

**ARBEIDSGIVERENS PLIKT TIL Å TILBY ANNET
PASSENDE ARBEID: AML. § 15-7 ANNET LEDD.**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 504
Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 16 557 ord

25.11.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Rettslig plassering og formål	1
1.2	Rettskilder	3
1.2.1	Lov	3
1.2.2	Forarbeider	4
1.2.3	Rettspraksis	4
1.2.4	Avtaler	5
1.2.5	Juridisk litteratur	7
1.2.6	Reelle hensyn	7
1.3	Aml. § 15-7 annet ledd – historisk oversikt	8
1.4	Avgrensning	10
1.5	Videre fremstilling	11
<u>2</u>	<u>ANNET PASSENDE ARBEID</u>	<u>12</u>
2.1	Innledning	12
2.2	Virkeområdet for aml. § 15-7 annet ledd	13
2.2.1	Innledning	13
2.2.2	Nærmere om virksomhetsbegrepet	14
2.2.2.1	Virksomhetsbegrepet i konsernforhold	17
2.2.2.2	Virksomhetsbegrepet i kommuner	18
2.2.3	Driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak	21
2.3	Vilkåret om «passende arbeid»	24
2.3.1	Innledning: Kvalifikasjon som forutsetning for passende arbeid	24
2.3.2	Forholdet til fortrinnsretten	26
2.3.3	Momenter i vurderingen om arbeidet er «passende»	27
2.3.3.1	Innledning	27
2.3.3.2	Stillingstittel	27
2.3.3.3	Arbeidstakerens egen vurdering	28

2.3.3.4	Betydningen av personlige egenskaper hos arbeidstakeren	29
2.3.3.5	Opplæring	31
2.3.3.6	Hensynet til virksomheten	33
2.4	Arbeidsgiver må tilby en stilling som er ”passende” for arbeidstakeren	35
2.4.1	Innledning	35
2.4.2	Lavere stilling	37
2.4.3	Mer ansvarsfull stilling	40
2.4.4	Prøvetid	40
2.4.5	Flere «passende» stillinger	43
2.5	Utvelgelse når oppsigelse ikke kan unngås	44
2.5.1	Innledning	44
2.5.2	Utvelgelseskrets	45
2.5.2.1	Innledning	45
2.5.2.2	Utgangspunktet	45
2.5.2.3	Unntak	46
2.5.3	Utvelgelseskriterier	50
2.5.3.1	Innledning	50
2.5.3.2	Momenter	50
2.5.3.3	Oppsummering	53
3	<u>KONSEKVENSER</u>	54
3.1.1	Innledning	54
3.1.2	Arbeidsgiveren tilbyr ikke annet passende arbeid	54
3.1.3	Arbeidstakeren godtar ikke tilbud om annet passende arbeid	56
4	<u>KORT OM FRISTILLING</u>	57
5	<u>DOMSTOLSPRØVELSE</u>	58
	<u>LITTERATURLISTE</u>	62

1 Innledning

1.1 Rettslig plassering og formål

Arbeid er ofte nødvendig for livsopphold. 80 % av Norges yrkesaktive jobber for å klare å forsørge seg selv.¹ Arbeid kan imidlertid ses på som et gode som dekker flere behov, for eksempel menneskers behov for selvrealisering eller sosiale behov. I Norge har vi lenge anerkjent viktigheten å være i arbeid. Grunnloven § 110² viser det. Ordlyden skal ikke leses slik at en borger kan gå til sak mot staten for å kreve arbeid. Bestemmelsen er derimot et pålegg til statens myndigheter om å sikre og sørge for at retten til arbeid blir en realitet ved å legge sin politiske virksomhet slik at arbeidsplasser skapes og er trygge. Norsk arbeidsrett bygger på den grunnleggende regel at en arbeidstaker ikke kan sies opp fra sin stilling uten at det foreligger en saklig grunn. En viktig side av dette arbeidet, er å sørge for at arbeidstakere beholder det arbeidet de besitter.

Etter lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. av 17. juni 2005 nr. 62 (heretter forkortet med aml.) § 15-7 annet ledd første punktum kan arbeidsgiveren ikke si opp en ansatt dersom han har annet passende arbeid å tilby i virksomheten, når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold.

Formålet med aml. § 15-7 annet ledd første punktum er å styrke arbeidstakernes stilling.³ Bestemmelsen forutsetter at virksomhetene, som antas å besitte større midler,

¹ Jf. Dege s. 6

² Bestemmelsen ble inntatt i Grunnloven i 1954, jf. Innst. S. nr. 220 (1954). Norge er blant de første land i Europa som innførte arbeidervern ved Arbeidervernloven av 1936.

³ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18 sml. s. 72

vil ha en bedre anledning til å ivareta sine rettigheter enn arbeidstakerne. Det blir dermed lovgiverens oppgave å sørge for å rette ut denne skjevheten i styrkeforhold.⁴ Dette standpunktet gjelder imidlertid ikke uten unntak. Særlig i mindre bedrifter, eller hvor de ansattes kvalifikasjoner er virksomhetens viktigste ressurs, vil det ikke alltid være treffende å si at styrkeforholdet skjevt.

Bestemmelsen forhindrer at arbeidsgiveren sier opp en ansatt dersom det fremdeles finnes behov for arbeids i virksomheten. Aml. § 15-7 annet ledd første punktum verner altså hele arbeidssituasjonen til arbeidstakeren, og ikke bare den enkelte stillingen han eller hun besitter. Omplasseringsplikten kan slik sett ses på som en utvidelse av *stillingsvernet*.

Lovgiver er på den annen side nødt til å gi arbeidsgiverne et visst spillerom for at næringslivet i et moderne og sivilisert samfunn skal fungere skikkelig. I en tid med globalisering der konkurransen stadig tiltar, vil det være et enda større behov for omstillingsevne i bedriftene. Videre er det en forutsetning for at folk skal komme i arbeid er at næringslivet går godt og florerer, slik at arbeidsplasser skapes og arbeidskraft forblir et etterspurt gode.

Dette tilsier hensynet til virksomhetens situasjon må tas i betraktning ved siden av hensynet arbeidstakeren og hans behov for vern mot overgrep fra en ”sterkere” part.⁵ De nevnte hensyn er imidlertid som nevnt ikke helt ut motstridende.

Stillingsvernet står sterkt i norsk rett og innebærer et inngrep den alminnelige avtalefrihet som ellers gjelder mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Arbeidsavtalen er således i utgangspunktet en vanlig kontrakt som følger de alminnelige avtalerettslige

⁴ Dette standpunktet gjelder ikke uten unntak. Særlig i mindre bedrifter, hvor ansatte oftere enn ellers kan alliere seg mot arbeidsgiver, er det sannsynlig at styrkeforholdet ikke er så skjevt som man skal ha det til. Det må imidlertid antas at rettsordenen vil ta hensyn til slike nyanser.

⁵ Jf. NOU 2004: 5 pkt. 6.2

prinsipper, men som på grunn av stillingsvernet uthules og styres av preseptoriske regler til fordel for arbeidstakeren.⁶

Problemstillingen for avhandlingen er å redegjøre for grensene for arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid når oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side. I tillegg til den materielle siden av stillingsvernet, vil jeg også kort drøfte reglene rundt fremgangsmåten i en nedbemanningsprosess. Jeg vil imidlertid først gi en kort oversikt over rettskildebildet.

1.2 Rettskilder

1.2.1 Lov

Aml. § 15-7 annet ledd er bestemmelsen som regulerer plikten til å tilby annet passende arbeid. Bestemmelsen viderefører den tidligere arbeidsmiljøloven (aml. 1977) § 60 nr. 2. Arbeidsmiljøloven ble endret i 2005. Lovendringen begrunnes i hovedsak med at:

*«Næringsstrukturen er forandret. Arbeidsdeltagelsen er økt, særlig blant kvinner. Det har forekommet en rekke større og mindre justeringer av arbeidsmiljøloven. Norges tilslutning til EØS-avtalen har også gitt føringer fra EU-retten til norsk rett».*⁷

Det er ikke tilsiktet noen realitetsendring med den nye loven for hva gjelder retten til annet passende arbeid.⁸

Når det gjelder lovens anvendelsesområde fremgår det av aml. § 1-2 første ledd at:

«Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven».

⁶ Jf. aml. § 1-9

⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt. 1.1.

⁸ Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s. 781.

1.2.2 Forarbeider

Forarbeidene til aml. § 15-7 annet ledd består særlig av NOU 2004:5 som er utredet av arbeidslivslovutvalget. Videre har vi Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) og Innst. O. nr. 100 (2004-2005). Da det som nevnt ikke er tilsiktet noen realitetsendring med den nye loven når det gjelder kravet om annet passende arbeid, er forarbeidene til aml. 1977 også relevante for plikten til å tilby annet passende arbeid. De sentrale forarbeidene fra aml. 1977 er da særlig Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) og Ot.prp. nr. 50 (1993-1994).

1.2.3 Rettspraksis

Rettspraksis, og da særlig Høyesterettsavgjørelser har generelt stor vekt i norsk rett. Jeg vil dermed av rettskildemessige grunner stort sett prøve å begrense meg til å referere til dommer fra Høyesterett og praksis fra Arbeidsrettsdomstolene (ARD). Av sentrale rettsavgjørelser om plikten til å tilby annet passende arbeid kan allerede her nevnes Rt. 1962 s. 888 (Dalens Garveri), Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill), Rt. 1972 s. 1330 (Grand Hotell), Rt. 2008 s.749 (Postomdeler), Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter) og Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä).

Reglene om annet passende arbeid er en kodifisering av tidligere rettspraksis fra rundt 1960-tallet og frem til vedtakelsen av bestemmelsen i aml. 1977 § 60.⁹ Det faktum at det ikke er tilsiktet noen realitetsendring for hva gjelder reglene om annet passende arbeid, har også betydning for anvendelsen av rettspraksis. Man må imidlertid være oppmerksom på det generelle synspunktet i forarbeidene, det fremgår her:

*«et viktig prinsipp i arbeidsmiljøloven; at kravene som stilles til arbeidsmiljøet ikke er statiske, men skal følge samfunnsutviklingen ellers».*¹⁰

⁹ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18

¹⁰ NOU 2004:5 punkt 9.3

Dette synspunktet ble allerede lagt til grunn i forarbeidene til aml. 1977 hvor det heter at:

*«forståelsen av hva som må til for at en oppsigelse skal være saklig, ikke er statistisk. Ser man 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 arbeidsgiverens side, for at en oppsigelse skal anses usaklig. Særlig har rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på arbeidsgiverens forpliktelser overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste. ... Som det fremgår av målsettingsparagrafen, jfr. [aml. 1977] § 1 nr. 1, må også saklighetskriteriet følge med den sosiale utvikling i samfunnet ellers. Dette er derfor et felt hvor domstolene må være varsomme med å legge særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør til grunn».*¹¹

Uttalelsen kan forstås som en instruks til domstolene om å redusere den rettskildemessige vekten av dommer fra før vedtakelsen av aml. 1977 (da reglene om annet passende arbeid ble kodifisert) som går i arbeidstakerens disfavør.

1.2.4 Avtaler

Arbeidsavtalen må i utgangspunktet tolkes på lik linje med vanlige avtaler, etter de gjeldene avtalerettslige prinsipper. Som nevnt er det imidlertid preseptoriske regler som griper inn i avtalefriheten. Etter aml. § 1-9 kan ikke arbeidsgiveren avtale ugunstige ordninger med arbeidstakeren. En arbeidstaker kan etter ordlyden ikke stilles dårligere enn de rettighetene han eller henne får etter arbeidsmiljøloven. Hva som er til ”ugunst” for arbeidstakeren kan imidlertid volde tvil, men avhandlingen skal ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen. Dersom arbeidsavtalen regulerer plikten til annet passende arbeid, vil aml. § 1-9 således sette grenser for adgangen til det. Tvil om det man har avtalt er til «ugunst» for arbeidstakeren avgjøres av Arbeidstilsynet, uavhengig av hva

¹¹ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

partene har å si.¹² Hvis partene er bundet av tariffavtale, må ikke arbeidsavtalen stride mot denne heller.¹³

Dersom en nedbemanning medfører at en avdeling må nedlegges må virksomheten, etter en rasjonell og saklig prosess, avgjøre hvilken avdeling dette skal være. Når man senere skal avgjøre hvilke arbeidstakere som tilhører denne avdelingen, vil arbeidsavtalene til de ansatte være et utgangspunkt for vurderingen. En tolkning av arbeidsavtalen kan altså kaste lys over problemet om hvilke arbeidstakere som plikten til annet passende arbeid vil inntre for. Videre kan arbeidsavtalen kaste lys over om de arbeidstakerne som blir sagt opp, bidrar til å frembringe de nødvendige resultater som virksomheten mener nedbemanningen søker å oppnå. Disse forhold gjør arbeidsavtalen til en relevant rettskilde i denne sammenheng.

