*. Bemerk her at saken gjaldt fortrinnsretten, men vurderingen av hva som ligger i skikket vil kunne ha overførselsverdi til vår vurdering. Det ble her lagt til grunn at det ikke finnes mye rettspraksis rundt vurderingen og Høyesterett uttalte i den forbindelse:

”Jeg ser det som klart – slik også partene er enige om – at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen. Det kan for eksempel gjelde evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, eller overtalelsesevner i relasjon til en stilling som selger.”

Sparebanken nord-Norge dommen, Rt. 1992 s. 776, har også tatt opp hva som blant annet skal anses som passende. Saken gjaldt en sparebank som hadde kommet i en

⁵¹ Jfr. aml. § 15-7 (2).

⁵² Se Fanebust (2001) s. 153.

meget vanskelig økonomisk situasjon, og det ble foretatt betydelige reduksjoner i personalet og filialnett. Bemanningen ble redusert med hele 90 ansatte gjennom frivillige ordninger, men 50 måtte sies opp. Det ble vedtatt å si opp de som var ansatt ved filialene, disse kunne konkurrere om stillinger innen vedkommende avdelingskontors område, som ved frivillig adgang var blitt ledige. Tre personer gjorde gjeldende at oppsigelsen ikke var saklig etter aml. § 60, nå gjeldende aml. § 15-7, de fikk imidlertid ikke medhold. I denne saken ble det angående annet passende arbeid uttalt at;

”loven må forstås slik at tilbud om annet arbeid ikke kan reparere en oppsigelse som er usaklig etter § 60 nr. 2, 2 punktum. Men selv om en oppsigelse fyller saklighetskravet etter regelen der, bestemmer § 60 nr 2, 1 punktum at oppsigelsen likevel er usaklig hvis arbeidsgiveren har annet passende arbeid å tilby, og dette ikke er gjort. Loven krever at det før oppsigelse gis, fremsettes et konkret tilbud til arbeidstakeren.”

Sparebanken nord-Norge dommen har videre dette å si om hva som skal anses som ”passende”; *”...kriteriet ”passende” ikke bare gjelder arbeidets art, men også andre forhold, så som arbeidsplassens beliggenhet, reisetid, familieforhold m.v...”*

Det kan i praksis bli en vanskelig vurdering av om det tilbudte arbeidet er passende for arbeidstakeren. Arbeidstakerens kvalifikasjoner må vektlegges, og det må vurderes om opplæring er nødvendig. Fra den omplasserte arbeidstakeren kan det ikke kreves full effektivitet fra første dag, det er nødvendig med en viss opplæring, og dette må arbeidsgiver avfinne seg med.⁵³ Det vil jo ikke være naturlig at en arbeidstaker kan gå rett inn i alle stillingene i virksomheten. Det er antatt at opptil 3 måneder må påregnes, lengre for eldre ansatte med lang ansiennitet. Er arbeidstakeren i stand til å utføre arbeidsoppgavene etter en rimelig innføring skal han/hun få tilbudet om jobben.⁵⁴

Ved nyansettelser blir det ofte fastsatt prøvetid for arbeidstakeren i arbeidsavtalen.⁵⁵ Et spørsmål som kan oppstå er om det kan avtales ny prøvetid dersom arbeidsgiveren har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren?

⁵³ Se Fanebust (2001) s. 152.

⁵⁴ Se Storeng, Beck og Due Lund (1996) s. 114.

⁵⁵ Se aml. § 14-5 jfr. 14-6 bokstav f) om prøvetid.

Hvis det er tilfellet vil man kunne si at det er en begrensning i arbeidstakers rett til å bli tilbudt annet passende arbeid, siden det at han trer inn i den nye jobben kan anses å være på prøve.

Høyesterett hadde dette å si om saken i Rt. 1999 s. 1694;

”loven må forstås slik at den arbeidsgiver som ved oppsigelser som følge av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak har annet passende arbeid å tilby de oppsagte, som alminnelig regel vil ha plikt til å tilby dette uten pålegg om prøvetid.”

Høyesterett sier videre at det er en situasjon som er vesentlig forskjellig fra nyansettelser, og utdyper at;

”arbeidsgiver vil i sistnevnte tilfelle normalt være uten nærmere kjennskap til den person det er tale om og derved ha et legitimt behov for en prøvetid, nær sagt uavhengig av stillingens art. Det samme behov vil her regelmessig gjøre seg gjeldende på arbeidstakerens side. Ved omplassering vil derimot utgangspunktet være at arbeidstakeren har hatt et ordinært stillingsvern i bedriften, men at han av grunner som han ikke bærer ansvaret for må forlate sin stilling.”

Dette ble sett på som et utgangspunkt, og det må gjøres reservasjoner *”hvor stillingen er av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstantere om bedriften har annet passende arbeid å tilby.”*

I denne saken var tilfellet at arbeidstakeren var ansatt i pakkeavdelingen, men ble tilbudt stilling som telefonselger. Høyesterett kom i dette tilfelle til at oppsigelsen var saklig, selv om det innebar prøvetid, og sier dette i sin begrunnelse;

”i et tilfelle som det foreliggende, hvor stillingens forskjelligartede karakter er så iøynefallende, vil det være vanskelig å avgjøre om det tilbudte arbeid er passende før arbeidstakeren har fått prøvd seg i den nye stillingen.”

Med grunnlag i rettspraksis må man kunne si at hovedregelen hvis en arbeidsgiver må nedbemanne er at han ikke kan sette noe vilkår om prøvetid ved tilbud om annet passende arbeid. Vi ser det slik at de samme reelle hensyn for prøvetid ved nyansettelser ikke vil gjøre seg gjeldende, siden arbeidsgiver blant annet har kjennskap til arbeidstakerens arbeidsevne. Samtidig kan det ses på som rimelig å oppstille prøvetid hvis det tilbudte arbeidet er av en slik karakter at det ikke samsvarer med tidligere arbeidsoppgaver. Her vil ikke arbeidsgiveren ha samme bakgrunn for å vite om arbeidstakeren egner seg til arbeidet. Men arbeidsgiveren burde ha kjennskap til

arbeidstakers evne til for eksempel å komme presis, hans interesse for å utføre en god jobb og hans tilpassning til arbeidstokken generelt.

En ting det er greit å bemerke seg er at hvis arbeidstaker på grunn av nedbemanning blir sagt opp under prøvetiden har han ikke rett til å fortsette i stillingen⁵⁶

Tilbudet om annet passende arbeid kan det ikke kreves skal være fremsatt skriftlig. Men skriftlighet sees på som en fordel fordi det kan føre til bevisproblemer om det ikke nedtegnes. Det kan oppstå tvil om et tilbud fra arbeidsgiver i det hele tatt har skjedd, og det er arbeidsgiver som har bevisbyrden. Det kan også sies at tilbudet bør fremsettes så tidlig som mulig i oppsigelsesprosessen.

Hvis arbeidstaker avslår det fremsatte tilbudet vil dette normalt føre til at bedriften går fri, men under forutsetning av at arbeidet som tilbys er passende.

Dette må også gjelde dersom arbeidstaker ikke har svart på tilbudet så lenge han har fått nødvendig tid og anledning til å overveie det. Hvor lang tiden skal være må vurderes i lys av begge parters interesser.⁵⁷

At arbeidsgiver har en plikt til å finne annet passende arbeid til arbeidstakeren forsterker oppsigelsesvernet ytterligere, i alle fall for dem som blir tilbudt annet arbeid. For de som ikke blir tilbudt annet arbeid må man kunne si at i kraft av bestemmelsen har de også et vern siden det i alle fall skal vurderes.

Vi ser det som rimelig og naturlig at arbeidstaker skal bli tilbudt annet arbeid i virksomheten så lenge dette er mulig, siden en oppsigelse vil kunne ramme arbeidstaker hardt. Det er heller ingen grunn til å avslutte et arbeidsforhold så lenge arbeidstakeren kan utføre annet arbeid.

Problemet ved nedbemanninger er at det ofte er snakk om å redusere kostnader, og derfor vil målet være å minske arbeidstokken. Dette kan føre til at det ikke er noe annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren.

⁵⁶ Se Rt. 1999 s.1131.

⁵⁷ Se Fougner og Holo (2008) s. 801 og Fanebust (2001) s. 156-157.

5.3 Den individuelle vurderingen – en interesseavveining

Avveiningen mellom ”*virksomhetens behov og ulempene oppsigelsen vil påføre arbeidstaker*” etter aml. § 15-7 (2) annet punktum kan sees på som en interesseavveining. Videre kan dette ses på som en individuell vurdering i det den skal vurdere de ulemper oppsigelsen påfører den ”*enkelte arbeidstaker*”.⁵⁸ Rettspraksis underbygger også dette standpunkt i det de uttaler at det prinsipielt sett skal foretas en selvstendig vurdering i forhold til den enkelte arbeidstaker.⁵⁹

I henhold til rettspraksis blir det mindre rom for en interesseavveining der det er tilbudt annet passende arbeid, jfr. Rt. 2008 s. 749. Det ble uttalt i denne dommen at når omstillingene har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte skal det mye til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende.

Ved vurdering av ny arbeidsmiljølov av 1977 tok departementet dette standpunkt; ”*domstolene hittil har lagt for stor vekt på arbeidsgiverens økonomiske interesser i slike saker, og at det derfor er nødvendig å ta større hensyn til de vanskeligheter arbeidstakerne og deres familier må bære for å skaffe arbeidsgiveren økonomisk gevinst. Det må på den annen side understrekes at regelen ikke innebærer at rasjonalisering og driftsinnskrenkning skal utelukkes som oppsigelsesgrunn, der hvor dette fremstår som nødvendige forutsetninger for en forsvarlig drift. Det regelen legger opp til er at arbeidstakerens interesser også skal telle med i vurderingen, slik at ikke f.eks. enhver rasjonaliseringsgevinst skal gi saklig grunn for oppsigelse.*”⁶⁰

Gjennom forarbeidene blir det utdypet at rimelighetsvurderinger i forhold til arbeidstaker har kommet sterkere inn i bildet, og subjektive rimelighetsmomenter må også tas i betraktning. Som for eksempel at en oppsigelse vil ramme en arbeidstaker hardt. Dette belyses også gjennom rettspraksis fram til i dag. Slike forhold får imidlertid mer vekt når det er snakk om omstillingsbehov enn hvor oppsigelsen skyldes arbeidstakers eget forhold.⁶¹

⁵⁸ Se Ot.prp. nr.41 (1975-1976) s. 72.

⁵⁹ Jfr. Rt. 2008 s.749.

⁶⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s.18-20 sml. s. 72.

⁶¹ Jfr. Rt. 2001 s. 1581.

Men i henhold til rettspraksis sies det at urimeligheten alene ikke kan medføre at en oppsigelse er usaklig, men det kan tas hensyn til i vurderingen.⁶²

Forarbeidene gir uttrykk for at domstolene må være varsomme med å legge til grunn særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakers disfavør. Reglene er i første rekke gitt i favør av arbeidstakerne, og forarbeidene uttaler at;

*”det er allment akseptert i arbeidslivet at det er behov for å verne den svake part i arbeidsavtalen; arbeidstakeren, og arbeidsmiljølovens stillingsvernregler skal imøtekomme dette behovet.”*⁶³

Rt. 1989 s. 508 illustrerer avveiningen mellom arbeidstakers og arbeidsgivers interesser, som igjen illustrerer domstolenes prøving av omstillingsbehovet. Saken var den at 200 arbeidsplasser i Oslo ble nedlagt for å opprettes i Mo i Rana. Høyesterett kom til at dette ikke var usaklig etter arbeidsmiljøloven, og de godtok oppsigelsen av de 200 ansatte. I begrunnelsen ble det sitert til forarbeidene og førstvoterende uttalte:

”Jeg kan ikke se at det kan legges mer i den siterte uttalelsen enn at gevinst ved rasjonalisering eller driftsinnskrenkning må avveies mot de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker. Det fremgår ikke at oppsigelser i forbindelse med driftsinnskrenkning ved en bedrift aldri kan være saklig begrunnet, hvis dette ikke gir en økonomisk gevinst for bedriften eller det konsern den er del av. Det ligger i sakens natur at en bedrift ikke normalt vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom.”

Dommen viser at det ikke er noe vilkår at situasjonen må være prekær før oppsigelser vil kunne bli akseptert. Som hovedregel er det tilstrekkelig at bedriften etter saklige og grundige overveielser kommer til at det er nødvendig å foreta tilpassninger av hensyn til virksomhetens videre drift. Oppsigelsesvernet skal ikke forstås slik at det skal true virksomhetens fortsatt drift. Det som i det hele er meningen er å ta stilling til om

⁶² Jfr. Rt. 1966 s. 393.

⁶³ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 185.

rasjonaliseringstiltaket virkelig er nødvendig, eller om det er mulighet for å møte tilpasningsspørsmålet på en annen måte enn å gå til oppsigelse.⁶⁴

Bedriften trenger derfor ikke å gå dårlig for at behovet for omstilling skal være der. En arbeidsgiver bør ha rett til i tide å foreta det som er nødvendig for effektiv drift av virksomheten, og jobbe for at konkurs unngås. Effektive og velfungerende bedrifter er en forutsetning for vårt velferdssamfunn. Ansattes interesser må i visse tilfeller vike ved oppsigelse på grunn av økonomiske årsaker. Arbeidsgiveren kan ha behov for å tilpasse virksomheten til markedsforholdene, produsere nye produkter eller fremstille dem på en billigere og mer effektiv måte. Blant annet Brynhildsendommen kan belyse dette.⁶⁵

Saken gjaldt 55 arbeidstakere i en betongvarefabrikk som i 1983 ble sagt opp, syv reiste søksmål. Begrunnelsen fra bedriftens side var sviktende ordretliggang som de fryktet ville bli av varig karakter. Lagmannsretten frifant bedriften. De mente at bedriften hadde opptrådt forsvarlig før de tok sin beslutning i å redusere budsjettet og deretter bemanningen. Oppsigelsene var nødvendige for å oppnå den tilsiktede lønnsomheten i den vanskelige situasjonen som var oppstått.

Et annet eksempel på at behovet var nødvendig kan illustreres gjennom en noe eldre dom, Rt. 1967 s. 91. Saken gjaldt et borettslag som så det nødvendig å foreta økonomisk sanering og sa derfor opp to renholdshjelpere. Høyesterett hadde dette å si om saken:

”Dette er i utgangspunktet saklig, og gjelder uansett om tiltaket er nødvendig for at virksomheten skal overleve, eller det trengs for å dekke underskudd, eventuelt gi overskudd.”

Når sakligheten av en oppsigelse skal vurderes må man ta utgangspunkt i forholdene på oppsigelsestidspunktet. Slik at for eksempel ved omstillingsbehov er det ikke avgjørende om økonomien har blitt bedre etter at oppsigelsen fant sted. Det avgjørende er om det på oppsigelsestidspunktet forelå tilstrekkelig saklig grunnlag for oppsigelse på grunn av bedriftens økonomi der og da.⁶⁶

⁶⁴ Se Fougner (2007) s. 266.