Tariffavtaler kan kaste lys over arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid i den grad den regulerer problemstillingen og partene er bundet av den. Hovedavtalen LO-NHO har imidlertid ikke en tilsvarende bestemmelse som aml. § 15-7 annet ledd. Avhandlingen vil i all hovedsak fokusere på aml. § 15-7 annet ledd og ikke på bestemmelser i tariffavtalene. Det kan merkes at etter lov om arbeidstvist av 05. mai 1927 § 1 nr. 8 (arbtvl.) omfattes lokale, bedriftsvise, landsdekkende og hovedavtaler som tariffavtaler.¹⁴ Hovedavtaler er mer generelle og regulerer forholdet mellom de organisasjonene som er parter i avtalen.¹⁵

Omstillingsavtaler inngås i visse tilfeller mellom arbeidsgiver og de tillitsvalgte om rettigheter og plikter i en nedbemanningssituasjon. Det er hevdet at en slik avtale må omfattes av arbeidstvistloven § 1 nr. 8 som tariffavtale.¹⁶ Dette synspunktet er imidlertid omstridt. Et problem ved slike omstillingsavtaler er om aml. §1-9 kan sette grenser for hva som kan avtales. Denne problemstillingen skal jeg av tematiske årsaker ikke gå nærmere inn på.

¹² Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 103

¹³ NOU 2004:5 punkt 8.2.4.

¹⁴ NOU 2004:5 pkt. 8.2.3.

¹⁵ Fougner m.fl. s. 47

¹⁶ Fougner m.fl. s. 47

1.2.5 Juridisk litteratur

Av juridisk litteratur som er relevante for avhandlingen kan fremheves Jan Fougner m.fl.: Omstilling og nedbemanning. Jan T. Dege: Den individuelle arbeidsretten. Arne Fanebust: Oppsigelse i Arbeidsforhold. Videre kan merkes Jan Fougner og Lars Holo: Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave. Og endelig Jakhelln og Aune, Arbeidsrett.no.

Generelt har ikke juridisk litteratur særlig rettskildemessig vekt, men spiller i praksis stor rolle når jurister og andre rettsanvendere skal ta stilling til juridiske problemstillinger. Den rettskildemessige vekten avhenger imidlertid av hvilke forfattere det dreier seg om og innholdet mv.

1.2.6 Reelle hensyn

«Reelle hensyn» er et overbegrep på flere typer vurderinger. Det kan være vurderinger basert på retts tekniske betraktninger eller hensynet til den alminnelige rettsbevissthet, så vel som resultatets godhet. For plikten til å tilby annet passende arbeid har Høyesterett tidligere tatt hensyn til forhold som arbeiderens alder, utsikter i arbeidsmarkedet, forsørgelsesbyrde og helse mv. I Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill), omtalt nærmere under 1.2 uttaler førstvoterende at:

«I begynnelsen av 1963 var han nesten 48 år gammel, og han hadde vært i bedriftens tjeneste i ca. 28 år. Han var på dette tidspunkt ikke frisk og hadde hustru og 2 barn å forsørge. Han var den eldste i ansiennitet av kontorfunksjonærene ved Yven Papirfabrik.

Under disse omstendigheter hadde de nye eiere av Yven Papirfabriks anlegg etter min mening en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften».

For plikten til annet passende arbeid uttales det videre:

«I en situasjon som denne må det etter min mening iallfall kreves at bedriften omhyggelig overveiet om skadevirkningene for Høyaas kunne bli redusert ved at han fikk en annen stilling eller andre arbeidsoppgaver i bedriften».

Premissene tilsier at der spesielle forhold ved arbeidstakeren gjør hans eller hennes situasjon særlig sårbar for oppsigelse, vil dette styrke forventningene hos arbeidsgiveren med tanke på undersøkelse av og tilbud om passende arbeid, slik at oppsigelse så langt det er mulig unngås. Formålet med plikten til å tilby annet passende arbeid er, som nevnt under punkt 1.2, å unngå oppsigelser fordi oppsigelse generelt vil gå hardt ut over arbeidstakeren.

Regelen bør på bakgrunn av rettspraksis og formålsbetraktninger forstås slik at jo hardere en oppsigelse rent faktisk vil gå ut over en arbeidstaker, desto strengere bør arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid tolkes. En slik løsning er for øvrig også i overensstemmelse med prinsippet om at oppsigelsens saklighet skal vurderes individuelt i forhold til hver enkelt arbeidstaker.¹⁷ Reelle hensyn er således en viktig rettskilde for avhandlingen.

1.3 Aml. § 15-7 annet ledd – historisk oversikt

Plikten til å tilby annet passende arbeid ble for første gang lovfestet med aml. 1977 § 60 nr. 2. Før denne loven fulgte reglene om annet passende arbeid av rettspraksis. Rettspraksis fra før 1960-tallet ser ikke ut til å ha regler om plikt til å vurdere alternative stillinger for arbeidsgiveren. En underrettsdom fra 1938 som gjaldt oppsigelse av to lagerarbeidere hos en kjøpmann, berører ikke spørsmålet om omplassering, til tross for at virksomheten etter oppsigelsen fortsatt hadde behov for ekstrahjelp på lageret. Oppsigelsene ble således opprettholdt av domstolen.

¹⁷ Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler) premiss 34.

Av senere dommer der plikten til å tilby annet passende arbeid berøres kan nevnes Rt. 1962 s. 888 (Dalens Garveri). Saken her gjaldt oppsigelse av en arbeidsformann som hadde vært ansatt i virksomheten i 30 år. Oppsigelsen ble ansett usaklig av en enstemmig Høyesterett som uttaler:

«I motsetning til lagmannsretten antar jeg at det etter de foreliggende opplysninger kan bebreides bedriftens ledelse, at den ikke i forbindelse med oppsigelsen av Ellingsen på eget initiativ fremsatte et utvetydig tilbud til ham om at han kunne overta annet arbeid i bedriften».

Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) gjaldt en regnskapssjef som etter 28 år som ansatt i Yven Papirfabrikk ble oppsagt i forbindelse med en bedriftssammenslutning og rasjonalisering. Den nye virksomheten, Papyrus Paper Mill, ble dømt til å betale arbeidstakeren erstatning ettersom det ikke var gjort nok for å unngå oppsigelse. Det fremholdes av førstvoterende at virksomheten hadde:

«en sterk oppfordring til å gjøre sitt ytterste for å søke å unngå en oppsigelse overfor denne funksjonær som i så mange år hadde virket i bedriftens tjeneste og som hadde en så sterk tilknytning til bedriften. I en situasjon som denne må det etter min mening iallfall kreves at bedriften omhyggelig overveiet om skadevirkningene for Høyaas kunne bli redusert ved at han fikk en annen stilling eller andre arbeidsoppgaver i bedriften».

Høyesterett forankret sitt resultat i disse dommene i arbeidsvernloven § 43 om saklig oppsigelse. Siden arbeidervernloven § 43 ikke direkte hjemlet en plikt for arbeidsgiver å tilby annet passende, må reglene om annet passende arbeid sies å være utviklet av Høyesterett. Dette er således i tråd med forarbeidenes forståelse når de uttaler i forbindelse med vedtakelsen av aml. 1977 § 60 nr. 2 at:

«Når det gjelder oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, tar departementet i sitt lovutkast opp Arbeidsrettsrådets forslag om at en oppsigelse som skyldes slike forhold ikke skal anses å være saklig begrunnet, hvis arbeidsgiveren har et annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren. Departementet har

*bare foretatt en mindre endring for å bringe regelen i samsvar med gjeldende rettspraksis».*¹⁸

De nevnte dommene viser at regelen skal forstås slik at en arbeidstaker bare skal kunne sies opp der mindre inngripende tiltak ikke lar seg gjennomføre. Stillingsvernet som generelt står sterkt i norsk rett bør gjelde i særlig grad for plikten til å tilby annet passende arbeid, siden den gjelder oppsigelse der arbeidstakeren ikke direkte er å bebreide, jf. aml. § 15-7 annet ledd første punktum. For at rettsordenen skal godta en nedbemanning på bekostning av en eller flere arbeidstakere, bør det derfor sterke grunner til.¹⁹

1.4 Avgrensning

Annet passende arbeid vurderingen gjelder når oppsigelsen skyldes arbeidsgiverens forhold, jf. aml. § 15-7 annet ledd, første punktum. Avhandlingen avgrenses dermed mot oppsigelser som skyldes arbeidstakeren selv.

En kan si det slik at arbeidstakerens egen oppsigelse er en rettslig disposisjon som ikke skaper nevneverdige plikter for arbeidsgiveren. I tilfeller der arbeidstakerens opptreden gir grunnlag for oppsigelse eller avskjed, er dette en forutsetningsbrist som gjør det naturlig at arbeidsgiver ikke plikter å tilby annet passende arbeid.

Avhandlingen avgrenses videre juridisk mot selvstendige oppdragstakere som ikke er arbeidstakere i arbeidsmiljølovens forstand, jf. aml. § 1-2. Virksomhetsbegrepet og arbeidstakerbegrepet skal jeg ikke gå nærmere inn på her. Avhandlingen skal drøfte innholdet av reglen i aml. § 15-7 annet ledd. Arbeidstaker, arbeidsgiver og virksomhet er begrep bidrar ikke til å opplyse denne oppgaven ytterligere.

Arbeidsmiljøloven har i § 1-2 annet, tredje og fjerde ledd har visse unntak, blant annet for offentlige tjenestemenn, sjømenn og ansatte i militær luftfart. For disse gjelder

¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18

¹⁹ Fougner og Holo: Kommentarer til arbeidsmiljøloven s. 781

henholdsvis tjenestemannsloven²⁰, sjøloven²¹ og luftfartsloven²². Disse behandles ikke her.

En ting som imidlertid bør merkes er at arbeidsmiljøloven gjelder for ansatte i kommunal sektor. Tjenestemannsloven § 1 gjelder for ansatte i ”statens tjeneste”. Kommunale ansatte faller dermed utenfor ordlyden. Det samme gjelder for statseide virksomheter som er organisert som private rettssubjekter, for eksempel ansatte i Posten eller Staten Vegvesen. For ansatte i slike statlig eide virksomheter kommer således arbeidsmiljøloven til anvendelse.²³

Om grunnlaget for å gå til nedbemanning er saklig, skal ikke drøftes her. Oppgaven forutsetter at arbeidsgiveren har saklig grunn til å gå til oppsigelser, såkalt saklig grunn på «bedriftsnivå». Dette innebærer at oppgaven avgrenses mot vurderingen etter aml. § 15-7 annet ledd annet punktum, ettersom denne vurderingen dreier seg *om* virksomheten har saklig grunn til å gå til oppsigelse.

1.5 Videre fremstilling

Oppgavens del 2 utgjør hoveddelen. Her vil jeg drøfte hva som nærmere ligger i plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd. Del 3 tar for seg de ulike konsekvensene som kan oppstå som følge av plikten til å tilby annet passende arbeid. Til slutt vil jeg i del 4 ta en kort drøftelse om finanskrisens betydning for plikten til å tilby annet passende arbeid.

²⁰ Lov 4. mars 1983 nr. 3

²¹ Lov 30. mai 1975 nr. 18

²² Lov 11. juni 1993 nr. 101

²³ Jf. Rt. 1989 s. 508 (Norsk Jernverk), omtalt nærmere under punkt 2.2.3.

2 Annet passende arbeid

2.1 Innledning

Det fremgår av aml. 15-7 annet ledd, første punktum at:

«Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker».

Ordlyden tilsier at selv om virksomheten generelt har saklig grunn til å gå til oppsigelse, såkalt saklighet på bedriftsnivå, kreves det at arbeidsgiveren foretar en vurdering om det finnes annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren. Oppgavens tema er hvor langt denne plikten går og det nærmere innholdet av den.

Proessen i en oppsigelse består av to trinn. For det første skal man vurdere om bedriften har saklig grunn *for å gå til oppsigelse*. Som allerede nevnt i innledningen forutsetter imidlertid denne avhandlingen at saklighetskravet på bedriftsnivå er oppfylt.

Dernest skal det vurderes om oppsigelsen er *saklig overfor den enkelt den enkelte arbeidstaker*.²⁴ Her kommer plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd første punktum inn. Norsk rett følger prinsippet om individuell saklighet. Prinsippet innebærer at det skal foretas en selvstendig vurdering i forhold til den enkelte arbeidstaker.²⁵

Regelen i aml. § 15-7 annet ledd første punktum følger et saklighetsprinsipp.²⁶

Prinsippet innebærer blant annet at det skal være balanse mellom mål og midler. Dette

²⁴ Jf. Jakhelln s. 429

²⁵ Jf. Rt. 2008 s. 749 (avsnitt 34)

²⁶ Jf. Dege s. 429. Her taler forfatteren om «proporsjonalitetsprinsippet». Denne terminologien har jeg ikke kommet over i andre litteraturer eller rettspraksis om dette temaet. Dette betyr naturligvis ikke at ordbruken ikke har rettskildemessig støtte. Problemet ser imidlertid ut til å være et terminologisk problem; prinsippet om at det skal være balanse mellom mål og midler, og at arbeidsgiveren skal benytte

betyr at en arbeidsgiver er bundet i visse tilfelle å løse problemer knyttet til driften av virksomheten på en annen måte enn ved å gå til oppsigelse av en ansatt. Ikke en hvilken som helst reduksjon i driften vil dermed begrunne en oppsigelse av en arbeidstaker.²⁷ Det må således foretas en helhetsvurdering der virksomhetens interesser veies opp mot arbeidstakerens interesser. Hvis det for eksempel viser seg at en virksomhet opplever en midlertidig reduksjon i driften vil det ikke alltid godtas at arbeidsgiveren går så langt som til oppsigelse av arbeidstakeren, dersom man etter en helhetsvurdering kommer til at hensynet til arbeidstakeren og hans behov for arbeid mv. veier tyngre enn virksomhetens (økonomiske) interesser.

Det følger videre av prinsippet at man skal velge den løsningen som virker minst inngripende overfor arbeidstakeren. Plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd blir et ledd i vurderingen om å søke å unngå oppsigelse. Dersom oppsigelse ikke kan unngås, stilles det krav til hvordan virksomheten skal gå frem, og hvem som skal velges av de ansatte som står i fare for å bli sagt opp.²⁸

Del 2 utgjør som nevnt i punkt 1.5 avhandlingens hovedtema. Oppgavens hovedtema består av punkt 2.2 som tar for seg regelens anvendelsesområde. 2.3 hvor det nærmere drøftes hva som ligger i at arbeidet må være «passende». Videre i punkt 2.4 drøfter jeg arbeidsgiverens tilbudsplikt. Til slutt behandles utvelgelsesprosessen når oppsigelse ikke kan unngås i punkt 2.5.

2.2 Virkeområdet for aml. § 15-7 annet ledd

2.2.1 Innledning

Det fremgår av aml. § 15-7 annet ledd, første punktum at

seg av den utvei som for arbeidstakeren virker minst inngripende, gjelder fullt ut uansett om man kaller det et saklighetsprinsipp, eller proporsjonalitetsprinsipp.

²⁷ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18 og 19

²⁸ Jf. Fanebust s. 137

«Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig dersom arbeidsgiver har annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker».

Ordlyden reiser flere problemstillinger i forhold til virkeområdet for plikten til å tilby annet passende arbeid. For det første må det redegjøres nærmere hva som ligger i begrepet «virksomhet», jf. punkt 2.2.2. Også innholdet av begrepene «driftsinnskrenkning» og «rasjonaliseringstiltak» skal redegjøres nærmere, jf. punkt 2.2

2.2.2 Nærmere om virksomhetsbegrepet

Etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum gjelder plikten til å tilby annet passende arbeid i

«virksomheten»

Med «virksomheten» forstås hele den juridiske enhet hvor den ansatte er arbeidstaker og hvor arbeidsgiveren styrer og har det overordnede ansvaret. Virksomhetsbegrepet er ikke definert i loven. Det fremgår på den annen side av forarbeidene at avgrensningen av virksomhetsbegrepet som utgangspunkt vil falle sammen med arbeidsgiverbegrepet, jf. aml. § 1-8 (2).²⁹

Hvordan grensene nærmere skal trekkes for virksomhetsbegrepet gir verken loven eller forarbeidene liten veiledning om.³⁰ Grensene må således trekkes etter gjeldende rettspraksis og juridisk teori. Tidligere opererte loven med begrepet «bedrift» i stedet for «virksomhet». Det fremgår imidlertid av forarbeidene av det ikke er tilsiktet noen realitetsendring.³¹ Tidligere rettskilder vil da være relevante.

²⁹ Jf. NOU 2004:5 s. 148

³⁰ Jf. NOU 2004:5 s. 149

³¹ Jf. NOU 2004:5 s. 149.

Utgangspunktet er at «virksomheten» utgjør det rettssubjekt som arbeidstakeren er ansatt i.³² I teorien blir det hevdet at virksomhetsbegrepet bør avgjøres ut fra de rettslige å praktiske muligheter ledelsen i virksomheten har for å ivareta arbeidstakerens interesser.³³ Begrepet omfatter alle former for næringsvirksomhet og offentlig forvaltning. Det omfatter også ideell og immateriell virksomhet. Om virksomheten drives med gevinst som hensikt er ikke avgjørende.³⁴

Begrepet virksomhet går igjen flere steder i arbeidsmiljøloven.³⁵ Rettstekniske hensyn tilsier at begrepet så langt det er mulig bør tolkes likt i de ulike bestemmelsene.³⁶ Dette bør særlig gjelde for reglene om stillingsvern da disse bestemmelsene i tillegg har det samme formål. Konsekvensen av dette vil være at rettskilder om tolkningen av virksomhetsbegrepet i en bestemmelse vil være relevant for de øvrige bestemmelsene i arbeidsmiljøloven som regulerer virksomhetsbegrepet.

I rettspraksis og juridisk teori er det antatt at virksomhetsbegrepets rekkevidde må avgjøres på bakgrunn av formålet med den enkelte bestemmelsen.

I lagmannsretts dom av 15. desember 2000 fremgår dette uttrykkelig.³⁷ Saken her gjaldt gyldigheten av pålegg fra arbeidstilsynet til Oslo kommune om at det velges et sentralt hovedverneombud og opprettes et sentralt arbeidsmiljøutvalg. Oslo kommune anførte at etatene måtte anses som egne virksomheter. Lagmannsretten var uenige i dette og gav Staten v/ kommunal- og regionaldepartementet medhold.

Her fremholdes det at det er klart at

«virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt må anse hele arbeidsgiverens organisasjon som én virksomhet. Hvordan

³² Jf. Fougner m.fl. s. 204

³³ Jf. Fanebust s. 155

³⁴ Jf. NOU 2004:5 s. 149

³⁵ Se blant annet aml. §§ 1-2 (1), 1-8 (2) i.f., 2-4, 4-1, 6-1, 8-1, 10-2 (2), 15-3 (3) mv.

³⁶ Se. Fanebust s. 154

³⁷ LB-1999-02678 Borgarting Lagmannsrett.

den enkelte kommune har organisert seg med hensyn til delegering av arbeidsgiverfunksjoner, kan ikke være avgjørende. (...) Den konkrete avgrensning må bero på fortolkning av de aktuelle verneregler og de hensyn som bærer dem».

Dersom det uttalte skal overføres til reglene om annet passende arbeid tilsier uttalelsen at hensynet bak bestemmelsen i aml. § 15-7 annet ledd vil være en viktig faktor ved den nærmere avgrensningen av virksomhetsbegrepet.

Spørsmålet i det enkelte tilfelle blir således om hensynet bak reglene i aml. § 15-7 annet ledd, første punktum tilsier at virksomhetsbegrepet i dette tilfelle bør tolkes slik at plikten oppstår for arbeidsgiveren.

Som nevnt i innledningen er reglene om annet passende arbeid et utslag av en avveining mellom arbeidstakerens og arbeidsgiverens interesser. Reglene i aml. § 15-7 annet ledd første punktum tar således hensyn både til virksomheten og til den enkelte arbeidstaker. Når den nærmere avgrensningen av omfanget skal foretas på bakgrunn av hensynet bak reglene, er det nærliggende å anta at rekkevidden av ”virksomhet” i aml. § 15-7 annet ledd, første punktum er underlagt en helhetsvurdering hvor både hensynet til arbeidsgiveren og hensynet til arbeidstakeren kommer inn.

Som punkt 2.3 og 2.4 i avhandlingen viser, er reglene om annet passende arbeid stort sett underlagt en slik vurdering der partenes interesser veies opp mot hverandre. Det gir således god sammenheng i bestemmelsen om man også for virksomhetsbegrepet anlegger en slik løsning. Rettstekniske hensyn taler således også for at virksomhetsbegrepet avgjøres etter en helhetsvurdering.

Ved den nærmere avgrensningen av virksomhetsbegrepet opp noen særlige spørsmål med tanke på konsernforhold, jf. punkt 2.2.2.1 og kommuner, jf. punkt 2.2.2.2.

2.2.2.1 Virksomhetsbegrepet i konsernforhold

Utgangspunktet er som nevnt at ”virksomheten” utgjør det rettssubjekt som arbeidstakeren er ansatt i.³⁸

Konsernforhold skaper ofte tvil i forhold til virksomhetsbegrepet ettersom at det, til tross for at søsterselskapene og morselskapet er selvstendige rettssubjekter, foreligger en nærhet i samarbeid, økonomi, styre mv. mellom disse selskapene at det oppstår spørsmål om virksomhetsbegrepet skal tolkes utvidende til også å gjelde de øvrige selskapene i konsernet, i tillegg til det juridiske selskapet hvor arbeidstakeren anses som arbeidstaker.

Aml. § 15-7 annet ledd regulerer ikke problemstillingen. Ordlyden gir således ingen veiledning. Spørsmålet må således besvares med grunnlag i andre rettskilder.

Spørsmålet ble tatt opp i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä). Saken gjaldt oppsigelse av daglig leder i datterselskapet Wärtsilä Diesel A/S. Morselskapet – Oy Wärtsilä AB – ble holdt solidarisk ansvarlig sammen med datterselskapet for rettigheter arbeidstakeren hadde i forbindelse med oppsigelsen. Høyesterett kom til dette resultatet fordi de mente at morselskapets innflytelse i oppsigelsen hadde en avgjørende rolle. Det heter i dommen på s. 1132 at:

”morselskapet hadde avgjørende innflytelse på hans lønns- og pensjonsforhold og at han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse. Indirekte hadde morselskapet oppsigelsesretten gjennom adgangen til å oppsi avtalen av 1980, og den uformelle oppsigelse Thord Läckström mottok ved brevet av 28. juni 1985, kom fra morselskapet. Thord Läckströms ansettelse i datterselskapet er klart å anse som et arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven, og datterselskapet har arbeidsgiveransvar etter denne lov. Men jeg er videre ut fra en samlet vurdering av forholdet mellom datterselskap og morselskap og de plikter og rettigheter Thord Läckström hadde overfor morselskapet under sitt midlertidige opphold i Oslo, kommet til at også morselskapet måtte anses som arbeidsgiver”

³⁸ Jf. Fougner m.fl. s. 204

Og videre:

”Jeg bemerker at jeg ikke kan se at det etter arbeidsmiljøloven er noe til hinder for å anse et datterselskap og et morselskap for å ha felles arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene er delt mellom begge selskaper slik det her er tilfelle”

Høyesterett drøfter her hvem som er *arbeidsgiver* for den ansatte. Som nevnt under punkt 2.2.2. vil imidlertid disse vurderingene stort sett være sammenfallende.³⁹

Dommen innebærer at plikten til annet passende arbeid i særlige tilfelle også kan omfatte morselskapet. Det må etter dommen vurderes konkret, der momenter som morselskapets involvering i arbeidsrettslige forhold i datterselskapet synes å ha særlig betydning.

Hensynet til arbeidstakeren kan i det enkelte tilfelle tilsi at virksomhetsbegrepet skal tolkes utvidende til også å gjelde morselskap.

Dommen sier ingenting om det samme kan gjelde for søsterselskaper. Det avgjørende må er om forholdet mellom (den egentlige) virksomheten og søsterselskapet gjør at det fremstår som naturlig å betrakte søsterselskapet som et omplasseringsalternativ når spørsmålet om annet passende arbeid er oppe. Avgjørende blir en helhetsvurdering hvor virksomhetenes og arbeidstakerens interesser veies opp mot hverandre, jf. under punkt 2.2.2. Hvis for eksempel søsterselskapets økonomiske situasjon er svært dårlig taler dette for at man i dette tilfellet ikke skal tolke virksomhetsbegrepet slik at det også omfatter søsterselskapet.⁴⁰ Søsterselskapets daglige påvirkning og innflytelse i arbeidstakerens arbeidsforhold vil, etter ovennevnte dom, være et moment av betydning.

2.2.2.2 Virksomhetsbegrepet i kommuner

Arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse også for kommunalt ansatte, jf. under punkt 1.4.

³⁹ NOU 2004:5 s. 148

⁴⁰ Jf. punkt 2.3.3.6 og Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) om hensynet til virksomheten.

Kommuner utgjør en særlig gruppe. Illustrerende er Rt. 1998 s. 1357 (Furuseth). Her var spørsmålet om Oslo kommune som sådan var å anse som arbeidsgiver etter reglene om arbeidstid i aml. 1977 § 49 nr. 1 jf. nr. 3 (aml. § 10-4). Saken gjaldt krav om utbetaling av overtidsgodtgjørelse. Den ansatte hadde en heltidsstilling og en deltidsstilling i to forskjellige bydeler i Oslo kommune. Da han ble oppsagt krevde han overtidsgodtgjørelse for arbeidet i deltidsstillingen fordi begge bydelene i Oslo kommune var å anse som forskjellige arbeidsgivere.

Høyesteretts flertall (3-2) gav arbeidstakeren medhold. Og uttaler tydelig at

”Jeg finner det klart at det er Oslo kommune som sådan som er arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven forstand”.

(...)

”Når en juridisk person er arbeidsgiver, må arbeidsgiverfunksjonene utøves av den juridiske persons organer eller tjenestemenn. At arbeidsgiverfunksjonene er delegert fra bystyret til de enkelte etater eller bydeler, gjør ikke disse til arbeidsgiver”.