⁶⁵ Jfr. Rg. 1985 s. 128.

⁶⁶ Se Storeng, Beck og Due Lund (1996) s. 107.

Men samtidig kan omfattende oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold være saklige etter aml. § 15-7 (1) selv om virksomheten på oppsigelsestidspunktet ikke taper penger.⁶⁷

På arbeidstakersiden må det legges spesielt vekt på arbeidstakers mulighet for å klare seg økonomisk etter oppsigelsen. Arbeid annensteds eller kompensasjon ved private eller offentlige pensjons – eller trygdeordninger må vurderes.⁶⁸ Arbeidstaker må regne med at lønnen faller bort etter endt oppsigelsestid, men vil etter denne tiden ha krav på arbeidsledighetstrygd. Arbeidstaker må allikevel regne med en betydelig reduksjon av inntekt.⁶⁹ Dersom det er snakk om en langvarig arbeidsledighet vil også denne trygden bortfalle, noe som vil føre til større økonomisk tap.⁷⁰

Høyesterett har gjort det klart at selv om ”*oppsigelsen vil ramme hardt må bedriftens behov for å gjennomføre nødvendige innskrenkninger fortsatt ha gjennomslagskraft for de ansatte.*”⁷¹

Det antas at dette også i dag gir uttrykk for rettstilstanden. Arbeidstaker kan i og for seg ha tungtveiende argumenter for å opprettholde arbeidsforholdet, men allikevel vil hensynet til en trygg videre drift av virksomheten veie tyngre. De individuelle forhold vil imidlertid kunne ha stor betydning i utvelgelsen av de arbeidstakerne som må finne seg i en oppsigelse.⁷²

Aml. § 15-7 (2) annet punktum sier ingenting om hva det skal legges vekt på når det gjelder arbeidstakers forhold. Men noen såkalte utvelgelseskriterier har blitt til igjennom rettspraksis, jfr. Hilleslanddommen.⁷³ Disse utvelgelseskriteriene er momenter arbeidsgiver må ta hensyn til ved avveiningen mellom virksomhetens behov og arbeidstakerens individuelle ulempe.

⁶⁷ Se Storeng, Beck og Due Lund (1996) s. 112.

⁶⁸ Se Fanebust (2001) s. 160.

⁶⁹ Se ftrl. § 4-12, dagpengesatsene er 2,4 promille av dagpengegrunlaget, jfr. ftrl. § 4-11.

⁷⁰ Se ftrl. § 4-5, dagpenger kan maksimalt ytes i til sammen 104 uker.

⁷¹ Jfr. Rt. 1986 s. 879.

⁷² Jfr. Fougner (2007) s. 265.

⁷³ Jfr. Rt. 1986 s. 879.

Kjernen i prinsippet om saklige utvelgelseskriterier er at utvelgelsen av de arbeidstakere som sies opp i alle tilfeller må være forsvarlig. Det må ikke forekomme usaklig forskjellsbehandling, og det må tas hensyn til eldre arbeidstakere med lang ansiennitet i virksomheten. De vanligste utvelgelseskriteriene bygger på en kombinasjon av et ansiennitets- og kvalifikasjonsprinsipp, samtidig som det tas hensyn til sosiale forhold. Utvelgelseskriteriene skal være saklige og de må brukes konsekvent.⁷⁴

5.3.1 Hvilken betydning har ansiennitet som utvelgelseskriterium?

Et av kriteriene som kan ha betydning ved utvelgelsen av hvem som må gå er ansiennitet, eller tjenestetid i virksomheten. Ansiennitet stammer fra det franske ordet for ”gammel,” og i jussen er det vanlig med rettigheter basert på alder. Det er et gammelt prinsipp om at først i tid gir best i rett, en situasjon hvor dette gjør seg gjeldende er for eksempel ved tinglysning av rettigheter til fast eiendom. Arbeidsmiljøloven nevner ikke ansiennitet som et moment ved oppsigelser, ansiennitetsprinsippet er ulovfestet og følger av rettspraksis⁷⁵ og teori.⁷⁶

På den ene side har ansiennitet stor betydning som utvelgelseskriterium. Det er en objektiv konstaterbar faktor, og oppfattes derfor som et rettferdig moment å legge vekt på ved utvelgelsen av hvem som må gå.

Arbeidsmiljøutvalget, NOU 1992: 20, har uttalt seg slik om betydningen av ansiennitet: *”Beregningen av ansettelsestidens lengde har også betydning i forhold til oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljølovens § 60 nr. 2 (nå gjeldende aml. § 15-7 (2), vårt tillegg), idet den enkelte arbeidstakers ansiennitet er et viktig hensyn ved bedømmelsen av om en oppsigelse er saklig, ved siden av andre omstendigheter som arbeidstakerens alder og sosiale forhold.”*

Her slår Arbeidsmiljøutvalget fast at ansiennitet burde tillegges vekt i en utvelgelsesprosess der arbeidsgiver må velge blant flere arbeidstakere. Om arbeidsgiver ikke legger vekt på ansiennitet kan oppsigelsen bli ansett ugyldig.

⁷⁴ Jfr. Pettersen (2006) s. 209.

⁷⁵ Jfr. Rt. 1986 side 879.

⁷⁶ Jfr. Fanebust (2001) s. 172 og 181.

Hovedavtalen mellom LO og NHO har også en bestemmelse om ansiennitet som bestemmer følgende i § 9-12:

”Ved oppsigelse på grunn av innskrenkning/omlegging kan ansienniteten fravikes når det foreligger saklig grunn. Hvis bedriften i forbindelse med innskrenkninger i arbeidsstyrken finner grunn til å fravike ansienniteten og de tillitsvalgte er av den oppfatning at dette ikke er saklig begrunnet, kan spørsmålet bringes inn til forhandlinger mellom organisasjonene.”

Hovedavtalens § 9-12 gjelder bare direkte der tariffavtaler er gjort gjeldende, men den gir uttrykk for et allmenngyldig prinsipp som domstolene tillegger betydelig vekt ved saklighetsvurderingen. Det gjelder også ved virksomheter som ikke er bundet av Hovedavtalen. Hvis en virksomhet har lagt avgjørende vekt på ansiennitetsprinsippet ved tidligere oppsigelser vil arbeidstakerne ha forventninger om at det vil skje igjen. Om virksomheten avviker fra ansiennitetsprinsippet vil oppsigelsen kunne være usaklig.⁷⁷ Rt. 1996 s. 1401 gir et eksempel på dette. I denne saken forelå det et skjerpet ansiennitetsprinsipp. Saken gjaldt ”krav om erstatning for påstått usaklig oppsigelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd (nå gjeldende aml. § 15-7 (2), vårt tillegg). Kravet førte ikke frem. Rasjonaliseringshensyn var i dette tilfellet ikke tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse da det etter hovedavtalen for selskapet gjaldt et skjerpet ansiennitetsprinsipp. Førstvoterende anførte:

”Autronica har anført at bestemmelsen i punkt 8.4.2 er uten betydning for saken, både fordi denne hovedavtalen i praksis ikke ble fulgt i Autronica, og fordi den rasjonaliseringsprosess som det her var tale om, ikke går inn under bestemmelsen. Ikke noe av dette kan etter min mening føre frem. Autronica har ikke godtgjort at hovedavtalen generelt ikke skulle følges, og etter dette er noe selskapet må ha bevisbyrden for. Og legger man hovedavtalen til grunn, ser jeg det som lite tvilsomt at selskapet ved den rasjonalisering som det her gjelder, måtte følge det skjerpete ansiennitetsprinsipp som er fastsatt i punkt 8.4.2.

...Autronica måtte da ved oppsigelse følge ansienniteten hvis ikke den sist ansatte var ”helt nødvendig for firmaets drift”. Det kan ikke ha vært tilfellet her, jeg viser til at den

⁷⁷ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=230>.

siste ansatte sluttet få måneder etter Torgunn Thomassen og ikke ble erstattet av noen ny sekretær. ...”

Selv om virksomheten verken er bundet av tariffavtale eller tidligere praksis vil det være usaklig av arbeidsgiveren å ikke ta hensyn til ansettelsestid i det hele tatt.⁷⁸

Virksomheter som er bundet av Hovedavtalen skal i henhold til § 9-12 ta hensyn til ansiennitet når de skal si opp arbeidstakere, men er det saklig grunn til å legge større vekt på andre hensyn kan de gjøre det. Forutsetningen er imidlertid at det må forhandles om det på organisasjonsnivå.

Dette innebærer at ansiennitet vil inngå som en del av en helhetsvurdering, men at dette ikke i seg selv får avgjørende betydning.

Etter en alminnelig og naturlig forståelse av ordlyden i Hovedavtalens § 9-12 er ansiennitet det kriteriet arbeidsgiver må ta utgangspunkt i ved utvelgelsen. En arbeidstaker som har vært en lojal og mangeårig medarbeider vil normalt kunne forvente at virksomheten tar hensyn til dette i en omstillingsprosess. Sett fra arbeidsgiveren sin side vil han vanligvis ønske å beholde de mest produktive, og dette kan komme i strid med hensynet til ansiennitet, ved for eksempel at yngre medarbeidere vil være mer produktive enn de eldre. Dette kommer vi tilbake til senere i avhandlingen.

Med ”*saklig grunn*” i Hovedavtalens § 9-12 må utgangspunktet etter ordlyden være at når de ansatte står likt med hensyn til andre kvalifikasjoner som det er saklig å ta med i vurderingen, går den ansatte som har lengst tjenestetid i virksomheten foran. Men det er som sagt viktig å merke seg at dette bare er et utgangspunkt. Enhver forskjell i kvalifikasjoner kan ikke gi grunnlag for å fravike ansiennitet.

Som nevnt foran er poenget med å legge vekt på ansiennitet å gi lojale og stabile arbeidstakere noe igjen for at de har stilt opp for virksomheten igjennom en årrekke. Hvis man legger dette til grunn vil det være naturlig å kreve at ansettelsestiden må ha vært ganske lang for at den skal tillegges vekt, og forskjellen mellom ansettelsestiden bør også være vesentlig, ikke bare noen få år.

⁷⁸ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=230>.

Dette følger blant annet av Rt. 1986 s. 879, Hilleslanddommen, der en bedrift fikk medhold i sak om oppsigelse av fire kvinnelige arbeidstakere. Ansiennitetsprinsippet var fraveket. Situasjonen ved bedriften nødvendiggjorde innskrenkninger. Uenigheten gjaldt hvilke hensyn som kunne tas ved valget av arbeidstakere som bedriften ville beholde. Ved siden av ansettelsestid kunne det legges vekt på alder og klare sosiale og menneskelige forhold.

Førstvoterende bemerket som utgangspremiss for vurderinger og konklusjoner at;
”...ingen av de arbeidstakerne som denne sak gjelder, har vært ansatt særlig lenge ved bedriften, og at det heller ikke er noen betydelige forskjeller i ansettelsestid mellom dem.”

Det er altså viktig å merke seg at dommen gjelder arbeidstakere som ikke har vært ansatt særlig lenge, og at det ikke er stor forskjell på hvor lenge de har vært ansatt i virksomheten. Dette kan i samsvar med teori og annen praksis, jfr. overfor, tyde på at lang ansiennitet og betydelige forskjeller i ansettelsestid burde tas hensyn til ved utvelgelsen.

Noen fast praksis på hvor lang ansettelsestiden bør være finnes ikke, men hvis noen av medarbeiderne har vært ansatt i 15-20 år og oppover, vil disse som regel stå relativt sterkt i forhold til kolleger som har vært ansatt en del kortere.⁷⁹

På den annen side får ansiennitetsprinsippets betydning konkurranse fra andre momenter det er viktig å ta hensyn til i en utvelgelsesprosess.

Dette fremgår av også av Hilleslanddommen som sier at utvelgelsen av hvem som må gå vil bygge på en rekke momenter hvor ansiennitet vil være ett av dem. Høyesterett uttalte at:

”Det er på det rene at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov. Jeg mener også at man ikke her kan stille krav om at det bare er ”nøkkelpersoner”, i den forstand at de er helt nødvendige for fortsatt drift – som kan beholdes etter en slik vurdering. Bedriften må også kunne ta hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når dette er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.

⁷⁹ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=230>.

For så vidt gjelder sosiale eller menneskelige hensyn, hevder de ankende parter at disse hensyn ikke saklig kan trekkes inn ved bedriftens avgjørelse om hvem som skal sies opp når valget står mellom flere arbeidstakere.

Jeg kan ikke følge de ankende parter på dette punkt. Det er på det rene at i forhold mellom bedriften og den enkelte arbeidstaker vil slike hensyn ha betydning ved vurderingen etter § 60 nr. 2 (nå gjeldene aml. § 15-7 (2), vårt tillegg) av hvilke ulemper som oppsigelsen vil påføre arbeidstakeren. Skal det bli sammenheng i rettsreglene, må det samme gjelde når man må velge ut til oppsigelse en eller flere arbeidstakere. Det kan her være flere hensyn som må tillegges vekt, således kvalifikasjoner, alder, ansiennitet, og også klare sosiale eller menneskelige hensyn. Det er som jeg har nevnt ikke grunnlag for å hevde at ansienniteten uten videre skal være avgjørende.”⁸⁰

Med dette nedgraderer Høyesterett betydningen av ansiennitet, og avgjørelsen gir arbeidsgiveren vide rammer for skjønnsutøvelsen han skal foreta ved utvelgelsen av hvem som må gå.

Høyesterett bemerker imidlertid at ansiennitet er et moment av betydning, og at betydningen øker med ansettelsestidens lengde.

Dette følges opp av Eidsivating lagmannsretts dom av 13. Februar 1999 som gjaldt utvelgelse av hvem som måtte gå, herunder basert på ansiennitet:

”Etter bevisførselen legger lagmannsretten til grunn at det ved avgjørelsen av hvem som skulle sies opp, ble lagt vekt på ansiennitet, kvalifikasjoner, bedriftens behov og sosiale hensyn. Dette er relevante momenter ved oppsigelser som her...

A har videre anført at han har bedre ansiennitet enn de tre forannevnte og da særlig C og D. Lagmannsretten er enig i dette, men finner at ansiennitetshensyn ikke har så stor vekt i denne saken hvor alle fire har vært ansatt i relativt kort tid og er yngre personer.”

Etter dette har vi kommet til at ansiennitet har stor betydning ved utvelgelsen av hvem som må gå når arbeidsgiver må velge blant flere i en nedbemanningsprosess. Det er konstaterbart, og arbeidstakeren burde få noe igjen for å ha stilt opp for arbeidsgiver i en årrekke. Det er ikke usaklig å ta hensyn til ansiennitet, og det er som regel utgangspunktet for arbeidsgivers vurderinger.