Dommen viser tydelig at én kommune, betyr én arbeidsgiver. For plikten til å tilby annet passende arbeid betyr dette at hele kommunen er å anse som én virksomhet, slik at arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid gjelder i hele kommunen og alle dens organer. Ettersom dommen her gjelder Oslo kommune, som er Norges største kommune er det nærliggende å anta at dette gjelder for alle kommuner.

Med denne dommen fremstår arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid som en meget omfattende plikt. At omfanget av arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd er omfattende er imidlertid ikke det samme som at arbeidstakeren har *krav* på alle ledige stillinger eller udekkede arbeidsbehov i kommunen. Det følger således flere begrensninger i arbeidstakerens krav på annet arbeid, slik som hans eller hennes kvalifikasjoner, virksomhetens forhold mv. jf. nærmere under punkt 2.3. I det konkrete tilfelle kan derfor særlige omstendigheter begrense omplasseringsplikten. Når det er sagt, er utgangspunktet at arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid gjelder i hele kommunen.

Rt. 1998 s. 1357 gjaldt forholdet internt i en kommune. Hvordan forholdet er mellom flere kommuner blir et annet spørsmål.

I ARD 1980 s. 79 ble flere kommuner ansett solidarisk ansvarlig overfor arbeidstakerne ved nedleggelsen av et skolepsykologisk kontor. Saksforholdet her var at seks kommuner gikk sammen om en samarbeidsavtale for å opprette et interkommunalt skolepsykologisk kontor. Kontoret var etablert med et eget selvstendig styre. Det ble senere besluttet at samarbeidsavtalen skulle sies opp, med den følge at de ansatte ble oppsagt. Selv om det var opprettet et selvstendig styre heter det i dommen på s. 89 at

”Arbeidsretten anser det klart at de samarbeidende kommuner, som var de ankende parters reelle arbeidsgivere med bl.a. ansvar for bevilgning av tilstrekkelige midler til lønninger mv., hadde et selvstendig arbeidsgiveransvar overfor disse”.

Hver av de seks kommunene hadde altså et selvstendig arbeidsgiveransvar, og herunder plikt til annet passende arbeid, som følge av den usaklige oppsigelsen. Denne dommen går lenger enn Furuseth dommen.

En lignende dom, men med det motsatte utfall følger av Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter). Her ble spørsmålet om annet passende arbeid berørt direkte. Også her dreiet det seg om et samarbeid mellom seks kommuner. De hadde i fellesskap opprettet et pedagogisk, psykologisk distriktssenter (PPD-senter). PPD-senteret hadde et eget styre.

Da det ble bestemt at skole- og boavdeling skulle nedlegges, ble de ansatte her oppsagt fra sine stillinger. Disse gikk til sak og hevdet at oppsigelsen var usaklig ettersom kommunene hadde plikt til å tilby dem annet passende arbeid, jf. aml. 1977 § 60 nr. 2 (sml. aml. § 15-7 annet ledd første punktum).

Høyesterett (dissens 4-1) kom etter en helhetsvurdering av forholdet til at PPD-senteret var et eget rettssubjekt og de ansattes eneste arbeidsgiver. Kommunene hadde ikke en slik tilknytning til senteret at arbeidsgiveransvaret ble ansett å omfatte dem. Det ble blant annet lagt vekt på PPD-senterets selvstendige opptreden overfor tredjeparter, at

instruksjonsmyndigheten kommunene hadde overfor PPD-senteret var begrenset og budsjettmessige forhold.

Dommen i ARD 1980 s. 79 ble også berørt. Flertallet valgte imidlertid ikke å tillegge denne saken avgjørende vekt fordi

”den saken på flere punkter sto i en annen stilling enn vår sak” (på s. 639).

Mindretallet la vekt på at flere rettssubjekter kan være arbeidsgiver i forhold til reglene om stillingsvern, jf. Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) og legger *”betydelig vekt”* på dommen i ARD 1980 s. 79.

Som drøftelsene viser er rettspraksis er noe sprikende på dette området.⁴¹ De to ARD-dommene viser at tilnærmet lik saksforhold kan få forskjellige rettslige konsekvenser. Dommene som er drøftet under punkt 2.2.2.1 og punkt 2.2.2.2 viser at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. Hensynet til virksomhetene må veies opp mot arbeidstakerens interesser. Tilknytningsforholdet er et moment av stor betydning, fordi jo større tilknytning virksomhetene har, desto større grunn har arbeidstakeren til å forvente at også den andre virksomheten skal holdes ansvarlig. Dersom det kan påvises en ikke tilknytning av betydning mellom virksomhetene er det også nærliggende å anta at det andre selskapet har vært med å frembringe situasjonen som foranlediget driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak, slik at det er rimelig at også de pålegges et ansvar til å tilby annet passende arbeid.

2.2.3 Driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak

Etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum oppstår plikten til å tilby annet passende arbeid ved

”Driftsinnskrenkninger [og] rasjonaliseringstiltak”

⁴¹ Se også Dege s. 681

Ordlyden for det første at aml. § 15-7 annet ledd ikke gjelder oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold. Driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak er forhold på virksomhetens side. At situasjonen er oppstått fordi de ansatte ikke gjorde en god nok innsats er uten betydning, med mindre det gir grunnlag for oppsigelse. Kravet om annet passende arbeid kommer dermed bare til anvendelse når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold, eller med andre ord når den ansatte ikke kan bebreides for oppsigelsen.

Videre oppstår det spørsmål om hva som nærmere ligger i uttrykket ”driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak”.

Rt. 1989 s. 508 (Norsk Jernverk) berører problemet. Saksforholdet her var at Christiania Spigerverk vedtok å flytte sin virksomhet fra Spigerverket i Oslo til Jernverket i Mo i Rana for å opprettholde virksomheten der. Dette medførte at over to hundre ansatte i Oslo ville bli oppsagt.

De ansatte gikk til sak med påstand om at oppsigelsene var ugyldige etter aml. 1977 § 60 nr. 1 og aml. 1977 § 60 nr. 2 (jf. henholdsvis aml. § 15-7 første og annet ledd). Høyesterett kom etter en helhetsvurdering til at oppsigelsene var saklige. De ansatte påstod at oppsigelser som følge av ”driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak” ikke er saklig hvis de ikke er begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn.

Etter å ha vist til uttalelser i forarbeidene⁴² bemerker Høyesterett at:

”Det fremgår ikke [av uttalelsene i forarbeidene] at oppsigelser i forbindelse med driftsinnskrenkning ved en bedrift aldri kan være saklig begrunnet hvis dette ikke gir en økonomisk gevinst for bedriften eller det konsern denne er en del av. Det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere

⁴² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom”.

Premissene illustrerer for det første at det har formodningen mot seg at virksomheter i sin beslutning om driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak ikke regner med et positivt økonomisk resultat. Selv om det i våre øyne ikke alltid fremstår som like klart hva motivene er, fastslår Høyesterett her at man som utgangspunkt skal tillate virksomheter et stort spillerom på dette området.

For det andre tilsier premissene at det uansett ikke er avgjørende om beslutningen om driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak vil være økonomisk gunstig for virksomheten.

Videre fremgår det av dommen:

«At en stor bedrift - i vårt tilfelle en statsbedrift - skulle være avskåret fra å ta hensyn til distriktsinteresser, når det tvinges til å velge mellom drift på ett av to steder, måtte det i tilfelle kreves helt klare holdepunkter i loven for».

Når Høyesterett her godtar en ”rasjonalisering eller driftsinnskrenkning” på bakgrunn av distriktsinteresser tilsier det at ordlyden ikke setter grenser for hvilke grunner man anfører. Det avgjørende er om virksomheten etter en helhetsvurdering har saklig grunn til å gå til oppsigelser.

Formålet aml. § 15-7 annet ledd er som nevnt å unngå oppsigelse dersom det er arbeidsbehov andre steder i virksomheten. Dette vil gjelde fullt ut selv om det dreier seg om noe annet enn driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak som lovteksten uttrykkelig nevner. En slik løsning synes også å ha støtte i teorien.⁴³

⁴³ Jf. Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s. 800. Her heter det ”driftsinnskrenkning, rasjonaliseringstiltak eller andre former for omstilling”.

2.3 Vilkåret om «passende arbeid»

2.3.1 Innledning: Kvalifikasjon som forutsetning for passende arbeid

Etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum skal arbeidet som tilbys være «*passende*».

Ordlyden tilsier at arbeidet som den ansatte tilbys må være av en slik art at den ansatte har forutsetningene for å klare den. Kravet om at arbeidet må være passende forstås således som en kvalifikasjonsmessig begrensning for arbeidstakeren, og etter min mening regulerer ordlyden «passende» også arbeidsgiverens tilbudsplikt, jf. under punkt 2.4.1. I juridisk litteratur fremholdes det ofte at forutsetningen for at arbeidet skal anses å være «passende» er at arbeidstakeren er skikket for arbeidet.⁴⁴

Da Arbeidsrettsrådet i sitt utkast foreslo en regel om plikt til å tilby annet passende arbeid fremgikk det av ordlyden at arbeidsgiverens plikt omfattet et annet arbeid i bedriften «som han [arbeidstakeren] er skikket for»⁴⁵

Forslaget ble tatt opp av Kommunal- og arbeidsdepartementet, men regelen (§ 43 nr.1 første ledd) ble endret å bringe regelen i samsvar med gjeldende rettspraksis.⁴⁶

Ordlyden «skikket» ble således ikke tatt med i det som resulterte i aml. 1977 § 60 nr. 1.

Prinsippet om at arbeidstakeren må være skikket til det arbeidet som han har krav på å bli tilbudt gjelder likevel fullt ut.⁴⁷ At arbeidstaker bare har krav på å bli tilbudt stilling som han er kvalifisert for, følger altså av ordlyden «passende» arbeid.⁴⁸

Begrepet «skikket» er benyttet i rettspraksis. Blant annet i lagmannsretts dom av 2007-003738. Saksforholdet her gjaldt oppsigelse av en ansatt som følge av en

⁴⁴ Slik som Fanebust s. 151.

⁴⁵ Jf. Innstilling fra Arbeidsrettsrådet om oppsigelse og avskjed s. 1, vedlegg II til Ot.prp. nr. 41 (1975-76). Se også Fanebust s. 139.

⁴⁶ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 18

⁴⁷ Jf. Fanebust s. 139 hvor det hevdes at forslaget ble tatt opp «i prinsippet».

⁴⁸ Jf. Fanebust s. 151

rasjonalisering. Virksomheten (Peppes Pizza) fikk ikke medhold i sin påstand om at oppsigelse var saklig. Lagmannsretten fant at virksomheten ikke hadde gjort tilstrekkelig for å se om det fantes annet passende arbeid i bedriften. For hva gjelder kravet til å tilby annet passende arbeid uttaler førstvoterende i lagmannsretten at det må dreie seg om en

«passende stilling som arbeidstager ville være skikket for».

Selv om kravet til skikkethet hos arbeidstakeren ikke voldt tvil i denne saken, viser uttalelsen at også rettspraksis stiller et krav om kvalifikasjoner til arbeidstakeren som en forutsetning for at stillingen skal være «passende». Dommen sier imidlertid ikke uttrykkelig at kravet om skikkethet følger av ordlyden «passende» i aml. § 15-7 annet ledd første punktum. Det følger derimot av juridisk teori at «passende» forutsetter at arbeidstakeren er skikket for stillingen han eller hun har krav på å bli tilbudt.⁴⁹

Ettersom ordlyden refererer seg til personlige og faglige kvalifikasjoner hos den enkelte arbeidstaker, blir vurderingen nødvendigvis en konkret vurdering i forhold til hver enkelt arbeidstaker.⁵⁰

Kravet om kvalifikasjon hos arbeidstakeren er begrunnet med hensynet til virksomheten. Det ville vært urimelig overfor virksomheten hvis omplasseringsplikten skulle gå så langt at også den også omfattet stillinger som arbeidstakeren ikke har forutsetninger for å gjennomføre. Hvis arbeidsgiveren benytter seg av omplassering, nedbemanning mv. for å skifte ut arbeidsstokken på en ulovlig måte, forhindrer reglene om annet passende arbeid i aml. § 15-7 annet ledd at dette skjer. Hvis den ansatte derimot ikke er kvalifisert for stillingen, slår ikke regelen til og hensynet til virksomheten må da antas å veie tyngre.

Som nevnt i punkt 1.1 må hensynet til virksomheten veies opp mot hensynet til arbeidstakeren. Lovgiver må ta hensyn til at samfunnet er avhengig av at virksomheter

⁴⁹ Jf. Fanebust s. 151

⁵⁰ Se Fanebust s. 153

skaper økonomisk vekst, noe som igjen bidrar til å skape arbeidsplasser og velferd i landet vårt. Dette tilsier at det må settes grenser for hvor langt rettsordenen skal gå i å verne om arbeidstakere. En grense har således blitt satt ved arbeidstakerens kvalifikasjoner.