Det er imidlertid viktig å merke seg at også andre momenter er av betydning. Skal utvelgelsen bli rettferdig må det legges en helhetsvurdering til grunn der alle sider ved arbeidstakerens forhold tas med i betraktningen.

Virksomhetens videre drift skal også tas med i vurderingen for å sikre de gjenværende arbeidstakerne og deres stillinger. Og for at virksomheten skal fungere er det behov for forskjellige arbeidstakere med forskjellige ferdigheter, dette innebærer både lang erfaring og ny kunnskap.

5.3.2 Hvilken betydning har kvalifikasjoner som utvelgelseskriterium?

Et annet kriterium det kan legges vekt på ved utvelgelsen av hvem som må gå er kvalifikasjoner.

Med kvalifikasjoner menes her både fysisk og psykisk skikkethet for stillingen samt egnethet.⁸¹

Når virksomheten har kommet i den situasjonen at den er nødt til å nedbemanne er det ofte viktig at de ansatte som blir igjen i virksomheten er kompetente, motiverte og dyktige. Det kan bli mer arbeid på disse, og de må ta mer ansvar siden det er færre å snu seg til.

På den ene side har dermed kvalifikasjoner stor betydning som utvelgelseskriterium. Virksomheten bør ha anledning til å si opp de minst og beholde de mest produktive arbeidstakerne. Det fremgår av Hilleslanddommen⁸² at en virksomhet kan stille krav om at såkalte ”nøkkelpersoner” – personer som er helt nødvendige for fortsatt drift, kan beholdes. Forutsetningen er at valget er gjort etter en saklig vurdering og etter et forsvarlig skjønn. Arbeidsgiver må begrunne hvorfor noen arbeidstakere ikke er kvalifiserte for visse stillinger. Krav til personlige egenskaper bør omformuleres til objektive kriterier. Den såkalte ”trynefaktor” er usaklig, og vil ofte bli gjennomskuet.

For arbeidsgiver har det stor betydning å ha arbeidstakere med god kompetanse og stor arbeidskapasitet. Kvalifikasjoner er derfor vanligvis det momentet arbeidsgiver ønsker å legge vekt på ved utvelgelsen av hvem som må gå.

⁸¹ Jfr. Fanebust (2001) s. 173.

⁸² Jfr. Rt. 1986 s. 879.

Personlig egnethet har vanligvis også stor betydning. Dette innebærer at det vil være saklig å legge vekt på forhold som fravær, punktlighet og samarbeidsevner, selv om disse forholdene ikke isolert sett gir grunnlag for en oppsigelse basert på arbeidstakers forhold. Dette gjelder imidlertid bare dersom det tidligere har vært tatt opp med arbeidstaker.

Virksomheten kan ha vokst fra å være liten til å bli stor, for eksempel var en kontorsjef kvalifisert da hun ble ansatt, men bedriften vokste og hun ble derfor ikke like kvalifisert som kontorsjef i den større virksomheten. Dette kan det være saklig å legge vekt på i en utvelgelsesprosess. Men samtidig kan det føre til spørsmålet om arbeidsgivers plikt til å tilby opplæring i stedet for å si opp vedkommende. Vi vil imidlertid ikke gå videre inn på dette spørsmålet her.

På den annen side kan det hende at kvalifikasjoner har mindre betydning i en utvelgelsesprosess enn andre momenter.

Av og til kan hensynet til kvalifikasjoner komme i strid med hensynet til ansiennitet og arbeidstakernes alder, ved for eksempel at de yngre medarbeiderne er mer produktive enn de eldre. Jo mer presset virksomheten er, desto mer saklig vil det være å beholde de mest kvalifiserte og produktive arbeidstakerne, på bekostning av andre arbeidstakere med lang ansiennitet, høy alder o.a.⁸³

Forarbeidene forutsetter at kvalifikasjoner kan få gjennomslag der de står i motsetning til ansiennitet.⁸⁴ Virksomheten må derfor i utgangspunktet gå fri dersom kvalifikasjonshensyn er lagt til grunn for valget.⁸⁵

Dette fremgår også av den tidligere nevnte Hilleslanddommen. Retten la til grunn at avvik fra ansiennitetsprinsippet kan skje etter en vurdering av ”...*arbeidstakernes kvalifikasjoner hensett til bedriftens behov...*”

Det ble også slått fast at det i vurderingen kunne tas ”...*hensyn til forskjeller i kvalifikasjoner, erfaring og anvendelighet generelt eller på spesielle felter, når det er tilstrekkelig begrunnet i bedriftens behov.*”

⁸³ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=234>.

⁸⁴ Jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76) s.18.

⁸⁵ Jfr. Fanebust (1997) s. 230.

Høyesterett gir her adgang til at relevante kvalifikasjonsforskjeller kan vektlegges fremfor ansiennitet dersom det er tilstrekkelig begrunnet i virksomhetens behov.

Etter dette har vi kommet til at kvalifikasjoner har stor betydning som utvelgelseskriterium. Det står imidlertid ofte i motsetning til ansiennitet, slik at det i en utvelgelsesprosess kan være vanskelig å legge like mye vekt på begge disse hensyn. Avhengig av faktum kan virksomheten gå fri for ansvar både dersom den velger kvalifikasjoner eller ansiennitet som avgjørende kriterium.

5.3.3 Hvilken betydning har alder som utvelgelseskriterium?

I en utvelgelsesprosess kan alder være et kriterium av betydning.

Dette behandles ofte i sammenheng med ansiennitet, men disse to kriteriene trenger ikke alltid å henge sammen. Høy alder er ikke alltid ensbetydende med lang ansiennitet, og omvendt. I Hilleslanddommen tar Førstvoterende opp alder som et eget moment av betydning i utvelgelsesprosessen. Vi velger derfor å ha dette med som eget punkt i vår avhandling.

På den ene side vil nok mange ledere kunne tenke seg å beholde de unge arbeidstakerne med mer kompetanse og arbeidskapasitet enn de eldre. Denne beslutningen kan i utgangspunktet være saklig. Begrunnelsen for oppsigelsen er da ikke alder i seg selv, men arbeidstakernes verdi for virksomheten. Er virksomheten presset økonomisk kan det være avgjørende at de unge, kvalifiserte med mye kapasitet blir igjen for å ”redde” restene av virksomheten.

På den annen side skal det tas særlig hensyn til eldre arbeidstakere, spesielt i kombinasjon med lang ansiennitet. Dette fremgår av Rt. 1967 s. 91. Dommen gjaldt oppsigelse etter arbeidervernlovens § 43. Erstatningskrav fra en 66 år gammel arbeidstaker med 41 års tjeneste ble ikke tatt til følge. Han var uten forsørgelsesbyrde, da hans hustru hadde relativt godt lønnet arbeid. Stillingen var blitt overflødig som følge av rasjonalisering. Førstvoterende uttalte der;

“på den annen side hadde bedriften plikt til også å ta hensyn til Giske. Jeg tviler etter det opplyste ikke på at bedriftens daglige ledelse og styret var klar over sitt spesielle ansvar overfor ham.”

Med eldre arbeidstakere menes ofte arbeidere som er i 50-årene og oppover. Disse har normalt vanskeligere for å få jobb enn de yngre og risikerer derfor å ende på sosialen etter at perioden for arbeidsledighetstrygden går ut.⁸⁶

Hensynet til eldre arbeidstakere bør gå foran bedriftens interesser dersom det er tale om en ren rasjonaliseringsoppsigelse. Men på den annen side er det klart at hensynet til én arbeidstaker bør vike dersom virksomhetens interesser er særlig pressende, og de resterende arbeidsplassene står på spill. Dette standpunkt ble lagt til grunn i den forannevnte Rt. 1967 s. 91. Der uttalte Førstvoterende at;

” jeg kan ikke se annet enn at selskapets beslutning om å oppsi Giske var resultatet av et forsvarlig skjønn fra dets side, der både hensynet til bedriften og Giske ble trukket inn i vurderingen. Det var etter min mening naturlig og rimelig at selskapet i dette tilfelle fant at bedriftens interesse måtte være avgjørende.”

Etter dette har vi kommet til at alder har liten betydning som utvelgelseskriterium, særlig i konkurranse med kvalifikasjoner.

Det skal tas hensyn til eldre arbeidstakere, men hensynet til virksomheten vil som regel gå foran. Arbeidsgiver kan vektlegge behov for å sikre en forsvarlig alderssammensetning på sikt. Dette innebærer at arbeidsgiver har mulighet til å si opp eldre arbeidstakere, slik at ikke mange av hans arbeidstakere går av med pensjon omtrent samtidig.

5.3.4 Hvilken betydning har sosiale forhold som utvelgelseskriterium?

I henhold til Hilleslanddommen og forarbeidene til arbeidsmiljøloven⁸⁷ burde sosiale forhold være et kriterium av betydning ved utvelgelsen av hvem som skal gå. I Hillesland-dommen uttaler førstvoterende at:

⁸⁶ Se <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=231>.

⁸⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 18.

“For så vidt gjelder sosiale eller menneskelige hensyn, hevder de ankende parter at disse hensyn ikke saklig kan trekkes inn ved bedriftens avgjørelse av hvem som skal sies opp når valget står mellom flere arbeidstakere.

Jeg kan ikke følge de ankende parter på dette punkt. Det er på det rene at i forholdet mellom bedriften og den enkelte arbeidstaker vil slike hensyn ha betydning ved vurderingen etter § 60 nr. 2 (nå gjeldende aml. § 15-7 (2), vårt tillegg) av hvilke ulemper som oppsigelsen påfører arbeidstakeren. Skal det bli sammenheng i rettsreglene, må det samme gjelde når man må velge ut til oppsigelse en eller noen blant flere arbeidstakere.”

Med sosiale forhold menes forsørgelsesbyrde, sykdom/yrkesskade, mobilitet, særlige gjeldsforhold samt alternative jobbmuligheter. Det skal tas særlig hensyn til arbeidstakere som har fått spesialtilpassede arbeidsbetingelser. Andre relevante hensyn kan for eksempel være at arbeidstaker er gravid, eller at arbeidstaker er innvandrere og vil ha særlige vanskeligheter med å få seg ny jobb på grunn av språkproblemer eller lignende.

På den ene side skal virksomheten ta hensyn til sosiale forhold ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp. En jobb har ofte stor betydning for folk, både på det økonomiske og sosiale plan. Forhold utenfor arbeidsplassen bør telle med i vurderingen av hvem som må gå, for at avgjørelsen skal anses rettferdig. En ansatt som jobber bare for å komme seg bort fra sin rike far for å drikke kaffe, bør sies opp før en enslig alenemor som er helt avhengig av inntekten sin for å klare seg. Tar virksomheten ikke hensyn til slike momenter vil oppsigelsen lett bli ansett som usaklig. Sosiale hensyn er tuftet på grunnleggende rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger, så ved å ta slike hensyn styrkes rimeligheten av avgjørelsen.

På den annen side er en avgjørelse basert på sosiale hensyn skjønnsmessig, og påvirkes dermed av arbeidsgivers subjektive meninger. Det kan også være vanskelig å bevise at en arbeidsgiver ikke har lagt vekt på sosiale forhold, med mindre situasjonen er åpenlys. På bakgrunn av dette er det viktig at det ved utvelgelsen av hvem som må gå foretas en helhetsvurdering der alle momenter tas med i vurderingen.

De fleste arbeidstakere er helt avhengige av lønnen sin for å leve omtrent som før. Og for noen av de som blir sagt opp kan det være ekstra vanskelig å finne seg ny jobb. Det kan for eksempel være eldre arbeidstakere, eller yngre aleneforsørgere med mindreårige barn. Også arbeidstakere med høyt sykefravær kan ha vanskeligheter med å finne seg ny jobb. Det er ikke det beste for virksomhetens økonomi å beholde de arbeidstakerne som er mye syke. Dersom det er nødvendig å nedbemanne vil virksomheten vanligvis ønske å si opp medarbeidere som har vært mye syke, og beholde arbeidstakere med lite sykefravær.

Dette kommer imidlertid i strid med arbeidsmiljølovens intensjon om å verne arbeidstakere som blir syke. Men går driften dårlig kan det være avgjørende for virksomheten å beholde de arbeidstakerne som vil bidra mest. I en utvelgelsesprosess kan det derfor være saklig å legge vekt på fremtidig sykefravær. Men det må nok ikke være tvil om at det sykefraværet som har vært, er av en slik art at det kan tenkes å komme igjen. Hvis arbeidstakeren er syk når oppsigelsen gis, gjelder særskilte regler som vi ikke går nærmere inn på her.⁸⁸

Etter dette har vi kommet til at sosiale forhold har forholdsvis stor betydning som utvelgelseskriterium. Arbeidsgiver skal ta hensyn til forhold utenfor arbeidsplassen når han velger hvem som skal sies opp.

Går virksomheten dårlig økonomisk kan det imidlertid være saklig å legge større vekt på de gjenværende medarbeidernes evne til å arbeide produktivt enn på sosiale forhold.⁸⁹

⁸⁸ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=232>.

⁸⁹ Jfr. <http://www.oppsigelse.no/visartikkel.asp?art=232>.

6 Fremgangsmåten ved nedbemanningsprosessen

6.1 Innledning

Selve nedbemanningsprosessen bør foretas grundig og med fokus på å ivareta de berørte arbeidstakeres interesser.

Arbeidstakeren bør bli tatt på alvor, behandles med respekt og ikke sitte igjen med en følelse av å ha blitt overkjørt av arbeidsgiver i nedbemanningsprosessen.

Det forutsettes, men det er ikke lovbestemt, at det første en arbeidsgiver bør gjøre ved nedbemanningsprosessen er å innkalle til allmøte.⁹⁰ Hensynet til et forsvarlig arbeidsmiljø tilsier også at de ansatte bør opplyses så tidlig som mulig om de nedbemanningstiltak som skal iverksettes.

Allmøtet bør innholde bakgrunnen for og gjennomføringen av nedbemanningsprosessen, slik som blant annet tidsplan og utvelgelseskriterier.⁹¹ Dette fører til at det vil bli lettere for arbeidstaker å forberede seg på det som skal skje.

Reelle hensyn kan tale for at tidspresset ikke må bli for stramt siden dette kan gå utover grundigheten av avgjørelsen. På den annen side bør heller ikke prosessen strekke seg unødvendig ut i tid. Arbeidstakerne som er berørte bør få avklaring av egen situasjon så tidlig som mulig.

Vi vil i det følgende se på hva slags oppsigelsesvern og rettigheter arbeidstaker har igjennom nedbemanningsprosessen. I dette ligger blant annet drøftelsesplikten, de formelle krav, retten til å fortsette i stillingen, og de særlige regler ved tvist om usaklig oppsigelse. Disse kan sees på som en del av de prosessuelle og formelle reglene, og som nevnt bidrar disse til etterlevelse av de materielle reglene som til nå er behandlet.