I visse tilfeller vil formelle krav til kompetanse begrense omplassering av arbeidstakeren til ny stilling fordi det foreligger lovmessig forbud mot det. En sykepleier som blir oppsagt etter nedbemanning har for eksempel ikke krav på ledig stilling som lege, allerede av den grunn at bare utdannede leger har lov å praktisere medisin. Slike tilfeller er helt klare og volder ikke tvil.

Mer tvilsomt er det imidlertid i tilfeller der de faglige kvalifikasjonene ikke hindrer arbeidstakeren fra å tre inn i den nye stillingen. Eller når arbeidstakeren som formelt er kvalifisert ikke har de reelle kvalifikasjonene som trengs for stillingen, jf. under punkt 2.3.3.6 om hensynet til virksomheten. Her blir spørsmålet hvilke krav man med rimelighet kan sette til arbeidere i en slik stilling og om den ansatte ut ifra sine erfaringer og kunnskaper kan klare jobben på en forsvarlig måte. Om den enkelte arbeidstaker er kvalifisert må da som nevnt vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.⁵¹

2.3.2 Forholdet til fortrinnsretten

Etter aml. § 14-2 første ledd har arbeidstakeren fortrinnsrett til ny stilling, med mindre det gjelder en stilling arbeidstakeren ikke er *«kvalifisert for»*.

Ordlyden tilsier at det på samme måte som kravet om at arbeidstakeren skal være «skikket» gjelder et kvalifikasjonskrav hos arbeidstakeren. Den ansatte har etter ordlyden ikke fortrinnsrett til stillinger som han eller hun ikke kan utføre.

Forarbeidene fastslår at det viktigste formålet med bestemmelsen i aml. 1977 § 67 (aml. § 14-2 første ledd) er at

⁵¹ Jf. Fanebust s. 153

*«bedriftene ikke fritt skal kunne benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger til å skifte ut arbeidsstokken, i tilfelle hvor dette ikke kunne skjedd ved saklig oppsigelse».*⁵²

Uttalelsen viser at formålet med fortrinnsretten etter aml. § 14-2 første ledd til dels er den samme som formålet med reglene om arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum, se nærmere under punkt 2.3.1.

Det er således en sammenheng mellom reglene om fortrinnsrett og reglene om annet passende arbeid. Dette innebærer at rettskilder om hva som ligger i kvalifikasjonskravet etter aml. § 14-2 første ledd, er relevant for spørsmålet om hva som nærmere ligger i at arbeidet må være «passende» etter aml. § 15-7 annet ledd første punktum.

2.3.3 Momenter i vurderingen om arbeidet er «passende»

2.3.3.1 Innledning

Så langt har vi sett at arbeidstakeren må være kvalifisert for at arbeidet skal anses passende. Dette er en forutsetning for at arbeidet skal vurderes som «passende».⁵³ Men som rettspraksis og juridisk teori fremholder består kravet om «passende arbeid» av en helhetsvurdering der flere momenter kommer spiller inn.⁵⁴ Under dette punktet vil jeg redegjøre disse momentene.

2.3.3.2 Stillingstittel

Dersom arbeidsgiveren har benyttet en stillingstittel på en ledig stilling som tilsier at arbeidstakeren ikke er kvalifisert, blir spørsmålet hva en slik stillingsbetegnelse skal ha å si for spørsmålet om arbeidet er passende.

⁵² Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 27

⁵³ Arbeidsrett.no 3. utg. s. 1006

⁵⁴ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

Spørsmålet er tatt opp i RG 2004-776 (dissens 5-2) som gjaldt fortrinnsrett etter aml. § 14-2 annet ledd. Saken gjaldt en arbeidstaker, som følge av driftsinnskrenkninger ble oppsagt fra sin stilling. Senere krevet han fortrinnsrett til en mekanikerstilling i virksomheten. Arbeidet innebar blant annet nattarbeid som han av helsemessige grunner ikke kunne utføre. Han fikk dermed ikke stillingen. Selv om lagmannsretten var enig med arbeidsgiveren blir det uttalt (nærmest som obiter dictum) at

«Flertallet understreker på den annen side at det gjelder et ubetinget krav til lojalitet hos arbeidsgiver ved ny tilsetning innenfor den periode fortrinnsretten gjelder. Arbeidsgiveren skal ikke kunne omgå bestemmelsen om fortrinnsrett ved å definere stillingen slik at fortrinnsberettigede ikke kan anses skikket for stillingen. Fortrinnsretten må vurderes ut fra arbeidsgiverens reelle behov, ikke nødvendigvis ut fra det behov som arbeidsgiveren har formulert.»

Utsagnet må også gjelde for plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd, jf. under punkt 2.3.2. Dommen tilsier at arbeidsgiverens stillingsbetegnelse er ikke avgjørende. Det er de reelle forholdene som skal legges til grunn. Dermed unngår man at arbeidsgiver omgår sin plikt ved å gi stillinger en annen definisjon enn det den virkelig innebærer. Det avgjørende blir altså om arbeidstakeren kan utføre de arbeidsoppgavene som stillingen medfører, og ikke om han eller hun er kvalifisert etter stillingsbetegnelsen.

2.3.3.3 Arbeidstakerens egen vurdering

Arbeidstakerens egen vurdering er et viktig moment i vurderingen om arbeidet er «passende».⁵⁵ Begrunnelsen for dette er at det er arbeidstakeren selv som skal tiltre stillingen. Det er da naturlig at hans eller hennes mening settes høyt. Arbeidstakeren er også, sammen med arbeidsgiveren, nærmest til å vurdere om han eller hun kan mestre de utfordringene og arbeidsoppgavene som den aktuelle stillingen medfører.

⁵⁵ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 72

Vurderingen av om arbeidet er «passende» er som nevnt innledningsvis i punkt 2.1 en del av vurderingen av om oppsigelse er saklig på det individuelle planet. Hele prosessen ville vært kunstig om den det gjelder ikke skulle ha noe å si eller bli hørt i en slik prosess. Når den ansattes egne vurderinger tillegges vekt vil dessuten følelsen av å ha blitt hørt være med på å dempe de negative virkningene en eventuell oppsigelse har på en arbeidstaker.⁵⁶

Det er på den annen side viktig å være oppmerksom på at arbeidstakerens egen vurdering kun er et *moment* i vurderingen av om den ledige stillingen er «et passende arbeid» som arbeidstakeren har krav på å bli tilbudt. Det kan forekomme at andre momenter som taler i motsatt retning i visse tilfeller tillegges avgjørende vekt, jf. nærmere under punkt 2.3.3.6.

2.3.3.4 Betydningen av personlige egenskaper hos arbeidstakeren

Utgangspunktet ved vurderingen av om arbeidet er passende er som allerede nevnt at vurderingen skal skje konkret i forhold til den enkelte arbeidstaker, jf. under punkt 2.3.1.

Det er klart at personlige egenskaper som kaster lys over hvordan arbeidstakeren kan utføre sine arbeidsoppgaver har betydning ved vurderingen av om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen.

Spørsmålet her er imidlertid om man kan tillegge personlige egenskaper vekt ut over dette, ved vurderingen av om arbeidstakeren er kvalifisert for stillingen.

Spørsmålet er berørt i Rt. 2003 s. 1754 (Dissens 3-2). Saken gjaldt fortrinnsrett til ny stilling etter oppsigelse på grunn av driftsinnskrenkninger. Ved spørsmålet om A var «skikket» for stillingen uttaler førstvoterende som talsmann for flertallet:

⁵⁶ Se. Fougner m.fl. s. 227

«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.

A anfører at personlige egenskaper ikke kan tas i betraktning ut over dette. En slik forståelse av bestemmelsen er jeg ikke enig i. Hvis en arbeidstaker for eksempel skaper store samarbeidsvansker, eller skaper et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte, må det etter min mening være relevant i vurderingen av arbeidstakerens skikket. Verken ordlyden i §67 eller formålet med bestemmelsen taler mot det»

Premissene til flertallet tilsier at *alle* sider ved arbeidstakerens egenskaper i arbeidsforholdet skal tas med i vurderingen av om han eller hun er «skikket» for stillingen, også egenskaper ut over det som har med utførelsen av arbeidsoppgavene å gjøre.

Som det blir presisert i dommen har arbeidsgiveren ansvaret for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. 4-1 (1). Dersom det foreligger forhold ved den ansatte som medfører at omplassering til en annen stilling vil få negative konsekvenser for arbeidsmiljøet generelt, er det etter Rt. 2003 s. 1754 tillatt for arbeidsgiveren å ta med dette i vurderingen av om arbeidstakeren er «skikket» for stillingen.

Henvisningen til «arbeidsmiljøet» i Rt. 2003 s. 1754 må imidlertid forstås som en presisering om at personlige egenskaper som ligger helt utenfor arbeidsforholdet ikke er relevant ved vurderingen av om arbeidstakeren er «skikket». Det er således irrelevant å ta hensyn til om en kontoransatt har en bra sans for mote eller musikk. Arbeidsgiveren kan mest sannsynlig heller ikke høres med en påstand om at arbeidstakeren har særdeles dårlige egenskaper som fotballspiller, slik at bedriftslaget vil lide dersom vedkommende får bli i virksomheten.

2.3.3.5 Opplæring

Selv om en arbeidstaker kan bli kvalifisert for en ledig stilling etter omstilling eller nedbemanning, er det ikke gitt at arbeidet er «passende» i aml. § 15-7 annet ledd forstand er dersom tiltredelsen forutsetter en lang opplæringstid. Dersom omplasseringen krever en omfattende opplæring av arbeidstakeren, går det en grense hvor stillingen ikke betraktes som «passende» for arbeidstakeren fordi han eller hun ikke er kvalifisert.

Spørsmålet her blir således hvor lang opplæringstid man kan kreve at arbeidsgiveren må godta.

Etter aml. § 4-2 (2) bokstav e har arbeidstakeren krav på

«tilstrekkelig ... opplæring slik at arbeidstaker er i stand til å utføre arbeidet når det skjer endringer som berører vedkommendes arbeidssituasjon»

Ordlyden tilsier at arbeidstakeren har krav på opplæring ved «endringer» i arbeidsforholdet. Om driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak er omfattet av ordlyden «endringer» etter bestemmelsen er imidlertid uklart.

Det fremgår av forarbeidene at man med «endringer» først og fremst har tenkt på innføring av ny teknologi mv.⁵⁷

Behovet for opplæring er klart tilstede også når det dreier seg om omplassering etter nedbemanning mv. Prinsippet om at man skal anvende den løsning som er minst inngripende for arbeidstakeren, se under punkt 2.3.1, tilsier at omplassering etter en viss opplæring er å foretrekke fremfor oppsigelse.

Det følger av sikker rettspraksis og juridisk teori at også ved spørsmålet om arbeidet er «passende» i en omplasseringssituasjon, har arbeidsgiveren en viss plikt til å gi arbeidstakeren opplæring.⁵⁸

⁵⁷ Jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307

Grensen for hvor lang opplæringstid som kan kreves illustreres til dels i RG 1992 s. 1167. Her fant Drammen byrett oppsigelse av en kvinnelig kontorassistent saklig som følge av nødvendige driftsinnskrenkninger. Hun fikk ikke tilbud om stilling ved ordrekontoret, og mente at oppsigelsen var usaklig ettersom hun hadde bedre ansiennitet enn de øvrige ansatte. Byretten sa seg enig med arbeidsgiveren og begrunnet dette med at hun trengte seks måneders opplæringstid.

Retten fremholder at:

«Marie Haug hadde behov for en forholdsvis lang opplæringstid for å kunne arbeide selvstendig og effektivt og derved fylle en stilling ved ordrekontoret på linje med de øvrige ansatte».

Seks måneder ble altså sett på som for lang tid til tross for at hun hadde bedre ansiennitet enn de andre ansatte. Hensynet til virksomheten ble tillagt avgjørende vekt i denne saken.

Det er imidlertid viktig å merke at virksomhetens økonomiske situasjon ofte er et viktig moment ved vurderingen av hvor lang opplæringstid som kan kreves. I denne saken fremgår det således av domspremissene at:

«[b]edriften var i en meget vanskelig situasjon etter en alvorlig markedssvikt slik at betydelige driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak var påkrevet»

Selv om hensynet til arbeidstakeren og hennes gode ansiennitet tilsier i denne saken at hun hadde krav på en lengre opplæringstid, trekker altså hensynet til virksomhetens økonomiske situasjon i motsatt retning, slik at ansiennitetsprinsippet må vike i visse tilfeller. Dette leder oss til neste punkt, 2.3.3.6 om hensynet til virksomheten.

⁵⁸ Jf. Dege s. 687 og Fanebust s. 152

2.3.3.6 Hensynet til virksomheten

Rettspraksis viser at hensynet til virksomheten er et viktig moment av betydning når man skal vurdere om en oppsigelse er saklig. Som jeg nevnte innledningsvis i punkt 1.1 er vi alle tjent med at virksomheter opplever økonomisk vekst. Økonomisk vekst skaper arbeidsplasser og bidrar til å styrke velferdssamfunnet vårt. Lovgiver ga et klart uttrykk for å styrke arbeidstakernes stilling i forhold til bedriftsøkonomiske interesser med aml. 1977.⁵⁹ Det var imidlertid ikke meningen at bedriftsøkonomiske hensyn skulle utelukkes som argument.⁶⁰

Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) gjaldt oppsigelse av fire kvinnelige arbeidstakere etter driftsinnskrenkninger i Kåre Hillesland A/S. De ansatte gikk til sak mot virksomheten for å kjent oppsigelsene ugyldige. De anførte at oppsigelsen var usaklig ettersom de hadde bedre ansiennitet enn arbeidstakeren som fikk beholde stillingen. En enstemmig Høyesterett var imidlertid enig med arbeidsgiveren. Av rettens premisser fremgår det således at:

«selv om de ankende parter etter en opplæringsperiode kunne fylle stillinger i andre avdelinger, forelå det, i den vanskelige situasjon bedriften var i, sterke hensyn mot å skifte ut arbeidstakere i avdelinger med en arbeidsstokk som var fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver».

Premissene tilsier at hensynet til virksomheten er et moment av betydning når man skal vurdere hvilke av de ansatte som er skikket for stillingen, jf. nærmere under punkt 2.5.3.2. I dette tilfelle var virksomhetens situasjon prekær, slik at effektivitetshensyn ble tillagt stor vekt. Her måtte altså ansiennitetsprinsippet vike for bedriftsøkonomiske interesser. Den av de ansatte som for virksomheten var mest lønnsom å beholde ble dermed ansett den mest «skikkede».

Det er naturlig at virksomhetens forhold i særlige tilfeller får avgjørende betydning. Selv om en oppsigelse oppleves som tungt for den som rammes er det, fra et objektivt

⁵⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18

⁶⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 18

synspunkt, bedre at noen «ofres» for å redde virksomheten. Man unngår dermed å havne i en konkurssituasjon, slik at samtlige i virksomheten stod i fare for å miste jobben.

Synspunktet i Hillesland dommen blir videreført i Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler). Saken her gjaldt gyldigheten av en oppsigelse som var begrunnet i virksomhetens forhold. Arbeidsgiveren hadde tilbudt arbeidstakeren flere stillinger som han hadde avslått. Den ansatte mente at oppsigelsen var usaklig og at det ikke var tatt tilstrekkelig hensyn til hans psykiske helse.

Om interesseavveiningen uttaler Høyesterett at:

”Selv om det etter § 60 nr. 2 [aml. § 15-7 annet ledd første punktum] skal foretas en vurdering i forhold til den enkelte ansatte, må det etter mitt skjønn også være klart at det skal meget til for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringstiltak som det er spørsmål om å gjennomføre, som i vår sak, har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte”.

Høyesteretts uttalelser her viser at «helheten» også her ble tillagt avgjørende betydning. Som nevnt tidligere veier den enkelte ansattes interesser mindre, når virksomheten kan vise til at den står overfor en slik prekær situasjon som kan få konsekvenser for flere ansatte dersom tiltak ikke settes i verk.

I denne saken var imidlertid ikke virksomheten i en økonomisk vanskelig situasjon, slik som i Hillesland dommen. Her var tilfelle, slik det fremgår av anførselene til Posten Norge AS at

«tiltakene var uomtvistelig nødvendige som følge av den meget vesentlige begrensning av Posten Norges enerett som fulgte av politiske vedtak, og behovet for å sikre en forsvarlig avkastning av kapitalen».

Her dreier det seg altså ikke om å redde en virksomhet ut av en vanskelig situasjon. Det dreide seg derimot om en alminnelig omstrukturering av virksomheten for å gjøre den

mer konkurransedyktig, slik at man unngikk å havne i en vanskelig økonomisk situasjon. Det er således ikke nødvendig at virksomhetens økonomiske situasjon er dårlig for at hensynet til virksomheten skal betraktes som et relevant moment ved vurderingen av om arbeidstakeren har krav på et annet passende arbeid i virksomheten.

At en enstemmig Høyesterett også her velger å la virksomhetens interesser gå foran dempes betraktelig når man ser på særegheten ved denne saken. Arbeidstakeren hadde fått tilbud om flere stillinger, som han valgte å avslå. Han gir ingen gode grunner for hvorfor han avslo disse tilbudene. Det virker som om arbeidstakeren i denne saken egentlig ikke ville jobbe andre steder enn i sin opprinnelige arbeidsplass på Majorstuen, noe domstolene vanskelig kunne hjelpe han med.

2.4 Arbeidsgiver må tilby en stilling som er "passende" for arbeidstakeren

2.4.1 Innledning

Aml. § 15-7 annet ledd første punktum stiller krav om at arbeidsgiveren må tilby

"et annet passende arbeid".

Ordlyden sier lite om hva som nærmere ligger i tilbudsplikten. Her reiser det seg flere problemstillinger. For det første oppstår spørsmålet om arbeidsgiveren går fri sin plikt dersom han tilbyr arbeid som ikke svarer til det arbeidet arbeidstakeren hadde fra før. Videre reiser det seg spørsmål om lønnen kan settes ned. Om arbeidsgiveren kan opprette prøvetid for den nye stillingen er også et problem i denne sammenheng. Disse spørsmålene vil jeg drøfte i det følgende.

Arbeidsgiverens tilbudsplikt følger som nevnt av ordlyden "passende arbeid".

Dette fremgår imidlertid ikke i rettspraksis eller juridisk teori. Det fremkommer ofte at *kvalifikasjonskravet* følger av ordlyden "passende", men ingenting om hvilken ordlyd i aml. § 15-7 annet ledd som regulerer arbeidsgiverens tilbudsplikt.

Uttrykket «passende» i aml. § 15-7 annet ledd første punktum er formulert på en måte som gjør at den kan leses slik at den også dekker arbeidsgiverens tilbudsplikt.

Arbeidsgiveren må gjøre det han eller hun kan for at arbeidstakeren skal kunne tiltre en annen stilling i virksomheten. «Passende arbeid» er således et partsnøytralt begrep som setter begrensninger og plikter til begge parter. Fordelen med å lese ordlyden slik er at loven da på en elegant måte viser at tross det klare spenningsforholdet i arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser i en oppsigelsessituasjon, har partene plikt til å ivareta hverandres interesser til en viss grad.

Arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid inntreder dersom virksomheten har et udekket arbeidsbehov. Det behøver således ikke å være en konkret stilling.⁶¹

Ordlyden ”arbeid” er således bevisst valgt fremfor ”stilling” for å markere dette. Også stillinger som vil bli ledige «i et rimelig tidsperspektiv» er omfattet av plikten til å tilby annet passende arbeid.⁶² Regelen innebærer heller ikke en plikt for arbeidsgiver å opprette en ledig stilling eller pålegge andre arbeidstakere, for eksempel med dårligere ansiennitet, å flytte slik at det blir en ledig stilling.⁶³

Det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at det ikke finnes andre passende stillinger å tilby arbeidstakeren.⁶⁴ Dersom en oppsigelse ender i retten må arbeidsgiveren således sannsynliggjøre enten at det ikke finnes annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren, eller at arbeidstakeren har valgt å takke nei etter et tilbud fra arbeidsgiveren. Det er derfor viktig at arbeidsgiveren får ting bekreftet underveis, slik at han eller hun senere kan dokumentere at plikten etter aml. § 15-7 annet ledd er oppfylt.

⁶¹ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁶² Jf. Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler) avsnitt 38.

⁶³ Jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁶⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

2.4.2 Lavere stilling

Aml. § 15-7 annet ledd sier ingenting om arbeidsgiveren går fri sin plikt til å tilby annet passende arbeid, dersom han tilbyr en lavere stilling enn den stillingen arbeidstakeren tidligere var ansatt i.

Utgangspunktet følger av forarbeidene til aml. 1977 hvor det fremgår 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».*⁶⁵

Hva som ligger i ”et dårligere arbeid” kan by på tvil, og må vurderes konkret i hvert tilfelle. Momenter som lønn, stillingsinnhold er nevnt. Trolig kan det trekkes av dette at arbeidsgiverens tilbud må ligge så nær opp til den opprinnelige stillingen som mulig.⁶⁶ Dette foranlediger en viss undersøkelsesplikt hos arbeidsgiveren. Han eller hun må da se hva slags stillinger som kan tilbys, og hvilke av disse som er mest ”passende” for arbeidstakeren.

Videre fremgår det av uttalelsen i forarbeidene at arbeidsgiveren går ikke fri sin plikt etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum om han tilbyr en stilling som er kvalitativt dårligere enn det arbeidstakeren hadde fra før av.

Spørsmålet blir om han likevel plikter å tilby slike stillinger.

Spørsmålet ble besvart bekreftende i Rt. 1962 s. 888 (Dalens Garveri), nærmere omtalt under punkt 1.3. Saken her gjaldt som nevnt oppsigelse av en arbeidstaker på grunn av forhold på virksomhetens side.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁶⁶ Fanebust s. 149

Høyesterett anså oppsigelsen usaklig, med henvisning til at annet passende arbeid ikke ble tilbudt. Når det gjelder arten av arbeidet uttaler Høyesterett at:

”Selv om det er så at det arbeid som bedriften i tilfelle kunne ha tilbudt Ellingsen var tyngre og av mer underordnet art enn det han hadde utført tidligere, anser jeg det ikke utelukket at Ellingsen ville ha akseptert tilbudet”.

Høyesterett, som var enstemmig i sin dom, er klar her på at arbeidsgiveren plikter å tilby annet arbeid, selv om stillingen er ”dårligere” enn den arbeidstakeren opprinnelig hadde.

En reservasjon må imidlertid gjøres. Dersom det er ”utelukket” at arbeidstakeren vil godta arbeidet, virker Rt. 1962 s. 888 å åpne for et unntak. Det skal på den annen side mye til for at tiltredelse skal anses utelukket; det må nærmest en bekreftelse til fra arbeidstakeren. Det sikreste for arbeidsgiveren vil være å tilby arbeidet uansett, for slik å unngå å havne i ansvar overfor arbeidstakeren.

Se i denne retning Rt. 1972 s. 1330 (Grand Hotell). Her ble arbeidsgiveren erstatningsansvarlig overfor arbeidstakeren, fordi han hadde sagt opp arbeidstakeren etter en brann på Grand Hotell i Tromsø. Etter brannen ble arbeidstakerens stilling overflødig og arbeidsgiveren gikk til oppsigelse uten å drøfte alternative stillinger med arbeidstakeren fordi de antok at han ikke ville ha godtatt annet arbeid i virksomheten. Annenvoterende, som talsmann for flertallet (dissens 3-2), fremholder at

”dersom spørsmålet om oppsigelse var blitt forelagt Pettersen på forhånd, er det etter min mening nærliggende å tro at det kunne vært funnet en løsning som tok rimelig hensyn til Pettersen uten å medføre vesentlige ulemper for bedriften. Etter min mening var det ikke tilstrekkelig grunn for styret til å forsere frem oppsigelsen før disse spørsmål var blitt klarlagt”.

Muligheten for at man kunne ha kommet til en løsning, er etter denne dommen nok til at arbeidsgiveren kommer i ansvar for å ha unnlatt å tilby annet passende arbeid etter aml.

§ 15-7 annet ledd. Som nevnt bør arbeidsgiveren være temmelig sikker før han unnlater å tilby annet passende arbeid. Se nærmere om ansvaret under punkt 3.1.2.

I Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) fremholder flertallet at også et tilbud om deltidsarbeid kan komme på tale. For saksforholdet, se nærmere punkt 1.3. Høyestretts flertall fremholder her at:

”Det er sannsynlig at Høyaas på grunn av den overmåde vanskelige situasjon 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. Også en ordning med deltidsarbeide kunne eventuelt ha kommet på tale”.

I tillegg til ”dårligere stilling”, viser denne dommen at arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid, i visse tilfeller også kan omfatte en plikt til å tilby deltidsarbeid.

De nevnte dommene viser at vurderingen er individuell for hver arbeidstaker. I Rt. 1962 s. 888 ser vi at tilbudsplikten oppstod fordi arbeidstakeren ville ha akseptert tilbudet. Og Rt. 1966 s. 393 viser at arbeidstakerens vanskelige situasjon kunne medføre at også deltidsarbeid kunne være aktuelt for ham. Dette viser at arbeidsgiverens tilbudsplikt er varierende. Det som er med å påvirke arbeidsgiverens tilbudsplikt er hva arbeidstakeren selv mener om stillingen, jf. under punkt 2.3.3.3, og hans situasjon for øvrig.

Hensikten med aml. § 15-7 annet ledd er å verne alle arbeidstakere som er omfattet av arbeidsmiljøloven. Loven kan imidlertid ikke regulere alle tilfeller fordi mennesker er så forskjellige med tanke på hva slags stillinger de kan mestre, den økonomiske situasjonen deres, hans eller hennes arbeidskapasitet, familiesituasjon mv. Alle disse faktorene er utenfor lovgivers kontroll. Men det er nettopp disse faktorene som avgjør om arbeidstakeren i det enkelte tilfelle trenger vern eller ikke. Derfor er det viktig hva arbeidstaker synes om arbeidet; for å kunne avgjøre om behovet for vern er til stede i det enkelte tilfellet.