6.2 Hvilket oppsigelsesvern gir drøftningsplikten?

I henhold til aml. § 15-1 skal oppsigelse av arbeidstakere *”så langt det er mulig drøftes med arbeidstakeren og hans tillitsvalgte, med mindre arbeidstakeren selv ikke ønsker dette.”*

⁹⁰ Se Fougner (2003) s. 258.

⁹¹ Se Fougner (2003) s. 258.

Bestemmelser om drøftningsplikt kan også være tariffavtalt, for eksempel Hovedavtalen LO-NHO (2010-2013) § 10-2 og § 9-3. Hovedavtalen har lenge hatt regler om plikt til å foreta drøftelser, og drøftningsregelen etter aml. § 15-7 er vedtatt etter mønsteret i Hovedavtalen.⁹² Bestemmelsen om drøftningsplikten ble ikke lovfastsatt før gjennom lov om endringer i lov av 4 feb. 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.⁹³ Tilsvarende eller lignende bestemmelser finnes også i andre avtaler i arbeidslivet.⁹⁴ Bestemmelsen i aml. § 15-1 kan i utgangspunktet ses på som en plikt som påhviler arbeidsgiver i det den uttaler at det ”skal” drøftes. Ut ifra ordlyden kan bestemmelsen forstås slik at drøftelser ikke trenger å finne sted så lenge arbeidstaker ”ikke ønsker dette”. Bestemmelsen oppstiller således et valg for arbeidstaker. Men samtidig må man kunne si at bestemmelsen er laget av hensyn til arbeidstaker, slik at de fleste arbeidstakere vil nok innlede drøftelser. Man må også kunne kreve litt medvirkning av arbeidstaker i en nedbemanningsprosess, og kravet til medvirkning kan generelt sies å være større jo mer inngripende beslutningen er.⁹⁵

At det er arbeidstaker det skal drøftes med tilsier at man kan kalle det en individuell drøftelsesplikt.

Slik bestemmelsen er formulert har arbeidstaker anledning til å ta med tillitsvalgte.

*”Med tillitsvalgte menes representanter for arbeidstakerne, enten de er valgt i henhold til tariffavtale, lov eller på annen måte, for å ivareta arbeidstakernes interesser.”*⁹⁶

At det er tillitsvalgte som skal være med skal ikke tolkes strengt. Arbeidstaker bør normalt gis anledning til å møte med rådgiver etter eget valg, for eksempel en advokat.⁹⁷ Det er ikke sikkert at det er en tillitsvalgt som kjenner arbeidstaker best, derfor kan det være lettere for en personlig advokat å tale arbeidstaker sin sak. Ulempen med private rådgivere er at det kan bli kostbart, og utgiftene dekkes ikke av arbeidsgiver. Tillitsvalgte har du som følge av å være ansatt i virksomheten, og disse er derfor kostnadsfrie.

⁹² Se Fougner (2007) s. 275 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182.

⁹³ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994).

⁹⁴ Se for eksempel tjml. § 18.

⁹⁵ Se Fougner (2007) s. 171.

⁹⁶ Jfr. Fougner (2003) s. 238.

⁹⁷ Se Fougner og Holo (2008) s. 741.

De individuelle drøftelsene bør av hensyn til arbeidstaker avholdes relativt raskt etter at det er avholdt allmøte. Går det for lang tid etter at arbeidstakerne er blitt informert om at det skal foretas nedbemanninger, vil dette kunne skape en unødig usikkerhet for arbeidstaker. Samtidig taler de samme hensyn for at arbeidstaker bør ha noe tid til å forbrede seg.

Det er ikke i bestemmelsen om drøftningsplikten sagt noe om hvordan drøftningen skal foregå, men det forutsettes at drøftningen skal foregå i møte. Uten et personlig møte mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er det vanskelig å oppfylle drøftningsregelen. Dette vil da si at et telefonmøte normalt ikke vil være tilfredsstillende, men det kan tenkes unntak hvor for eksempel reiseavstanden er stor.⁹⁸ At møtet blir kalt drøftningsmøte er ikke avgjørende.⁹⁹

Selve formålet med drøftelsesmøte er at arbeidstakeren skal få fremmet sine synspunkter, og forhold han mener skal tillegges vekt.¹⁰⁰ Dette taler for at drøftningsmøtet må skje forut for oppsigelsen. Det er også uttalt i forarbeidene at formålet med drøftningene er at arbeidsgiver skal kunne foreta de nødvendige vurderinger i forhold til saklighetskravet, og i denne sammenheng blir det videre uttalt at:

”Etter § 60 nr 2 har en arbeidsgiver plikt til å vurdere omplassering og å foreta en interesseavveining mellom virksomhetens behov og arbeidstakers ulemper under saklighetsvurderingen av en oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Disse vurderingene kan vanskelig foretas uten i samarbeid med arbeidstaker.”¹⁰¹

Hva som skal forstås med drøftning sa bestemmelsen tidligere lite om. Aml § 8-2 spesielt tredje ledd kunne her gi veiledning. Men nylig fikk aml § 15-1 gjennom endringslov 19. juni 2009 nr. 39 tilføyd et annet punktum som er en presisering av

⁹⁸ Se Fougner og Holo (2008) s. 740.

⁹⁹ Jfr. Rt. 2000 s. 1800.

¹⁰⁰ Se Pettersen (2006) s. 199.

¹⁰¹ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182.

gjeldende rett. Etter dette skal grunnlaget for oppsigelsen, utvelgelsen av hvem som er overtallige, og hvem som skal sies opp under en nedbemanningsprosess drøftes. Det som isolert sett kan sies om dette er at både behovet, alternative tiltak og virkningene av oppsigelsen bør drøftes. I følge departementet var en slik presisering nødvendig for at aml. § 15-1 skulle fylle sin hensikt. En arbeidstaker som skal tale sin sak er avhengig av at arbeidsgiver legger frem hvilke vurderinger og fakta som legges til grunn ved utvelgelsen. Angående kriteriene som legges til grunn, hvordan disse er anvendt for drøftingsmotparten og resultatet av utvelgelsesprosessen presiserer departementet at: *"Det er imidlertid ikke meningen at bruken av kriteriene for utvelgelse skal kobles til andre arbeidstakere på en slik måte at personlige opplysninger om disse fremkommer. Etter omstendighetene vil det eksempelvis være legalt å ta sosiale hensyn i utvelgelsesprosessen. I drøftingsmøte etter § 15-1 skal det således ikke redegjøres for konkrete opplysninger om for eksempel sykdom, familieforhold, gjeldssituasjon osv. som det eventuelt måtte være lagt vekt på ved utvelgelsen i forhold til andre arbeidstakere."*¹⁰²

I arbeidsretten skilles det mellom hva som skal forstås med forhandlinger, og hva som skal forstås med drøftninger.¹⁰³ Forhandlinger skal i utgangspunktet lede frem til en avtale mellom partene. Ved drøftninger skal det gis anledning til å uttale seg før det er arbeidsgiveren som til slutt treffer sin beslutning.¹⁰⁴ Dette innebærer at det skal foretas en reell drøftelse hvor arbeidsgiver må være åpen for diskusjon om andre muligheter enn oppsigelse. Innholder drøftelsesmøtet bare vilkår for fratreden vil den ikke oppfylle lovens krav.¹⁰⁵

Bestemmelsen om drøftningsplikten oppstiller et forbehold i det at den ikke går lengre enn det som er *"praktisk mulig"*. I henhold til forarbeidene må dette tolkes strengt, og det blir i denne sammenheng uttalt at:

¹⁰² Jfr. Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 79.

¹⁰³ Om forhandlinger se aml. § 17-3 og punkt 6.4.

¹⁰⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 12.

¹⁰⁵ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

”Det vil først og fremst gjelde situasjoner der drøftinger ikke oppnås på grunn av forhold på arbeidstakers side. Det kan f.eks. være at arbeidstaker ikke møter til drøfting fordi vedkommende ikke ønsker det, eller fordi arbeidsgiver ikke oppnår kontakt ved henvendelse til oppgitt adresse og arbeidstaker uteblir fra arbeid.”¹⁰⁶

At arbeidsgiver ikke har hatt anledning til å gjennomføre drøftningsmøte på grunn av egne praktiske vanskeligheter vil sjelden kunne godtas.

Regelen om drøftelsesplikt skal også gjelde ved masseoppsigelser, jfr. aml § 15-2.

Bestemmelsen gjennomfører EFs Rådsdirektiv 75/129/EØF, heretter Direktivet.

Bestemmelsene i aml. ble tilføyet ved lov av 27. november 1992 nr. 15, og trådte i kraft samtidig som EØS-avtalen, dvs. 1. januar 1994. Rettspraksis fra EF-retten vil derfor kunne være relevant ved tolkingen av bestemmelsen.

Formålet med direktivet er å styrke arbeidstakers vern ved oppsigelse av flere arbeidstakere. Dette skal bli ivarettatt ved at arbeidsgiver skal drøfte planlagte oppsigelser med arbeidstakers tillitsvalgte. Gjennom møtet skal det forsøkes å komme frem til en avtale om å unngå oppsigelser. Hvis dette ikke er mulig skal man søke å redusere antall oppsagte og lette følgene av oppsigelsene.¹⁰⁷

Virkeområdet for den norske regelen går noe lengre enn Direktivet, men det er ikke meningen å gi strengere krav.

I henhold til forarbeidene til aml. § 15-2 er det viktig med en grei og oversiktlig regel som bestemmer når det skal igangsettes drøftninger med de ansattes tillitsvalgte.¹⁰⁸

I henhold til forarbeidene vil aml. §§ 15-1 og 15-2 utfylle hverandre. Departementet belyser at kravet om individuelle drøftninger etter aml § 15-1 vil komme inn etter at spørsmålet om behovet og omfanget av oppsigelser er drøftet med tillitsvalgte etter § 15-2, men drøftningen vil kunne bli noe forskjellig ettersom hva som er grunnlaget for oppsigelsen, blant annet om det er snakk om masseoppsigelser eller ikke. Videre sier forarbeidende at:

”Drøftinger med tillitsvalgte på arbeidsplassen kan ikke sidestilles med drøftinger med den enkelte arbeidstaker. Ved en masseoppsigelsessituasjon skal arbeidsgiver drøfte

¹⁰⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

¹⁰⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 10.

¹⁰⁸ Se Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) s. 11.

med tillitsvalgte blant annet nødvendigheten av oppsigelser, hvordan oppsigelsene skal gjennomføres og kriterier for utvelgelse av arbeidstakere. Arbeidsgiver skal selv vurdere de enkelte arbeidstakerne. Dette kan ikke overlates til tillitsvalgtapparatet."¹⁰⁹

For virksomheter som ikke har tillitsvalgte for de ansatte, kan det være usikkert om det gjelder en drøftelsesplikt og hvordan man i så fall kan oppfylle plikten etter aml § 15-2. Verken Direktivet eller bestemmelsen løser dette, og dermed oppstår spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver har en plikt til å sørge for at det velges tillitsvalgte.

EF-domstolen synes i en sak å ha lagt til grunn at medlemsstatene er forpliktet til å sørge for at det i henhold til interne regler faktisk finnes representanter for de ansatte som kan ivareta deres interesser ved masseoppsigelser.¹¹⁰

Men selv om det ikke finnes tillitsvalgte for de ansatte fritar dette neppe arbeidsgiver fra plikten til å innlede drøftelser i samsvar med aml. § 15-2 (2). Har ikke arbeidstaker valgte representanter skal arbeidsgiver innlede drøftelser med den enkelte arbeidstaker.

¹¹¹

Det kan være snakk om situasjoner med store masseoppsigelser hvor gjennomføring av drøftninger vil bli vanskelig. Hvorvidt dette er tilfellet må i følge forarbeidene vurderes helt konkret, og selv om en masseoppsigelse er drøftet med tillitsvalgte er ikke dette grunn til å fritar arbeidsgiver fra kravet om individuelle drøftelser. I alle fall vil dette gjelde så lenge hensynene bak drøftningsregelen ikke blir ivaretatt på annen måte, for eksempel gjennom allmøter eller skriftlig informasjon. Forarbeidene åpner imidlertid for unntak fra individuelle drøftelser i "*større masseoppsigelser hvor slike drøftninger ikke er praktisk mulig å gjennomføre.*"¹¹² Selv om hensynet til arbeidstakers mulighet for å få fremmet sin sak blir tilsidesatt, kan man se at det kan bli umulig, og et for strengt krav å stille for arbeidsgiver, å inngå drøftelser med hver enkelt arbeidstaker dersom det er snakk om veldig mange.

¹⁰⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

¹¹⁰ Jfr. dom 8 juni 1994 sak C-383/92.

¹¹¹ Jfr. aml. § 15-1.

¹¹² Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

Ved masseoppsigelser plikter også arbeidsgiver å sende kopi av meldingen om masseoppsigelser til arbeids –og velferdsetaten (NAV), og virksomhetens tillitsvalgte har rett til å kommentere meldingen direkte for NAV.¹¹³ I tillegg plikter bedrifter med 30 eller flere ansatte som skal si opp eller vurderer å si opp mer en 90 % av de ansatte å melde fra om dette til fylkeskommunen.¹¹⁴

Hva blir virkningen av at drøftelsesmøte ikke er holdt?

En bestemmelse som § 15-1 og § 15-2 bør ha rettsvirkninger hvis den blir tilsidesatt. Har den ikke det kan vernet den skal gi arbeidstaker bli illusorisk. Hvis arbeidsgiver er klar over at unnlatt drøftning vil få rettslige konsekvenser bidrar det til at han vil jobbe for å oppfylle sin plikt.

Det følger imidlertid av forarbeidene at drøftningsregelen skal regnes som en *”ordensforskrift.”* Dersom det ikke er foretatt drøftninger kan dette være et moment i vurderingen av om det er foretatt en usaklig oppsigelse.¹¹⁵

I rettspraksis er det i flere tilfeller lagt vekt på denne saksbehandlingen. Rettspraksis indikerer at unnlatt drøftning vil kunne føre til ugyldighet, men det må vurderes om en slik mangel ved saksbehandlingen har hatt betydning for beslutningen om oppsigelse.¹¹⁶

Høyesterett har uttalt at bare der det er nokså klart at feilen ikke kan ha betydning, kan den ses bort fra. I en sak uttalte Høyesterett følgende om saksbehandlingen;

”det var etter min mening en feil at Haugerud ikke fikk anledning til å forklare seg for ansettelsesmyndigheten, byingeniøren, før avskjed ble besluttet. Det dagjeldende reglementet hadde riktignok ingen bestemmelser om retten til å uttale seg. Men jeg mener, som byretten, at det er et alminnelig rettsprinsipp at den ansatte skal ha rett til å uttale seg før vedtak om avskjed blir truffet.”

Videre uttales det:

”Jeg kan imidlertid ikke anta at disse etter min mening i og for seg alvorlige saksbehandlingsfeil har hatt betydning for avskjedsvedtaket.”¹¹⁷

Unnlattelse av drøftning kan også få betydning for størrelsen på erstatningen.¹¹⁸

¹¹³ Jfr. arbeidsmarkedsloven § 8.