Plikten til å tilby annet passende arbeid for arbeidsgiveren oppstår gjerne i situasjoner når virksomheten opplever vanskeligheter, fordi det dreier seg om oppsigelser på grunn

av virksomhetens forhold. Det kan volde ytterligere vanskeligheter for arbeidsgiveren å måtte tilby den ansatte en deltidsstilling dersom det er klart at den ansatte vil slutte med en gang vedkommende finner en heltidsstilling. Dette spørsmålet ser ikke ut til å ha vært behandlet i rettspraksis.

På den annen side kan ikke uttalelsen i Rt. 1966 s. 393 forstås slik at arbeidsgiveren har en generell plikt til også å tilby delstillinger. Aml. § 15-7 annet ledd er en bestemmelse som innebærer en helhetsvurdering der flere momenter kommer inn. Som vist under punkt 2.3.3.6. er hensynet til virksomheten et relevant moment i denne vurderingen. Det avgjørende blir hva som i den konkrete saken veier tyngst; virksomhetens økonomiske behov, eller arbeidstakerens behov for en deltidsstilling. Det er således fullt lovlig å ta hensyn til virksomheten fremfor arbeidstakerens interesser.

2.4.3 Mer ansvarsfull stilling

På bakgrunn av det som er drøftet under 2.4.2 er det naturlig å konkludere med at tilbudsplikten omfatter også mer ansvarsfulle stillinger. Det avgjørende blir om man etter en helhetsvurdering kommer til at arbeidet er passende. Her vil som nevnt arbeidstakerens meninger veie tungt.

2.4.4 Prøvetid

Dersom arbeidsgiveren tilbyr annet passende arbeid, oppstår spørsmålet om det kan knyttes vilkår om prøvetid til den nye stillingen.

Spørsmålet er relevant fordi stillingsvernet svekkes i prøvetiden, jf. aml. § 15-6. Arbeidstakeren har som utgangspunkt ikke rett til å fortsette i stillingen etter aml. § 15-11 hvis det dreier seg om en oppsigelse i prøvetiden. Oppsigelsesfristen er også kortere for den som er ansatt på prøvetid, jf. aml. § 15-3 syvende ledd. Det vil derfor være av interesse for en arbeidstaker å unngå en prøvetidsklausul i sin nye arbeidskontrakt.

Aml. § 15-7 annet ledd regulerer ikke spørsmålet om det kan knyttes prøvetid i tilbudet om annet passende arbeid. Spørsmålet må således avgjøres på bakgrunn av øvrige rettskilder.

Spørsmålet ble tatt opp i Rt. 1999 s. 1694 (Selektiv). Etter at en omfattende kontrakt med et forlag ble sagt opp måtte Selektiv AS gjennomføre omfattende driftsinnskrenkninger ved pakkeavdelingen i Grimstad. Flere ansatte ble sagt opp fra sine stillinger, herunder den ansatte som saken gjelder. Med oppsigelsesbrevet fulgte det imidlertid tilbud om stilling som telefonselgere. Den ansatte godtok ikke tilbudet. Hun anførte flere grunnlag for dette, men for Høyesterett var spørsmålet om det kan knyttes prøvetid ved tilbud om annet passende arbeid etter aml. 1977 § 60 nr. 2 (sml. aml. § 15-7 annet ledd, første punktum), som var ett av grunnlagene hun anførte.

Høyesterett fremholder at løsningen må baseres på

”en avveining mellom virksomhetens behov på den ene side og ulempen en prøvetid medfører for arbeidstakeren på den annen” jf. aml. § 15-7 annet ledd annet punktum.

Aml. § 15-7 annet ledd annet punktum kommer til anvendelse *”ved avgjørelse av om oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak”*. Jeg forstår dette slik at aml. § 15-7 annet ledd annet punktum gjelder vurderingen av om oppsigelsen er saklig på *”bedrifts nivå”* se punkt 2.1.⁶⁷ Det enighet mellom partene at Selektiv AS hadde saklig grunn til oppsigelse. Spørsmålet i saken var om oppsigelsen var saklig overfor den enkelte ansatte; saklig på individuell nivå. Det er imidlertid klart at en slik avveining finner sted også ved vurderingen av om oppsigelsen er saklig på individuell nivå. Momentene som jeg har drøftet under punkt 2.3.3, særlig punkt 2.3.3.6, viser dette.

⁶⁷ Ordlyden er for øvrig uforandret fra aml. 1977 slik at det er uten betydning at Høyesterett benyttet aml. 1977 § 60 nr. 2.

Høyesterett tar utgangspunkt i aml. § 15-7 annet ledd annet punktum og fremholder at hovedregelen er:

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

Hovedregelen er således at det ikke kan settes prøvetid til den stilling som tilbys etter aml. § 15-7 annet ledd, første punktum. Spørsmålet blir i hvilke tilfeller man kan begrunne et unntak fra hovedregelen.

Om adgangen til å gjøre unntak fra kravet uttaler Høyesterett på et generelt grunnlag at:

”Etter min mening bør det iallfall kunne gjøres unntak hvor den nye stilling er av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstatere om bedriften har annet passende arbeid å tilby”.

Høyesterett sikter her til kvalifikasjonskravet hos arbeidstakeren, jf. under punkt 2.3.1. Hvis stillingen er av en slik art arbeidstakeren er nødt til ”å prøve” før man kan vurdere om han eller hun er kvalifisert for jobben, tilsier uttalelsen til flertallet i Selektiv dommen at prøvetid kan knyttes til tilbudet om annet passende arbeid. Det typiske eksemplet på slike stillinger selgerjobber, slik som i denne saken.

Generelt kan det sies at unntaket gjelder for stillinger som forutsetter visse personlige egenskaper hos arbeidstakeren. Dette kan for eksempel være stillinger hvor overtalelsesevne, språk, takling av stress mv. er en del av arbeidsdagen. Hvor grensen skal trekkes kan imidlertid være vanskelig, fordi det alltid finnes jobber som enkelte trives med og klarer, men som for andre virker vanskelig.

Høyesteretts uttalelser kan gjelde for flere stillinger enn man skulle først anta. Man kan for eksempel ikke vite om en person er egnet som bartender før han eller hun har fått prøve seg i stillingen en stund. Jobben som bartender forutsetter blant annet at man er ryddig, jobber effektivt og husker riktig ingredienser under stress, er serviceinnstilt, og

at man har evnen til å føre korte samtaler med folk flest. Mange vil kanskje påstå at de besitter disse egenskapene, men jeg har opplevd at selv den mest robuste av ansatte faller som fluer, når et titalls mennesker, ofte påvirket av alkohol, ønsker oppmerksomhet samtidig, i omgivelser hvor desibelnivået er særdeles høyt.

På den annen side, viser Høyesterett til en rekke momenter som kan trekkes inn ved vurderingen av om prøvetid kan knyttes som vilkår til den nye stillingen. For det første nevner flertallet endring av lønnsform. Her gikk den ansatte fra fastlønn til timelønn som var delvis provisjonsbasert. Dommen nevner videre forskjellen mellom tidligere stilling og den nye stillingen. Det er stor forskjell på en stilling i en pakkeavdeling til en jobb som telefonselger. Graden av personlige egenskaper er nevnt som et endelig moment. Som nevnt tidligere vil stillinger som krever visse personlige egenskaper tale for at arbeidsgiveren kan tilby den nye stillingen med prøvetid. Hadde det for eksempel vært tale om en stilling som bussjåfør, ville førerkort klasse D og et hyggelig vesen mest sannsynlig vært nok til å anta vedkommende var egnet til stillingen.

Slik jeg forstår Selektiv dommen er således hovedregelen at arbeidsgiveren ikke kan knytte vilkår om prøvetid i sitt tilbud om den nye stillingen.

Det kan imidlertid tenkes unntak for stillinger som krever at den ansatte får prøve seg før man har grunnlag for å vurdere om han eller hun er kvalifisert for stillingen. Hva slags stillinger dette er avgjøres etter en konkret vurdering, hvor de ovennevnte momentene kommer inn.

2.4.5 Flere «passende» stillinger

Dersom arbeidsgiveren har flere passende stillinger etter rasjonaliseringstiltaket oppstår spørsmålet om arbeidstakeren fritt kan velge blant disse, eller om det er underlagt arbeidsgiverens styringsrett.

Av aml. § 15-7 annet ledd første punktum fremgår det at en oppsigelse ikke er saklig dersom arbeidsgiveren:

”har et annet passende arbeid (...) å tilby arbeidstakeren”.

Ordlyden gir ingen veiledning. Vi må da støtte oss på de øvrige rettskildene på området.

I Rt. 2008 s. (Postomdeler) uttaler Høyesterett seg om spørsmålet, saksforholdet er nærmere omtalt under punkt 2.3.3.6. Det fremgår av dommen at:

«Det alminnelige utgangspunkt må være at arbeidsgiver har tilfredsstilt sin plikt etter loven ved å tilby ett alternativt arbeid som må anses ”passende”. 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».

Dommen er helt klar på spørsmålet. Arbeidsgiveren er fri om han tilbyr *ett* passende arbeid. Begrunnelsen for dette er at hensynet til arbeidstakeren vil være oppfylt i slike tilfeller, slik at arbeidsgiveren står fritt i kraft av sin alminnelige styringsrett.

Her er tilfelle at det eksisterer flere passende stillinger enn arbeidstakere. Dersom det er flere arbeidstakere enn det er passende stillinger, oppstår spørsmålet om utvelgelse blant disse for hvem som skal sies opp. Dette leder oss til neste punkt om utvelgelse blant flere arbeidstakere når oppsigelse ikke er til å unngå.

2.5 Utvelgelse når oppsigelse ikke kan unngås

2.5.1 Innledning

Dersom oppsigelse etter omstilling eller nedbemanning ikke er til å unngå oppstår det plikter for arbeidsgiveren med tanke på utvelgelsen av hvilke ansatte som skal sies opp. Sagt på en annen måte; hvilke av arbeidstakerne skal få tilbud om annet passende arbeid, og hvilke må sies opp fordi det ikke finnes annet passende arbeid i virksomheten å tilby dem?

Også kretsen av de som står i fare må defineres nærmere. Arbeidsgiveren kan altså ikke velge blant de ansatte utelukkende etter eget skjønn. Reglene om utvelgelse utgjør således en begrensning i arbeidsgiverens alminnelige styringsrett.

Begrunnelsen for disse reglene er å forhindre at arbeidsgiveren utøver usaklig forskjellsbehandling blant de ansatte. For at reglene i aml. § 15-7 annet ledd skal fungere etter sin hensikt er det nødvendig med regler som regulerer arbeidsgiverens adgang til å velge blant de ansatte som skal sies opp.

Aml. § 15-7 annet ledd regulerer ikke utvelgelsesprosessen når oppsigelse ikke er til å unngå. Arbeidsmiljøloven for øvrig har heller ingen regler som regulerer dette stadiet av en oppsigelse som skyldes virksomhetens forhold.⁶⁸ Heller ikke forarbeidene gir noe særlig veiledning.⁶⁹ Temaet vil dermed stort sett redegjøres på bakgrunn av rettspraksis, og juridisk teori.

Det er vanlig å dele dette temaet inn i *utvelgelseskriterier*; regler som angir hvilke momenter som skal være relevante ved utvelgelsen blant de ansatte og *utvelgelseskrets*; dette er regler som definerer kretsen for arbeidstakere som står i fare for å bli sagt opp. Jeg drøfter utvelgelseskretsen i punkt 2.5.2 og utvelgelseskriteriene vil bli redegjort i punkt 2.5.6.

2.5.2 Utvelgelseskrets

2.5.2.1 Innledning

Før arbeidsgiveren velger blant de ansatte er det naturlig at man først avgjør hvilke deler av virksomheten som skal rammes av omstillingen. Før utvelgelseskretsen er definert kan ikke ledelsen vite hvilke av de ansatte som står i fare for å bli sagt opp, og velge blant de etter de reglene som skal omtales i punkt 2.5.3.

2.5.2.2 Utgangspunktet

Plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd gjelder som nevnt i

«*virksomheten*».

⁶⁸ Dege s. 701

⁶⁹ Fougner m.fl. s. 267

Se nærmere punkt 2.2.2. om begrepet og det nærmere innholdet av den. Om «virksomheten» også setter grenser for utvelgelseskretsen sier bestemmelsen ingenting om.

Utvelgelsen skal her skje som ledd i arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd. For at det skal være sammenheng mellom plikten til å tilby annet passende arbeid, og utvelgelsen av arbeidstakere bør reglene avgrenses likt så langt det er mulig. Utgangspunktet er dermed at «virksomheten» utgjør utvelgelseskretsen.⁷⁰

Hovedregelen er således at ved utvelgelsen av hvem som skal sies opp, utgjør hele virksomheten utvelgelseskretsen.

Det kan imidlertid oppstå spørsmål om det er rettslig adgang til å begrense utvelgelseskretsen til å gjelde deler, avdelinger, områder mv. av virksomheten. Dette vil bli redegjort for i neste punkt.