¹¹⁴ Jfr. omstillingslova § 3, se også §§ 1 og 2.

¹¹⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183.

¹¹⁶ Jfr. blant annet Rt. 1996 s. 1401, Rt. 1996 s.393, og Rt. 2003 s. 1071.

¹¹⁷ Jfr. Rt. 1971 s. 310.

I en annen dom fra Høyesterett erkjente arbeidsgiver at det ikke var holdt formelle drøftningsmøter, men Høyesterett så bort fra feilen og uttalte om dette at;

”i vurderingen legger jeg for det første vekt på at oppsigelsen 21 august 1998 kom etter adskillige forvarsler til A om at bankens innstilling var at bostedsvilkåret måtte oppfylles. Av det jeg har redegjort for innledningsvis, går det frem at etter flere uformelle samtaler mellom avdelingsbanksjef B og A i løpet av våren 1998, ble A innkalt til et møte der han ble bedt om å gi en skriftlig forklaring.” A svarte i brev at han ikke ønsket å flytte, og banken holdt da et møte med ham. Det ble lagt til grunn at dette møtet viste klart fra bankens side at det gikk mot avvikling av arbeidsforholdet. De ser at det kunne tenkes at A ikke var underforstått med dette, men Høyesterett mener at hvis han hadde reflektert over mulige konsekvenser av at han ikke ville flytte kunne oppsigelse bli en mulighet.¹¹⁹

Avgjørelsen i Rt. 2000 s. 1800 synes å bygge på at feil ved saksbehandlingen i noen utstrekning vil kunne repareres i etterkant av oppsigelsen, men dette tilfellet var spesielt siden det var gjennomført flere uformelle samtaler og møter i forkant.

I en dom fra lagmannsretten ble en oppsigelse ansett som saklig selv om det ikke kunne anses at drøftelsesmøte var blitt holdt. Vi bemerker at det i denne saken ikke var direkte snakk om nedbemanning, men synspunktene rundt drøftelsesplikten vil allikevel være relevante. Arbeidstakeren ble her innkalt til møte pr. telefon. Hun fikk ikke vite hva møtet gjaldt, eller mulighet til å innhente tillitsvalgte. Det blir uttalt at § 57, nå gjeldende aml. § 15 -1, ikke stiller noe krav om forhåndsvarsling til drøftningsmøter. Lagmannsretten viser her til kommentarutgaven av Fougner, Holo og Friberg hvor det blir sagt at:

”Forsvarlig saksbehandling forutsetter imidlertid at arbeidstakeren i praksis gis en rimelig frist til å forberede seg til drøftingsmøtet. Det er ikke i tråd med de forutsetninger som forarbeidene bygger på, å kalle inn til drøftingsmøte med noen timers varsel.”

¹¹⁸ Se f. eks. Rt. 2001 s. 1253.

¹¹⁹ Jfr. Rt. 2000 s. 1800.

Lagmannsretten fant at kravet til drøftningsmøte ikke var oppfylt, men de kom allikevel til at det ikke kunne medføre at oppsigelsen skulle anses usaklig. I sin begrunnelse henviser de blant annet til Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 183 som sier at:

”Unnlatelse av å drøfte vil ikke medføre at oppsigelsen er ugyldig. Betydningen må vurderes i hvert enkelt tilfelle. En slik mangel ved saksbehandlingen vil være ett av flere momenter ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet.”¹²⁰

I en annen dom fra lagmannsretten ble utfallet at den unnlatte drøftningen var med på å avgjøre at oppsigelsen ikke kunne anses å være saklig. Om drøftelsesmøtet ble det uttalt at;

”hensikten med drøftelse på forhånd er at den skal sikre at en beslutning om oppsigelse treffes etter grundige overveielser og sikre størst mulig ryddighet knyttet til selve oppsigelsessituasjonen.”

Lagmannsretten la også fram at loven ikke stiller opp noen formelle krav til møtet eller innkallingen, men det forutsettes at det må gis en rimelig frist hvis man skal ha mulighet til å forbrede seg. Det blir også fremhevet at;

”En etterfølgende drøftelse kan i en viss utstrekning avhjelpe den feil som er begått dersom drøftingsmøte ikke er avholdt på forhånd”.

I denne saken var det ikke innkalt til noe drøftelsesmøte før oppsigelsen fant sted.

Lagmannsretten sier at dette ikke i seg selv kan være avgjørende for om oppsigelsen er saklig, men det kommer inn som et moment i en helhetsvurdering.¹²¹

Det uttales i arbeidsrettslig teori at: *”Forarbeidenes understrekning av betydningen av drøftningsplikten sammenholdt med domstolenes vektlegging av innholdet av drøftningene ved saklighetsvurderingen, gjør at det neppe er treffende å kalle regelen en ordreforskrift.”*¹²² Dette er nok noe vi kan si oss enige i, hvis den bare skulle være en ordreforskrift ville den lite trolig hatt de konsekvensene som rettspraksis har tatt opp. Unnlatelse av å gjennomføre drøftelser vil normalt medføre at arbeidsgiver ikke vil få medhold i en begjæring om fratredelse under sakens behandling etter bestemmelsen i § 15-11 (2).

¹²⁰ Jfr. LB 2005 -182268.

¹²¹ Jfr. LE 2006 -81132.

¹²² Se Fougner og Holo (2008) s. 741.

Ved brudd på drøftelsesplikten kan det også bli snakk om straffeansvar for innehaveren av virksomheten. Sanksjonene er bøter eller fengsel, eller begge deler, jfr. aml. § 19-1. I henhold til siste ledd gjelder bestemmelsene i § 19-1 ikke reglene i kapittel 14 og 15 om oppsigelsesvern. Men siden aml. §§ 15-1 og 15-2 er en bestemmelse om saksbehandling og ikke selve oppsigelsesvernet, kan straffansvar komme på tale. Dette fremgår også av aml. § 15-12 som redegjør for virkningene av usaklig oppsigelse. Den slår fast at § 15-12 bare gjelder for §§ 15-6 til 15-10. Rettspraksis viser imidlertid at straffansvar så godt som aldri kommer til anvendelse. Det synes vi er forståelig siden straff vil være en hard reaksjon for ikke og ha avholdt drøftningsmøte.

Er tilfellet at drøftning blir gjennomført kan arbeidsgiver treffe sin beslutning. Innholdet i beslutningen og virkningen skal arbeidstakerne da informeres om.¹²³

Drøftningsplikten bidrar i utgangpunktet til å forsterke vernet til arbeidstaker i en oppsigelsessituasjon. Han får en mulighet til å bli hørt og fremme sine synspunkter, noe som kan ses på som rimelig.

Men det er et problem som viser seg gjennom praksis at beslutninger reelt sett er truffet før arbeidstaker blir innkalt til møte. Påbudet i loven vil da være tilsidesatt.

Selve innholdet i drøftningene vil kunne indikere om lovens vilkår er oppfylt. Har ikke møtet noe reelt innhold, kan dette tyde på at beslutningen er tatt på forhånd, og saksbehandlingsregelen vil da være tilsidesatt.¹²⁴

6.3 Hvilket oppsigelsesvern gir formkravene?

For å effektivisere bestemmelsen om oppsigelsesvern er det gitt generelle regler om formkrav for en oppsigelse i aml. § 15-4. Formålet med bestemmelsen er for det første å sikre at beslutningen om oppsigelse treffes etter grundige overveielser. For en arbeidstaker er oppsigelse en alvorlig beslutning som vil kunne ramme arbeidstaker hardt. For det andre skal regelen sikre ryddighet omkring selve oppsigelsessituasjonen. Arbeidstaker skal gis all informasjon som er nødvendig for å ivareta sine interesser. I

¹²³ Se Fougner (2007) s. 282.

¹²⁴ Se Fougner og Holo (2006) s. 738.

tilegg til dette skal den i følge forarbeidene gi domstolene et hensiktsmessig utgangspunkt for en eventuell etterprøving og kontroll med oppsigelsen.¹²⁵

I henhold til bestemmelsens første ledd skal oppsigelsen skje ”skriftlig”. Bakgrunnen for at det kreves skriftlighet er at man anser oppsigelse av en arbeidstaker som en viktig sak, både i forhold til arbeidstaker selv og arbeidsgiver.¹²⁶ Det kan ses på som rimelig at det stilles et slikt formelt krav. Seriositeten ved en oppsigelsen blir dermed understreket, noe den ikke ville blitt på samme måte dersom arbeidstaker fikk oppsigelsen for eksempel igjennom en telefonsamtale. Det vil også bli lettere for arbeidstaker å sette seg inn i oppsigelsen siden den står ”svart på hvitt”.

I følge forarbeidene er skriftlighetskravet absolutt for arbeidsgiver, men ikke for arbeidstaker. Det er lagt til grunn at bestemmelsen må regnes som en ordensbestemmelse for arbeidstaker.¹²⁷ Oppsigelsen skal leveres til arbeidstakeren ”personlig” eller sendes i ”rekommandert brev”, jfr. § 15-4 (2). Påbudet er gitt for å sikre at oppsigelsen kommer i riktige hender.¹²⁸ Dette kan ses på som både av hensyn til arbeidsgiver og av hensyn til arbeidstaker. Arbeidsgiver kan være trygg på at oppsigelsen har kommet frem, og at det er riktig arbeidstaker som får sin oppsigelse. Siden en oppsigelse har en så grunnleggende betydning for hele arbeidsforholdet kan det være tvilsomt at den kan skje per e-post eller sms. Dette er en for uformell og lettvin måte og foreta oppsigelser på.

Men på en annen side må det tas i betraktning at det foregår en rivende utvikling på det tekniske plan når det gjelder elektronisk kommunikasjon, som blir stadig mer utbredt. Dette er forhold som må tillegges betydning når det gjelder rettsoppfatningen, og dermed rettsutviklingen på dette området.¹²⁹ Slik samfunnet er i dag foregår mye av det formelle over e-post. Etter vår mening burde kanskje e-post være et godtatt middel. Forarbeidene påpeker imidlertid at overleveringskravet ”må sees på som en ordensregel”. Samtidig uttaler de at arbeidsgiveren må ha bevisbyrden for at oppsigelsen har kommet frem til arbeidstakeren hvis den skjer på en annen måte.¹³⁰

¹²⁵ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 764 og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 185.

¹²⁶ Se Pettersen (2006) s. 205.

¹²⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 69.

¹²⁸ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 767.

¹²⁹ Se Jakhelln (2007) s. 418.

¹³⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 69.

En oppsigelse anses å ha funnet sted når den er "*kommet fram*" til arbeidstakeren, jfr. § 15-4 (2) annet punktum. Dette er i samsvar med hva som gjelder som hovedregel innenfor avtaleretten¹³¹ Men hva ligger i begrepet "*kommet fram*"?

Man kan si at når oppsigelsen er nådd så langt at man etter livets alminnelige regel kan regne med at arbeidstakeren umiddelbart vil kunne gjøre seg kjent med innholdet, har den kommet fram.¹³² Dette vil da si når oppsigelsen er lagt i hans postkasse. Dette virker naturlig, hvis man for eksempel var redd for å få oppsigelsen nyttårsaften kunne man jo bare latt være å åpne postkassen.

Er oppsigelsen sendt rekommandert må arbeidstaker hatt rimelig tid til å hente postsendingen.¹³³ Så lenge oppsigelsen ikke har kommet til mottakerens kunnskap vil den kunne trekkes tilbake, såfremt tilbakekallelsen er kommet frem til mottakeren før han har fått kunnskap om oppsigelsen.¹³⁴ Dette vil si at dersom arbeidstakeren ikke har lest oppsigelsen, kan arbeidsgiveren trekke den tilbake.

Fastsettelsen av når en oppsigelse anses å ha funnet sted er relevant ved bedømmelsen av når oppsigelsesfristen begynner å løpe etter aml. § 15-3, jfr. § 15-3 (4). I henhold til bestemmelsen løper oppsigelsesfristen "*fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted.*" Som utgangspunkt gjelder en oppsigelsesfrist på en måned, men annet kan være tariffavtalt eller skriftlig avtalt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, jfr. § 15-3 (1). Det er vanlig i arbeidslivet å avtale en tre måneders oppsigelsesfrist.¹³⁵ Oppsigelsesfrister vil kunne ivareta arbeidstakers interesser. Arbeidstaker får da tid til å områ seg med arbeidsgivers oppsigelse. Han kan også få mulighet til å få seg ny jobb før oppsigelsesfristen er ute, slik at han slipper å sitte uten inntekt i en periode.

Hvilke opplysninger oppsigelsen skal inneholde er fastsatt i § 15-4 (2) tredje punktum bokstav a, b, c, og d. Det er blant annet retten til å kreve forhandlinger, reise søksmål,

¹³¹ Jfr. avtl. § 3.

¹³² Jfr. Selvig ved Hagstrøm (2004) s. 230.

¹³³ Jfr. Fanebust (2001) s. 293.

¹³⁴ Jfr. avtl. § 7, se også avtl. § 36.

¹³⁵ Se aml. § 1-9.

retten til å fortsette i stillingen, og de gjeldende frister.¹³⁶ I tillegg skal den innholde opplysninger om fortrinnsretten etter aml. § 14-2, og hvem som er ”arbeidsgiver og rett saksøkt i en eventuell tvist” så lenge oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold, jfr. § 15-4 (2) fjerde punktum. Arbeidstaker har som regel fått oppgitt i arbeidskontrakten hvem som er arbeidsgiver, men dette kan ha forandret seg over tid. Det er viktig for arbeidstaker å vite hvem han skal henvende seg til ved forhandlinger og et eventuelt søksmål.¹³⁷

Arbeidstaker kan også kreve at oppsigelsen skal innholde en begrunnelse, jfr. § 15-4 (3). En begrunnelse kan virke naturlig så lenge arbeidstaker vurderer om han vil prøve saklighetsvurderingen for domstolene.

Det vil være lite hensiktsmessig med lovfastsatte formelle krav hvis overtredelsen av disse ikke vil få noen konsekvenser.

Er tilfellet at det ved en oppsigelse har funnet sted formfeil, og arbeidstakeren går til søksmål innen 4 måneder etter oppsigelsen, skal oppsigelsen kjennes ugyldig, jfr. aml. § 15-5 (1). Lovlig oppsigelse vil da ikke anses å ha funnet sted, og arbeidsforholdet fortsetter som vanlig.¹³⁸ Dette vil da si at den prosessuelle feilen tilsidesetter en beslutning som materielt sett kan være berettiget. Vil arbeidsgiver fortsatt si opp arbeidstakeren må ny oppsigelse i riktig form gis.

Regelen om ugyldighet er i utgangspunktet absolutt, men i § 15-5 (1) siste setning er det inntatt en reservasjon dersom ”særlige omstendigheter gjør dette urimelig”. Bli oppsigelsen kjent ugyldig kan arbeidstakeren kreve erstatning etter aml. § 15-5 (2).¹³⁹

6.4 Hva innebærer retten til å fortsette i stillingen for arbeidstakeren?

Hovedregelen er at mens det foregår tvist om et arbeidsforhold er lovlig brakt til opphør ”kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3,” jfr. aml. § 15-11 (1).¹⁴⁰

¹³⁶ Om selve retten til og kreve forhandlinger se punkt. 6.4, de materielle reglene om retten til å stå i stillingen se punkt. 6.3, og nærmere om søksmålsfristene se punkt. 6.4.

¹³⁷ Se Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 190.

¹³⁸ Se Fougner og Holo (2008) s. 770.

¹³⁹ Om ugyldighet og erstatning se nærmere punkt. 7.

Retten til å fortsette i stillingen kan ses på som en saksbehandlingsregel under saken.

Vi bemerker at dette er en rettighet arbeidstaker har, men ingen plikt, jfr. ”kan”.

Det er ikke sikkert at alle arbeidstakere ønsker å fortsette i stillingen under tvisten.

Dette kan det være ulike grunner til, men en grunn kan være at det er ubehagelig for arbeidstaker å være i en stilling han egentlig er sagt opp fra.

I henhold til aml. § 15-11 (2) er retten betinget av at søksmål reises etter de frister som fremgår av aml. § 17-4.¹⁴¹ For at arbeidstaker skal kunne fortsette i stillingen forutsettes det at arbeidstaker nedlegger påstand om at oppsigelsen skal kjennes ugyldig. Reises det bare søksmål med krav om erstatning, gjelder ikke retten til å fortsette i stillingen.¹⁴²

Betinget av at søksmål er reist vil det eneste arbeidstaker trenger å gjøre for å sikre seg retten til å fortsette i stillingen, være å møte opp på jobb.¹⁴³

Bestemmelsen i § 15-11 sier ingen ting om hva selve retten til å fortsette i stillingen innebærer. Men ut ifra ordlyden ”retten til å stå i stillingen” indikerer dette at arbeidsforholdet med de vanlige arbeidsoppgavene skal fortsette som før, slik at partenes gjensidige rettigheter og plikter består. Arbeidsgiver har ikke i denne perioden adgang til å frata arbeidstaker tilgang til arbeidsstedet, eller til å utføre sitt arbeid.¹⁴⁴

Retten til å fortsette i stillingen gjelder i utgangspunktet for alle arbeidstakere, også for ledere, men det skal mindre til for at en leder må fratrukke enn en underordnet ansatt.

Departementet har videre lagt til grunn at;

*”retten til å fortsette i stillingen kan være upraktisk å gjennomføre ved oppsigelse av øverste leder i virksomheten. I de tilfeller denne kategorien oppsigelsessak har vært behandlet for domstolene, har retten anerkjent at det må stilles særlige krav til ledere.”*¹⁴⁵

¹⁴⁰ Nærmere om forhandlinger se punkt 6.1.

¹⁴¹ Nærmere om søksmålsfrister se punkt 6.1.

¹⁴² Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 236.

¹⁴³ Se Fougner og Holo (2008) s. 824.

¹⁴⁴ Se Fougner og Holo (2008) s. 823.

¹⁴⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 239.

Det som til nå er sagt kan indikere at dersom arbeidstaker gjør det som kreves etter bestemmelsen kan han fortsette i stillingen. Men innebærer retten til å stå i stillingen begrensninger?

Etter krav fra arbeidsgiver kan retten bestemme at arbeidstaker ikke skal kunne fortsette i stillingen hvis retten finner det ”*urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling,*” jfr. § 15-11 (2) annet punktum. Retten til å fortsette i stillingen er dermed ikke absolutt.

Arbeidsgiver må altså fremsette krav om fratred, og det skal være opp til domstolene om fratreden skal anses å være berettiget.

Bestemmelsen indikerer at det skal foretas en urimelighetsvurdering, men den gir ingen veiledning på hvilke hensyn som er relevante eller hvilken vekt de ulike hensynene skal ha ved vurderingen.

Når vil det være ”urimelig” at arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling?

Momenter og retningslinjer fra forarbeidene og rettspraksis vil her være til hjelp.

Forarbeidene belyser at hovedregelen skal være at arbeidstaker blir stående i stillingen, og gir dermed uttrykk for en streng ugyldighetsnorm, jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75. Forarbeidene har allikevel understreket at retten må kunne ta hensyn til vektige innvendinger fra arbeidsgivers side.¹⁴⁶

Videre sier forarbeidene at generelt ved urimelighetsvurderingen må domstolene foreta en konkret urimelighetsvurdering, noe som er i tråd med rettstilstanden i dag og utviklingen i praksis. I vurderingen skal en rekke relevante hensyn tas opp, deriblant arbeidstakers og arbeidsgivers forhold. Departementet legger til grunn at flere momenter vil være aktuelle å vektlegge, og at det må foretas en samlet vurdering av disse. De mener at det heller ikke er nødvendig at disse momentene og deres vekt skal være nedfelt i lovteksten.¹⁴⁷

Det må kunne kreves en interesseovervekt for fratreden for at domstolene skal kunne avsi kjennelse for fratreden. Hva sannsynligheten for utfallet av oppsigelsessaken viser seg å være vil også kunne være et moment ved vurderingen av om arbeidstaker skal ha

¹⁴⁶ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 22.

¹⁴⁷ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 239.

rett til å stå i stillingen.¹⁴⁸ Hvis det for eksempel viser seg klart at arbeidstaker vil bli oppsagt på grunn av nedbemaningen, taler dette for at utfallet vil kunne bli at han skal fratru under tvisten.

Andre momenter som etter forarbeidene kan være relevante er blant annet alternativ plassering av arbeidstaker, om andre arbeidsoppgaver eksisterer, den økonomiske belastningen for partene, hvilke følger det vil ha for de andre ansatte om arbeidstaker fortsetter, om saksbehandlingen forut for oppsigelsen har vært betryggende, og det skal legges vekt på om det er oppnådd enighet med de tillitsvalgte.¹⁴⁹

Rettspraksis har føyd seg til hovedregelen om at arbeidstaker skal kunne fortsette i stillingen.

Rettspraksis har trukket opp en del retningslinjer for hvilke hensyn som kan være relevante i den konkrete urimelighetsvurderingen, og i noen grad hvilken vekt de skal ha. Høyesterett uttalte i en dom hva som var det sentrale i vurderingen;

*"...konsekvensene for arbeidstaker og for bedriften ved at arbeidstaker henholdsvis ikke fratru eller må fratru mens oppsigelsessaken behandles av domstolene. Følgene for andre arbeidstakere i bedriften, og om noen av disse må fratru eller permitteres, må trekkes inn. Det kan legges vekt på at oppsigelsene ble iverksatt etter drøftelser med de tillitsvalgte, og at oppsigelsene ligger innenfor det man har blitt enige om, jf. Rt. 2000 s. 1958. Derimot er det ikke anledning til å ta hensyn til at den som bestrider gyldigheten av en oppsigelse for domstolene og fortsetter i stillingen, blir bedre stilt enn de som aksepterer oppsigelsen og fratru, jf. Rt. 1987 s. 117. Dersom oppsigelsen er opprettholdt i tingretten, og eventuelt lagmannsretten, er dette et moment for at arbeidstaker skal fratru under saken, jf. Rt. 1992 s. 1681 for så vidt angår oppsigelse begrunnet i bedriftens forhold."*¹⁵⁰

Det fremgår videre av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 at utfallet av urimelighetsnormen skal bli forskjellig avhengig av hvilket grunnlag oppsigelsen har. I denne forbindelse har de uttalt at:

¹⁴⁸ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 239.

¹⁴⁹ Jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 240.

¹⁵⁰ Jfr. Rt. 2004 s. 413.

*”Skyldes derimot oppsigelsen forhold ved bedriften, som for eksempel rasjonalisering, driftsinnskrenkning o.l., bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre.”*¹⁵¹

Her skiller forarbeidene på oppsigelsessituasjon, skyldes oppsigelsen nedbemanning trenger det ikke å være opp til retten å avgjøre om arbeidstaker skal fratre.

I dag er det imidlertid slått fast i bestemmelsen at retten til å fortsette i stillingen også skal gjelde ved *”hel eller delvis nedleggelse av virksomheten.”*¹⁵² Dette er en nyskaping, og ble tilføyd gjennom endringslov av 19. juni 2009 nr. 39.¹⁵³ Temaet har tidligere vært oppe i domstolene, slik at dette er lovfastsetting av praksis.

Rettspraksis har tidligere lagt til grunn at retten til å stå i stillingen ikke er absolutt i nedleggelsessituasjoner. I Rt. 1990 s. 1126 var tilfellet at arbeidsgiver fremsatte fratredelsesbegjæring. Domstolene tok ikke begjæringen til følge, uten at de ga noen grunn for dette. Høyesterett ga videre uttrykk for at det var dårlig sammenheng i lovens system, dersom det i nedleggelsestilfeller ikke skulle være adgang til å avslutte et arbeidsforhold uten særskilt kjennelse.

I en tidligere omtalt dom (Sparebanken nord-Norge dommen),¹⁵⁴ ble lønnsutbetalingene brakt til opphør av arbeidsgiver ved oppsigelsesfristens utløp uten at det var begjært kjennelse om fratreden. Høyesterett aksepterte dette ved at de la til grunn at en begjæring om fratreden var overflødig siden filialen arbeidstaker jobbet ved var nedlagt og stillingen ikke lengre eksisterte. Høyesterett uttalte videre at gode grunner talte for at retten til å stå i stillingen måtte kunne bortfalle uten avgjørelse fra retten dersom det var på det rene at virksomheten var opphørt.

I en senere sak ble dette synet modifisert.¹⁵⁵ Høyesterett henviste til de to nevnte dommene og fremhevet at det bare var i de helt klare tilfeller at retten til å stå i stillingen vil bortfalle uten avgjørelse fra retten. Retten presiserte at hovedregelen var at arbeidsgiver måtte fremsette krav om fratreden.

¹⁵¹ Jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

¹⁵² Jfr. § 15-11 (2) andre punktum.

¹⁵³ Jfr. Ot.prp. nr. 54 (2008-2009).

¹⁵⁴ Jfr. Rt. 1992 s. 776.

¹⁵⁵ Jfr. Rt. 1997 s. 1941.

Rettspraksis viser generelt at det gjelder en streng norm, og at det skal en del til før arbeidstaker må fratre under sakens behandling når oppsigelsen skyldes nedbemanning.¹⁵⁶

Problemstillingen ble igjen behandlet i Rt. 2005 s. 646. Arbeidsgiver henviste her til de tidligere avgjørelsene og hevdet at stillingen var bortfalt siden virksomheten var flyttet utenlands. Etter at det var fremmet begjæring, men før den ble behandlet av retten, stanset arbeidsgiver lønnsutbetalingene. Kjæremålsutvalget opphevet lagmannsrettens kjennelse med den begrunnelse at de ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til at arbeidstaker kunne utføre enkelte oppgaver fra Norge.

Sammenfatningsvis kan man si at ut ifra Høyesteretts praksis, frem til lovfastsettelsen, er retten til å fortsette i stillingen ikke absolutt ved hel eller delvis nedleggelse av virksomhet. Unntatt fra retten til å fortsette i stillingen uten domstolens kjennelse er imidlertid bare de helt klare tilfeller.

Bakgrunnen bak endringen var at departementet ønsket å klargjøre at retten til å fortsette i stillingen gjelder i alle oppsigelsessituasjoner. De presiserer at formålet med endringen er at domstolene alltid skal foreta en prøving av retten til å fortsette i stillingen dersom dette bestrides, og at det derfor ikke gjelder noen automatisk fratreden ved nedleggelsestilfellene.¹⁵⁷

Retten til å fortsette i stillingen er en viktig bestemmelse i forhold til arbeidstakers oppsigelsesvern. En arbeidstaker har for eksempel en svak forhandlingsposisjon når det ved ansettelse skal forhandles om avtalevilkår. Arbeidstakeren vil neppe kunne forhandle seg fram til et slikt vern ved avtale, derfor er det viktig at loven stiller opp denne rettigheten.

Retten til å fortsette i stillingen bidrar til å verne om arbeidstakers inntekt og muligheten for å være i jobb.¹⁵⁸ Det økonomiske aspektet ved prosessen påhviler arbeidsgiver. Dette fordi arbeidstaker ved å stå i stillingen opparbeider lønn og alle tillegg som tidligere.

¹⁵⁶ Se bland annet Rt.2004 s. 1413.

¹⁵⁷ Se Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 71.

¹⁵⁸ Se Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 7 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 236.

Retten til å fortsette i stillingen mens tvist pågår sikrer også kontinuitet i arbeidslivet. Dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig er det en fordel at arbeidstaker har vært i stillingen. Fratrer arbeidstaker stillingen, vil gjeninntreden i praksis kunne bli vanskelig. På grunn av arbeidstakers økonomiske forpliktelser er det mulig han måtte ha funnet en annen jobb under tvisten dersom han ikke hadde rett til å stå i stillingen. Dersom arbeidstaker ikke blir stående i stillingen er det som sagt en større sjanse for at han ikke vil komme tilbake dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig. Muligheten for at han da bare vil kreve erstatning er større. Dette vil indirekte bety at hvis man ikke har en slik lovbestemt rett kan det resultere i at arbeidsgiver i prinsippet kan "kjøpe seg fri" dersom han ikke ønsker en arbeidstaker.

6.5 Arbeidsmiljølovens særlige regler ved tvist om usaklig oppsigelse

Dersom arbeidstaker mener at oppsigelsen av han er usaklig, kan han reise søksmål mot arbeidstaker. Hvilke prosessuelle regler som da gjelder fremgår av aml. § 17-1 (1): *"I søksmål om rettigheter og plikter etter denne lov gjelder domstolloven og tvisteloven, med de særregler som fremgår av dette kapittel."*

Bestemmelsen angir at søksmålet må gjelde *"rettigheter og plikter etter denne lov."* Dette innebærer at oppsigelsesvernet i aml. kapittel 15 omfattes av disse reglene.

Vi har innledningsvis avgrenset mot å gå inn på de generelle prosessuelle reglene i domstolloven og tvisteloven, og vil derfor bare konsentrere oss om de *"særregler som fremgår"* av kapittel 17. Særlige prosessregler i den aktuelle loven vil ofte gi bedre vern enn de generelle prosessreglene. Men siden ordningen med særlige stillingsverndomstoler nå er opphevet vil det ikke være store forskjeller mellom de særlige og de alminnelige prosessreglene innenfor vårt tema. At de særlige stillingsverndomstolene er opphevet innebærer at alle saker mot arbeidsgiver kan anlegges ved arbeidstakers hjemting. Forarbeidene har påpekt at oppsigelsesvern sakene ikke er så spesielle at de er avhengige av domstoler med spesiell kompetanse. Dette behovet kan ivaretas på andre måter, for eksempel gjennom meddommere.¹⁵⁹

¹⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 277, og jfr. aml. § 17-6.

Reglene om selve oppnevningen av meddommere fremgår av aml. § 17-7. Disse reglene skal sørge for at arbeidstakers vern ved tvist om usaklig oppsigelse blir godt nok ivaretatt. Det er med andre ord en viktig regel for at oppsigelsesvernet skal være like sterkt i praksis som i teorien.

Sakene etter § 17-1 (1) skal anlegges mot arbeidsgiver. Dette følger forutsetningsvis av blant annet aml. §§ 15-4 og 15-11.¹⁶⁰ Siden sak skal anlegges mot arbeidsgiver personlig er reglene om oppsigelsesvern av privatrettslig karakter. Dette innebærer at det er partene selv som må gjøre gjeldende sine krav. Dette kan være en fordel siden man da står ”mann mot mann”, og ikke en liten arbeidstaker mot en stor virksomhet.

Ulempen kan imidlertid være at noen arbeidstakere bare vil godta å bli oppsagt. De kan ta det personlig og føle at arbeidsgiver ikke liker dem, og ikke vil ha dem som kollega. På bakgrunn av dette vil de kanskje ikke kjempe for å få jobben sin tilbake.

På den annen side skal det bemerkes at virkningen ikke trenger å være at arbeidstaker trer inn igjen i sin tidligere stilling, han kan også bare kreve erstatning for urettmessigheten av oppsigelsen. Dette kommer vi tilbake til senere i avhandlingen.¹⁶¹

Den første særlige prosessuelle regelen som gjør seg gjeldende ved en usaklig oppsigelse er retten til å kreve forhandlinger, jfr. § 17-3 (1). Arbeidstaker kan i henhold til denne bestemmelsen kreve forhandlinger med arbeidsgiver dersom han ønsker det. Arbeidstakeren må da underrette arbeidsgiveren om dette innen to uker etter at oppsigelsen fant sted, jfr. § 17-3 (2). Denne regelen er nok gitt med tanke på arbeidsgiver, slik at han kan innrette seg etter hvordan ting er når to uker har gått. Det kan være problematisk og avholde forhandlinger angående en usaklig oppsigelse etter lang tid. Da kan momenter av betydning være glemt, og både arbeidsgiver og de øvrige arbeidstakerne har innrettet seg etter tingenes tilstand.

Arbeidsgiver har imidlertid ingen rett til å avvise kravet om forhandlinger så lenge det er reist innen to uker. Han har plikt til å sørge for at forhandlinger blir holdt snarest mulig, og senest innen to uker etter at kravet om forhandlinger fra arbeidstaker er mottatt, jfr. § 17-3 (3).

¹⁶⁰ Se også aml. § 1-8 (2), jfr. § 15-4 (2).

¹⁶¹ Se punkt 7 om rettsvirkningene ved usaklig oppsigelse.

Retten til å kreve forhandlinger påligger i utgangspunktet arbeidstaker, men hvis han reiser søksmål eller underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist, uten at forhandlinger har blitt holdt, kan arbeidsgiver kreve forhandlinger, jfr. § 17-3 (4). Denne regelen er nok gitt for å prøve og få partene til å komme til enighet, slik at saken ikke havner for domstolene. Det er som regel både best og billigst for begge parter dersom tvister holdes utenfor rettssystemet. Da får de også en raskere avklaring slik at de begge kan innrette seg etter den nye situasjonen. Under forhandlingene har begge parter rett til å bli bistått av rådgiver. Det kan være en fordel å ha med seg en objektiv part til samtalene, dette kan blant annet bidra til at de holdes på et saklig nivå.

Forhandlingene skal være ferdige senest to uker etter første forhandlingsmøte, dersom ikke både arbeidstaker og arbeidsgiver er enige om noe annet, jfr. § 17-3 (5). Dette kan være av hensyn til at forhandlingsmøtet ikke skal trekke ut, og slik at man tilslutt får en avgjørelse.

Bestemmelsen om retten til å kreve forhandlinger må ses i sammenheng med drøftningsplikten i aml. § 15-1. Tidligere i avhandlingen er det slått fast at manglende drøftning før oppsigelsen vil få betydning for domstolenes vurdering av sakligheten. Tilsvarende vurderinger må også kunne gjøres gjeldende dersom arbeidsgiver ikke går inn i forhandlinger etter at oppsigelsen er gitt. Dette fordi det blant annet følger av aml. § 15-7 (2) at oppsigelsen ikke er saklig dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren. Slike forhold må vurderes før oppsigelse gis, men bør drøftes på nytt etter at oppsigelse er gitt.¹⁶² Selve formålet med forhandlingene er *”å etablere dialog mellom arbeidsgiver og arbeidstaker for å løse tvisten uten å måtte gå veien om domstolene.”*¹⁶³ At oppsigelsessaken skal opp i forhandlinger bidrar til at oppsigelsesvernet til arbeidstaker står enda sterkere siden forholdet skal tas opp nok en gang og vurderes. Det kan også være mer hensiktsmessig for arbeidsgiver at tvisten blir løst ved forhandlinger enn ved domstolsapparatet, det kan fort bli kostbart og i stedet for å komme til enighet angående en løsning kan de ende med en løsning verken arbeidsgiver eller arbeidstaker er fornøyde med.

¹⁶² Se Fougner og Holo (2008) s.1031.

¹⁶³ Jfr. Fougner (2007) s. 309.

En annen særlig prosessregel som vil gjøre seg gjeldende ved arbeidstakers oppsigelsesvern er søksmålsfristene i aml. § 17-4. Bestemmelsen skiller på to tilfeller: Er det tvist om selve oppsigelsens gyldighet er søksmålsfristen åtte uker. Dersom arbeidstaker bare krever erstatning er fristen hele 6 måneder, jfr. § 17-4 (1). I begge tilfeller regnes fristen fra forhandlingene etter § 17-3 er avsluttet. Dersom fristen regnes fra forhandlingene er avsluttet blir hovedregelen at innen 14 uker etter at oppsigelsen fant sted skal tvisten være brakt inn for domstolene. Når det gjelder forhandlinger skal disse være avsluttet innen seks uker. Disse seks ukene er fordelt på to uker før forhandlinger kreves, to uker før forhandlinger finner sted, og to uker til å avslutte forhandlingene.¹⁶⁴

Er forhandlinger ikke holdt regnes fristen fra oppsigelsen fant sted, jfr. § 17-4 (2). Om dette sier rettspraksis at fristen må regnes fra det tidspunktet det ble klart at forhandlinger ikke ville finne sted.¹⁶⁵

Dersom formkravene etter § 15-4 (1) og (2) ikke er oppfylt gjelder det ingen søksmålsfrist, jfr. § 17-4 (3). Dette kan være rimelig, siden arbeidsgiver ikke overholdt sine formelle krav burde det ikke kreves av arbeidstaker at han skal overholde sine. Arbeidstaker skal ikke ha noen dårligere vilkår enn arbeidsgiver.

Aml. § 17-4 (5) regulerer fristen for å kreve å fortsette i stillingen så lenge saken verserer.¹⁶⁶ Arbeidstaker må innen utløpet av oppsigelsesfristen enten reise søksmål eller gi arbeidsgiver skriftlig melding om at han vil gjøre dette. For dersom arbeidstaker fortsetter i sin stilling trenger ikke arbeidsgiver å finne noen nye til å fylle stillingen. Søksmålet må i tillegg være reist innen åtte uker. Denne søksmålsfristen er satt av hensyn til ugyldighetsvirkningen som følger av en usaklig oppsigelse, nemlig det at arbeidstaker som hovedregel skal tre inn igjen i stillingen. Både av hensyn til arbeidstaker, vedkommende som innehar i stillingen, og arbeidsgivers interesser er det nødvendig at søksmålet behandles raskt.

Er det fra arbeidstakers side bare reist krav om erstatning vil ikke de samme hensyn gjøre seg gjeldende, og derfor er fristen forlenget til seks måneder.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Se aml. § 17-3.

¹⁶⁵ Se Rt. 2003 s. 385.

¹⁶⁶ Se aml. § 15-11.

¹⁶⁷ Se Fougner og Holo (2008) s. 1036 og 1037.

Det er viktig å bemerke at aml. § 17-4 (1) siste punktum gir hjemmel til å avtale en lengre søksmålsfrist enn det som følger av loven. Tilfellet kan være at det oppstår tvil om når man skal anse forhandlingene som avsluttet, og det beste vil da være å bli enige om hvilke søksmålsfrister som gjelder.¹⁶⁸ Siden aml. er en såkalt ”minimumslov” er det fullt mulig å avtale bedre vilkår for arbeidstaker enn det som følger av loven. En lengre søksmålsfrist er uten tvil et bedre vilkår, så dette er det muligheter for.

¹⁶⁸ Se Fougner og Holo (2008) s.1039.

7 Rettsvirkningene ved usaklig oppsigelse

7.1 Innledning

Dersom arbeidstaker har fått medhold i at oppsigelsen av han er usaklig blir resultatet ugyldighet og/eller erstatning, jfr. aml. § 15-12. Bestemmelsen viderefører rettstilstanden fra 1977-loven. jfr. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 337.

Paragrafen slår fast at virkningene er ugyldighet og/eller erstatning. Hovedregelen etter norsk rett er imidlertid at usaklige oppsigelser skal kjennes ugyldige.

7.2 Ugyldighet

Begrepet ugyldighet markerer at en handling er urettmessig.¹⁶⁹

Hovedregelen om at en usaklig oppsigelse skal kjennes ugyldig gjelder imidlertid bare hvis arbeidstaker krever det, jfr. aml. § 15-12 (1). Grunnen til at arbeidstaker må nedlegge særskilt påstand om dette er fordi virkningen av en ugyldig oppsigelse er at vedkommende fortsetter i stillingen, jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75. Dette fremgår blant annet av Rt. 2009 s. 685. I denne saken ønsket en arbeidsgiver å si opp en ansatt som var dømt for seksuallovbrudd. Arbeidstakeren hadde imidlertid informert arbeidsgiveren sin om dette, og arbeidsgiveren brukte for lang tid før den ansatte ble sagt opp. På bakgrunn av dette kom Høyesterett til at oppsigelsen var ugyldig.

Arbeidstakeren fortsatte dermed i sin stilling.

Dersom det har vært mye uenighet, og siden arbeidstaker faktisk ble sagt opp og kanskje føler seg uønsket på arbeidsplassen, er det ikke sikkert han ønsker å fortsette i sin tidligere stilling. Aml. § 15-12 (1) annet punktum er en såkalt sikkerhetsventil for disse tilfellene. Den er et unntak fra hovedregelen, og slår fast at retten i særlige tilfeller, etter påstand fra arbeidsgiver, kan bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre dersom det er åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter. I forarbeidene er denne regelen begrunnet med at det i *"enkelte tilfeller vil være en uheldig løsning om oppsigelsen skal kjennes ugyldig, med den virkning at arbeidstakeren fortsetter i stillingen. Som en sikkerhetsventil fastsetter derfor loven at retten i særlige tilfeller kan bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre,"* jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

¹⁶⁹ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 839.

Unntaksregelen er snever i og med at det må være ”åpenbart urimelig” at arbeidsforholdet skal fortsette. Det er ikke nok at forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har blitt dårligere som følge av tvisten.

Det er videre i forarbeidene understreket ”sterkt at hovedregelen er at arbeidsforholdet skal fortsette.”

I den tidligere nevnte dommen fra 2009 foretar Høyesterett en vurdering av om det er åpenbart urimelig at arbeidsforholdet skal fortsette. På bakgrunn av de faktiske opplysninger som forelå i saken uttalte Førstvoterende at:

”Jeg kan da vanskelig se at det er åpenbart urimelig for arbeidsgiver at arbeidsforholdet fortsetter.”

På dette grunnlag ble arbeidsgiver gjeninnsatt i sin tidligere stilling. Han fikk også erstatning for tapte lønnsinntekter i den perioden han uriktig var borte fra sin stilling. Erstatning kommer vi tilbake til i punktet nedenfor.

Dersom arbeidstaker går til sak for å få kjent oppsigelsen ugyldig, men allikevel ikke ønsker å gjeninntre i stillingen, kan han si opp sin stilling dersom han får den tilbake. Å få dom på ugyldighet kan være viktig av flere årsaker. Det kan virke som en form for oppresning for arbeidstaker, og finner retten at det foreligger en usaklig oppsigelse kan de som nevnt idømme arbeidsgiver å betale erstatning, jfr. § 15-12 (2).

For å se helheten i regelverket må aml. § 15-12 ses i sammenheng med aml. § 15-11 som angir retten til å stå i stillingen.¹⁷⁰ Dersom arbeidstaker fremdeles innehar stillingen sin når dom blir avsagt er det lettere å gjennomføre ugyldighet som virkning av usaklig oppsigelse. Han har da jobbet og mottatt den lønnen han har krav på under tvisten, og har dermed ikke lidt noe økonomisk tap. Siden erstatning for tapt inntekt ikke er en ugyldighetsvirkning slipper arbeidstaker dermed å nedlegge særskilt påstand om erstatning.

Dersom arbeidstakeren har vært ute av stillingen under tvisten, som kanskje varer i lang tid, vil det være vanskeligere å komme tilbake. Han har også lidt et økonomisk tap siden han ikke har mottatt lønn under tvisten, og må dermed nedlegge påstand om erstatning.

¹⁷⁰ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 839.

Står arbeidstaker ikke i stillingen under saken, og retten kommer til at oppsigelsen er usaklig, følger det av forarbeidene at arbeidsgiveren må gjeninnsette vedkommende i *”stillingen eller en stilling tilsvarende den han hadde,”* jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 78.

7.3 Erstatning

I henhold til aml. § 15-12 (2) kan arbeidstaker kreve erstatning dersom retten finner oppsigelsen av han usaklig. Erstatning kan fremsettes som eneste reaksjon, eller det kan kreves i tillegg til ugyldighet.¹⁷¹ Det er en forutsetning for å kreve erstatning etter aml. § 15-12 at det foreligger en oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand. Bestemmelsen kommer derfor ikke til anvendelse der de ansatte selv sier opp på grunn av uholdbare forhold på arbeidsplassen. Dette fremgår av Rt. 1997 s. 1506. I saken var arbeidsforholdet opphørt uten at det forelå noen oppsigelse. *“Arbeidsmiljølovens § 62 annet ledd (nå gjeldende § 15-12 (2), vårt tillegg), om usaklig oppsigelse kom da ikke til anvendelse. Bakgrunnen for at arbeidsforholdet opphørte var vanskelige forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstakere. Det ble lagt til grunn at arbeidsgiveren i dette tilfelle vesentlig hadde misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidstakerne og at det var grunnlag for erstatning for lidt tap.”*

Arbeidsgiver hadde drevet en form for detaljstyring og kommunikasjon som i følge Førstvoterende: *“måtte gi inntrykk av overvåkning og nedvurdering av de ansatte, og var etter min mening egnet til å skape usikkerhet og utrygghet i arbeidet.”*

De ansatte ble tilkjent erstatning, men etter vanlige kontraktsrettlige regler. Retten tok ikke stilling til om aml. § 62, nå gjeldende aml. § 15-12, kunne anvendes analogisk. Erstatning etter aml. § 15-12 kan imidlertid idømmes uavhengig av skyld hos arbeidsgiveren, jfr. Rt. 1996 s. 1401, og skiller seg dermed fra de alminnelige erstatningsrettslige reglene.

Erstatningens størrelse fastsettes skjønnsmessig. Utmålingsregelen i aml § 15-12 (2) er nokså enestående i norsk rett, den er ikke bare en skadeserstatning basert utelukkende på økonomisk tap, men også en billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold skal

¹⁷¹ Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 841.

tas i betraktning.¹⁷² Dette fremgår av forarbeidene til 1977-loven. Der uttales det at kompensasjonen skal være en: *”billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold skal tas i betraktning,”* jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75. Det er imidlertid viktig å merke seg at dette kun gjelder ikke-økonomisk erstatning, økonomisk tap må kunne dokumenteres for å få tilkjent alminnelig erstatning.

Med denne bestemmelsen legger lovgiver opp til at arbeidsgiver skal straffes for å ha gitt en usaklig oppsigelse. Dette er med på å skjerpe arbeidstakers vern mot usaklig oppsigelse. Ved å legge vekt på utenforliggende hensyn kan arbeidsgiver risikere å tape penger, i tillegg til å måtte gjeninnsette arbeidstakeren i sin tidligere stilling.

Domstolene er imidlertid forsiktige med å tilkjenne store beløp. I den tidligere nevnte dommen fra 1997 ble de ansatte tilkjent henholdsvis 300.000, 150.000 og 200.000 kroner. Dette er mye penger, men ikke så mye hvis man ser på hva apotekere tjener i årslønn i dag. I tillegg skal dette være en form for straff for arbeidsgiver, slik at det skal ”svi litt” i pengekassen hans.

Forarbeidene slår fast at arbeidstakerens forhold skal inngå i vurderingen, slike forhold kan lede til fradrag i erstatningen. Utgangspunktet er at arbeidstakeren skal få lønnen han ikke har mottatt som følge av den uriktige oppsigelsen. Det må også vurderes om arbeidstakeren vil lide tap i fremtiden fordi det kan bli vanskelig for han å få ny jobb. Men utgangspunktet her er at den oppsagte selv har ansvar for å få seg ny jobb, og rettspraksis har vært tilbakeholdne med å gi erstatning for slikt tap i mer enn to år, jfr. også Rt. 1997 s. 1506.

I forarbeidene til aml. § 15-12 (2) er det lagt til grunn at det kan være behov for å tilkjenne erstatning der arbeidstaker ikke ønsker å fortsette i stillingen og *”retten likevel finner det rimelig å markere at arbeidsgiver har handlet i strid med loven, til ulempe eller skade for arbeidstaker.”*

Videre er det uttalt at *”det vil i disse tilfellene ikke være nødvendig at retten foretar en realitetsvurdering av hele oppsigelsessaken,”* jfr. Ot.prp. nr. 50 (1993-94) s. 236.

For å kunne bli tilkjent erstatning må det imidlertid foreligge en usaklig oppsigelse siden erstatning fordrer urettmessighet. Men siden den ansatte ikke vil ha tilbake stillingen sin nedlegger han ikke påstand om ugyldighet. Det vil jo innebære at han skal

¹⁷² Jfr. Fougner og Holo (2008) s. 841 og Jakhelln (2007) s. 465-466.

stilles som om oppsigelse aldri hadde funnet sted, med andre ord kreves det at han får stillingen sin tilbake.

Dette vil vi si er en praktisk viktig regel. Mange ønsker nok å få oppreisning for at de ble uriktig oppsagt, men det er mulig at de ikke ønsker seg tilbake til sin tidligere arbeidsplass. Dersom arbeidsgiver ikke ønsker dem der vil de heller ikke være der. De fleste vil nok beholde jobben sin fordi de er flinke og godt likt, ikke fordi de fikk dom på at stillingen er deres.

Når det gjelder hva domstolene kan overprøve i forbindelse med en oppsigelsessak uttaler Førstvoterende i en dom fra 1984¹⁷³ at:

”Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.”

Når domstolene skal bedømme om en oppsigelse er saklig er de med andre ord ikke bundet av det arbeidsgiveren har lagt vekt på i sine vurderinger. Det som er viktig er om arbeidsgiveren har gitt spørsmålet om oppsigelse en samvittighetsfull behandling. Subjektive forhold ved oppsigelse av arbeidstaker skal det legges vekt på i vurderingen. Dette er med på å styrke arbeidstakers oppsigelsesvern siden alle forhold ved arbeidstaker kommer med i vurderingen, også de utenfor arbeidsplassen. Dersom for eksempel arbeidsgiver bare tar hensyn til produktivitet og hans egen fortjeneste ved å ha noen bestemte medarbeidere fremfor andre, kan oppsigelsen bli underkjent. Etter dette forstår vi det slik at domstolene kan prøve alle sider av saken. Dette innebærer at arbeidstakers oppsigelsesvern står sterkt i norsk rett. Dersom tvist om usaklig oppsigelse først kommer til domstolene kan arbeidstaker føle seg trygg på at den konklusjonen dommeren kommer med er riktig.

¹⁷³ Jfr. Rt. 1984 s. 1058.

8 Avsluttende bemerkninger

På bakgrunn av avhandlingen har vi etter en helhetsvurdering kommet til at den enkelte arbeidstaker har et sterkt oppsigelsesvern ved nedbemanninger igjennom lovverket.

Dette viser seg blant annet igjennom de materielle reglene som slår fast at oppsigelsesgrunnen først og fremst må være saklig, at det skal søkes å finne annet passende arbeid, og at det skal foretas en individuell vurdering. Dessuten har det som vist i avhandlingen utviklet seg momenter og prinsipper igjennom rettspraksis som bidrar til å styrke den enkelte arbeidstakers oppsigelsesvern.

Vi mener også at oppsigelsesvernet står sterkt som følge av selve nedbemanningsprosessen. Loven slår fast at den enkelte arbeidstaker skal informeres tidlig, og delta i prosessen. Det skal innledes drøftelser, foretas forhandlinger og arbeidstaker skal normalt ha rett til å fortsette i stillingen mens tvist pågår.

Alvorligheten av en oppsigelse gjør også at lovverket har oppstilt formelle krav til selve oppsigelsen.

Samlet bidrar dette til at arbeidstakers hensyn blir ivaretatt, og at prosessen blir forsvarlig.

Vi ser det slik at omstillinger og nedbemanninger har gått fra å være en konsekvens i nedgangstider, til å ha blitt et kontinuerlig fenomen for å sikre overlevelse og lønnsomhet i et konkurrerende marked. Tradisjonelt har virksomhetens behov for nedbemanninger vært et utslag av dårlige konjunkturer og sviktede gode resultater. Men den store utviklingen av handel og tjenesteyting på tvers av landegrensene fører til høyere konkurranseevne, tilpassingsevne og effektivitet hos virksomhetene. Dette stiller krav til virksomhetene om forandringer for at de skal kunne være levedyktige og samtidig ha en lønnsom drift. Resultatet blir derfor at nedbemanninger må foretas, og dette vil berøre de ansatte på en dyptgripende og alvorlig måte. På bakgrunn av dette har vi dermed behov for et sterkt oppsigelsesvern som ivaretar arbeidstakerens interesser.

Som vist ligger reglene til rette for et sterkt oppsigelsesvern. Problemet blir imidlertid at oppfyllelse av vernet betinges av at arbeidstaker går til sak dersom han mener at oppsigelsen er usaklig. Det er viktig at arbeidstaker har mot til å gjøre dette. Mange arbeidstakere vil nok frykte å gå til søksmål mot arbeidsgiveren sin, med den følge at

domstolene bestemmer at de skal bli gjeninnsatt i stillingen de har blitt uriktig oppsagt fra. På bakgrunn av dette mener vi at det er hensiktsmessig at arbeidstaker kan få krav på erstatning, og selv velge om han vil fortsette i stillingen.

Det kan også være en stor personlig påkjenning å gå til sak. At arbeidstaker går til sak er imidlertid viktig siden det gir domstolene mulighet til å utvikle vernet i praksis.

Oppsigelsesvernet har vært igjennom en stor utvikling siden den første arbeidervernloven av 1936, og tendensen går mot et sterkere og sterkere vern. Dette er viktig siden samfunnet utvikler seg, og krever at vernet bør bli sterkere. Arbeidstaker oppfattes som den svake part, og det kan være en stor ulykke for han å miste jobben. På grunn av dette synes vi det er viktig med et sterkt vern. Dagens arbeidsmiljølov er fra 2005, men som vi har vist i oppgaven har det i senere tid kommet til nyvinninger i loven igjennom endringslover. På denne bakgrunn kan vi si at vernet fortsatt er i utvikling og fremdeles går tendensen mot et enda sterkere vern, noe vi mener det vil være behov for i fremtiden.

9 Litteraturliste

9.1 Bøker

Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett del I og II*, Oslo, (Minerva), 2009

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utg., Bergen, (Universitetsforlaget), 2001.

Fougner, Jan m.fl. *Omstilling og nedbemanning*, 2. opplag 2003, Oslo, (Universitetsforlaget), 2003.

Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*. 2. opplag 2008, Oslo, (Universitetsforlaget), 2006.

Fougner, Jan. *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt*, Oslo, (Universitetsforlaget), 2007.

Gisle, Jon m.fl. *Jusleksikon*, 2. utg., Oslo, (Gyldendal ASA), 2003.

Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten. I: Knops oversikt over Norges rett*, 12. utg., Oslo, (Universitetsforlaget), 2004. Side 542-577.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg., 2 opplag 2007, Oslo, (Damm & søn), 2006.

Johansen, Thor-Erik. *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*, 3. utg., Oslo og Torrevieja, (Høyskoleforlaget AS), 2001.

Pettersen, Børre. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 1. utg., Oslo, (Gyldendal Norske forlag AS), 2006.

Selvig, Erling ved Viggo Hagstrøm. *Kontraktsretten. I: Knophs oversikt over Norges rett*, 12. utg., Oslo, (Universitetsforlaget), 2004. Side 214-240.

Storeng, Beck og Due Lund. *Praktisk arbeidsrett*, 2. utg., Oslo (Tano Aschehoug), 1996.

9.2 Lov og forarbeidsregister

Norske lover:

- | | |
|------|--|
| 1915 | Lov om domstolene (domstolloven) 13. august 1915 nr. 5. |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) 31. mai 1918 nr. 4. |
| 1920 | Lov om arbeiderutvalg i industrielle bedrifter 23. juli 1920 nr. 3 (opphevet). |
| 1927 | Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) 5. mai 1927 nr. 1. |
| 1936 | Lov om arbeidervern av 19. juni nr. 8 (opphevet). |
| 1956 | Lov om arbeidervern av 12. juli nr. 2 (opphevet). |
| 1977 | Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven) 4. februar 1977 nr. 4 (opphevet). |
| 1983 | Lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) 4. mars 1983 nr. 3. |
| 1988 | Lov om lønnsplikt under permittering (permitteringslønnsløven) av 6. mai 1988 nr. 22. |
| 1997 | Lov om folketrygd (folketrygdloven) 28. februar 1997 nr. 19. |
| 2004 | Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) 10. desember 2004 nr. 76. |
| 2005 | Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) 17 juni 2006 nr. 62.
Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90. |
| 2008 | Lov om meldeplikt ved nedlegging av næringsverksemed (omstillingslova) 6.juni 2008 nr. 38. |

Internasjonalt:

EF rådsdirektiv 75/129/EØF

Forskrifter:

Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper
16. desember 2005 nr. 1567.

Forarbeider:

Odelstingsproposisjoner:

- | | |
|----------------------------|---|
| Ot.prp. nr. 31 (1934) | Om forandringer i lov om arbeidstvister av 5. mai 1927. |
| Ot.prp. nr. 3 (1975-76) | Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.. |
| Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) | Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø. |
| Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) | Om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. |
| Ot.prp. nr. 78 (1993-1994) | Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- sikkerhetsområdet som følge av EØS avtalen og en tilleggsavtale til EØS avtalen. |
| Ot.prp. nr. 71 (1991-1992) | Om lov om endringer i lover på arbeidsmiljø- og sikkerhetsområdet mv. som følge av en EØS avtale. |
| Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) | Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). |
| Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) | Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). |
| Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) | Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.) |

Norges offentlige utredninger:

NOU 1992: 20 Det gode arbeidsmiljø er lønnsomt for alle.

Innstillinger til Odelstinget:

Innst. O. VI 1936.

9.3 Tariffavtaler

Hovedavtalen LO-NHO 2010-2013.

9.4 Domsregister

Høyesterett:

Rt. 1935 s. 467

Rt. 1962 s. 888

Rt. 1966 s. 393 (Papyrusdommen)

Rt. 1967 s. 91

Rt. 1971 s. 310

Rt. 1972 s. 1330

Rt. 1977 s. 1330

Rt. 1983 s. 117

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1986 s. 879 (Hilleslanddommen)

Rt. 1989 s. 508

Rt. 1990 s. 1126

Rt. 1991 s. 236

Rt. 1992 s. 776 (sparebanken nord-Norge dommen)

Rt. 1992 s. 1681

Rt. 1993 s. 345

Rt. 1993 s. 1941

Rt. 1996 s. 393

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 1997 s. 623

Rt. 1997 s.1506

Rt. 1997 s. 1941

Rt. 1999 s. 1131

Rt. 1999 s. 1694
Rt. 2000 s. 1602 (Nøkkdommen)
Rt. 2000 s. 1800
Rt. 2001 s. 418
Rt. 2001 s. 1253
Rt. 2001 s. 1581
Rt. 2003 s. 385
Rt. 2003 s. 1071
Rt. 2003 s. 1754
Rt. 2001 s. 1581
Rt. 2004 s. 413
Rt. 2004 s. 1413
Rt. 2005 s. 646
Rt. 2008 s. 385
Rt. 2008 s. 749
Rt. 2008 s. 856
Rt. 2009 s. 685
Rt. 2009 s. 1129
Rt. 2009 s. 1465 (Seinvaktdommen)

Underrettsdommer

RG. 1985 s. 128 (Brynhildsen-dommen)

LE – 1998 - 00890

LB – 2005 – 182268

LE – 2006 – 81132

ARD. 1980 s. 42

Internasjonale dommer:

EF dom sak: c – 383/92

9.5 Nettsteder

www.oppsigelse.no

www.arbeidsrett.no

www.jusstorget.no

www.retsdata.no

www.lovdata.no

www.google.no

www.nav.no

www.regjeringen.no

9.6 Andre meddelelser

Samtale med NAV, 21.09.10.