2.5.2.3 Unntak

Aml. § 15-7 annet ledd åpner ikke for unntak når det gjelder virkeområdet for plikten til å tilby annet passende arbeid. Ettersom utvelgelsesprosessen er en følge av plikten til å tilby annet passende arbeid, gir bestemmelsen ikke veiledning om utvelgelseskretsen kan begrenses. Forarbeidene gir heller ingen veiledning.

I Høyesteretts dom av Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-dommen) ble var spørsmålet om utvelgelseskretsen kunne begrenses til kun å gjelde de filialer der ansatte ble sagt opp. Under bankkrisen på slutten 1980-tallet var Sparebanken Nord kommet i en prekær økonomisk situasjon og måtte dermed gjennomføre en reduksjon av 115 årsverk. Dette endte med at mange ansatte måtte sies opp, de som ble oppsagt var de ansatte som hørte under de filialer som ble nedlagt.

⁷⁰ Se Fougner m.fl. s. 266

Høyesterett mente at oppsigelsene var saklige og at det i dette tilfelle ikke var i strid med stillingsvernreglene å vurdere den enkelte filial isolert for seg, i motsetning til hele Sparebanken Nord som en ”virksomhet”. Det heter i dommen at

”Med det meget betydelige geografiske område banken dekket, og på bakgrunn av at banken, slik den da forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker, var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg. Jeg nevner i denne sammenheng at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingbankene. I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratres når filialen ble nedlagt. Den ordning som ble fulgt, kan i utgangspunktet ikke sies å være i strid med arbeidsmiljøloven § 60 (aml. § 15-7)” (s. 782).

Dommen viser at unntak i visse tilfelle kan gjøres i form av en geografisk avgrensning av utvelgelseskretsen. Større virksomheter vil således kunne slippe å vurdere omplassering i alle sine avdelinger. Dette er rimelig nok, med tanke på de praktiske vanskeligheter en omplasseringsplikt «over hele landet» ville ført med seg. Særlig ville det vært vanskelig for landsdekkende virksomheter som tilbyr stillinger som ikke stiller store krav til arbeidstakeren, for eksempel McDonalds. En ledig stilling vil nok alltid finnes i så store virksomheter som stiller så få krav til kvalifikasjoner.

Problemet kan dessuten gå utenfor landegrensene i form av en omplasseringsplikt i utlandet. McDonalds er jo som kjent en internasjonal virksomhet. Hensynet til virksomheten tilsier at man gjør unntak i denne retning. Med Sparebanken Nord dommen har virksomheter en rettslig adgang til et slikt unntak.

I tillegg til å se på de store praktiske vanskeligheter en omplasseringsplikt ville føre med seg for en virksomhet så stor som Sparebanken Nord, tar Høyesterett hensyn til flere momenter. Tidsaspektet fremheves i dommen når det uttales at

«De nødvendige innskrenkninger måtte gjennomføres under et sterkt tidspress».

Domstolene legger her vekt på tidsaspektet. Det fremgår av premissene at tidsaspektet kan begrunne en mindre grundig saksbehandling. Også dette er begrunnet med hensynet til virksomheten. Dersom virksomhetens situasjon er prekær og tidsaspektet er med på å forverre situasjonen, tilsier det uttalt i Sparebanken Nord dommen at dette kan gå ut over grundigheten av oppsigelsesprosessen, uten at det nødvendigvis går ut over sakligheten av oppsigelsen.

I denne dommen hadde imidlertid Sparebanken Nord, til tross for den vanskelige tidssituasjonen virksomheten befant seg i, gjennomført en meget grundig og forsvarlig saksbehandling. Høyesterett synes å legge dette vekt når uttales på s. 781 i dommen at:

”Sparebanken var det første offer for den alvorlige bank-krise som rammet Norge, og banken sto for så vidt uten mønster for hvordan man skulle angripe problemene. Den opprettet bl a et omstillingsutvalg bestående av to av de ansattes tillitsvalgte og to representanter for bankens ledelse til å forberede bortfall av 100 årsverk gjennom stillingsstopp, tilbud om førtidspensjonering, omplassering m v.

(...)

Vesentlig for meg er at banken bl a gjennom utvalget - og hermed i nær kontakt med de ansatte - ut fra den prekære situasjon som gjaldt hele bankens fremtid, på best mulig måte søkte å sikre både bankens og de ansattes interesser, og at de ansatte i hvert fall ikke hadde avgjørende innvendinger mot de fremgangsmåter som ble valgt”.

Til tross for det tidspresset banken opplevde i en svært vanskelig situasjon har virksomheten opptrådt på en måte som tilsier at hensynet til arbeidstakerne er tilstrekkelig ivaretatt. Dette kaster naturligvis lys over spørsmålet om oppsigelsene de ansatte var saklige. I forhold til spørsmålet om plikten til å tilby annet passende arbeid, og herunder utvelgelseskrets taler en grundig og forsvarlig saksbehandling for at reduksjon av utvelgelseskretsen til å gjelde noen filialer blir å anse som et unntak som ikke fremstår som urimelig overfor arbeidstakerne.

I teorien åpnes det for en avgrensning av utvelgelseskretsen, dersom valget av krets er saklig.⁷¹ Som dommen viser taler en grundig saksbehandling for at valget av krets er saklig. Det avgjørende synes altså å være om man etter en helhetsvurdering kommer til at valget av krets er saklig, og et resultat av en forsvarlig og grundig overveielse. Dersom virksomhetens økonomi opplever en nevneverdig nedgang med tiden kan domstolene godta en mindre saksbehandlingsprosess, men saklighetskravet vil gjelde fullt ut i slike tilfeller.

PPD-dommen omhandlet spørsmålet om PPD senteret var et eget rettssubjekt, og dermed en egen arbeidsgiver (virksomhet). Dommen har nær tilknytning til dette punktet, men det føles mer naturlig å drøfte den under punkt 2.2.2.2.

Høyesterett går meget grundig til verks i Sparebanken Nord dommen. Dommen viser at om utvelgelseskretsen skal begrenses følger av en konkret vurdering hvor det stilles krav om at virksomheten kan påvise at begrensningen er saklig.

Momenter i vurderingen blir hvor grundig og forsvarlig saksbehandlingen har vært, virksomhetens økonomiske situasjon, virksomhetens geografiske omfang eller størrelse, hvor vanskelig og ugunstig det ville være å velge hele virksomheten som krets for plikten til å tilby annet passende arbeid, og om tillitsvalgte eller ansattes representanter har vært med i prosessen. Tidsaspektet kan videre være av betydning, og hvordan man i praksis vurderte ansettelsesforholdene.

Når virksomheten har avgjort kretsen av arbeidstakere som skal sies opp, blir neste skritt å vurdere hvem oppsigelsen skal ramme av arbeidstakerne som inngår i kretsen.

⁷¹ Dege s. 702 og Fougner s. 267

2.5.3 Utvelgelseskriterier

2.5.3.1 Innledning

Aml. § 15-7 annet ledd regulerer forholdet mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. Hvilke kriterier som skal legges til grunn når flere arbeidstakere konkurrer om samme stilling sier bestemmelsen ingenting om.

Aml. § 15-7 første ledd stiller krav om at oppsigelse av en arbeidstaker skal være

«saklig».

Ordlyden passer også i forholdet mellom konkurrerende arbeidstakere. Etter ordlyden stilles det således krav om saklighet også ved utvelgelsen av arbeidstakere. Kravet om at utvelgelsen skal være saklig synes også å ha bred støtte i teorien.⁷²

Hensynet bak reglene om utvelgelse er som nevnt å forhindre at arbeidsgiveren utøver usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakere. Et saklighetskrav er altså nødvendig for å ivareta hensynet.

Utvelgelseskriteriene er momenter i en konkret helhetsvurdering, der resultatet skal være en saklig utvelgelse. Kravet om «saklig utvelgelse» er således kun navnet på et resultat. De relevante momentene er det jeg skal redegjøre for i det følgende.

2.5.3.2 Momenter

Ansiennitet går på hvor lenge man har tjenestegjort ved virksomheten og klart et viktig moment ved utvelgelsen av arbeidstakere.⁷³ Prinsippet er imidlertid ikke lovfestet, men har blitt fulgt lenge i praksis.⁷⁴ Rt. 1966 s. 393, Rt. 1972 s. 1330, se nærmere punkt 2.4.2 og Rt. 1986 s. 879, se nærmere punkt 2.3.3.6, viser at ansiennitetsprinsippet blir

⁷² Jf. Fougner og Holo: Kommentarer til arbeidsmiljøloven s. 804. Fougner m.fl. s. 260. Jakhelln s. 440

⁷³ Fougner m.fl. s. 261

⁷⁴ Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentarutgave s. 804.

fulgt av rettspraksis. I Borgarting lagmannsretts dom av 22.12.2005 gjaldt saken oppsigelse av tre arbeidstakere i forbindelse med omorganisering og nedbemanning.⁷⁵

Om utvelgelse av arbeidstakere uttaler lagmannsretten at:

«Vektlegging av kompetanse fremfor ansiennitet ligger etter lagmannsrettens oppfatning innenfor rammene av prinsippene i arbeidsmiljøloven § 60 og Hovedavtalen»

Spørsmålet for lagmannsretten er om man kan legge vekt på andre momenter fremfor ansiennitet. Dette problemet har vært oppe i flere dommer, jf. således Hillesland dommen som vil bli nærmere omtalt straks. I juridisk presiseres det særskilt når ansiennitetsprinsippet blir fraveket i praksis.⁷⁶ Dette taler for at ansiennitetsprinsippet blir ansett som et utgangspunkt ved utvelgelsen slik at den med lengst ansiennitet i utgangspunktet har krav på stillingen.

På den annen side er ikke ansiennitetsprinsippet lovfestet, slik at arbeidsgiveren i utgangspunktet står fritt til å velge andre kriterier enn ansiennitet. Det avgjørende er om utvelgelsen er saklig.⁷⁷

Ansiennitetsprinsippet er således et viktig moment med lang tradisjon. Prinsippet skal imidlertid ikke tas som et utgangspunkt ved utvelgelse, med den følge at unntakene måtte begrunnes særskilt.

Også arbeidstakerens *kvalifikasjoner* er et viktig moment når man skal velge en eller noen blant flere arbeidstakere til oppsigelse.⁷⁸ Arbeidstakerens kvalifikasjoner er naturligvis et viktig moment i utvelgelsen av arbeidstakerne. Her vil dessuten også virksomhetens forhold komme inn. Virksomheten vil ofte ha en interesse i å beholde de

⁷⁵ LB-2005-42380

⁷⁶ Se Dege s. 709. Fougner m.fl. 260. Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s. 804.

⁷⁷ Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave s. 804

⁷⁸ Se. Dege s. 707 og Fougner m.fl. s. 261

beste arbeidstakerne. Hensynet til virksomheten kan tilsi at man ser bort andre momenter som for eksempel ansiennitet eller alder slik at den best kvalifiserte får beholde stillingen.

Dette var tilfelle i Hillesland dommen. Som nevnt under punkt 2.3.3.6. ble her fire kvinnelige ansatte med bedre ansiennitet sagt opp til fordel for en arbeidstaker som var mer *«fortrolig med avdelingenes forskjellige oppgaver»*.

I dette tilfellet ble hensynet til virksomheten tillagt avgjørende vekt. Dette viser at også utvelgelsen av arbeidstakere er gjenstand for helhetsvurdering, hvor kvalifikasjon, ansiennitet mv. er momenter i vurderingen av om utvelgelsen er saklig.

At en oppsigelse vil ramme en eller flere arbeidstakere særlig hardt vil etter Hillesland dommen være et moment som skal tas med i utvelgelsen av arbeidstakere som står i fare for å bli sagt opp.

Høyesterett uttaler om dette:

«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 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. 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».

Høyesteretts uttalelse viser at *sosiale og menneskelige* hensyn er relevante momenter ved utvelgelsen av arbeidstakere som står i fare for å bli sagt opp. Sosiale og

menneskelige hensyn er momenter som ikke kaster lys over arbeidsforholdet slik som ansiennitet (lojalitet/pålitelighet) og kvalifikasjoner (dyktighet) gjør. Når høyesterett velger å la slike forhold få betydningen for den innbyrdes konkurransen mellom arbeidstakere en utvelgelse innebærer, tilsier det at det ikke bare skal ses hen til hvilke av arbeidstakerne som «fortjener» å få jobben, men det er også viktig å se hen til hvilke arbeidstakere som «trenger jobben mest».

Høyesterett utvider altså i Hillesland dommen saklighetskriteriet, slik at et element av rimelighet også inngår i saklighetsvurderingen. Med tanke på hvor viktig og personlig arbeid er for enkeltmennesket, er det lett å være enig med Høyesterett her.

At Høyesterett velger å tillegge slike forhold vekt er ikke nytt, jf. Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill), omtalt nærmere under punkt 1.2.6.

2.5.3.3 Oppsummering

Utvelgelsen av arbeidstakere består således av en helhetsvurdering hvor man går konkret til verks. Momenter som kvalifikasjon, ansiennitet, virksomhetens forhold og sosiale og menneskelige hensyn skal tas med i vurderingen. Videre vil alder, gjeldsbyrde og utsikter i arbeidsmarkedet være relevante momenter.⁷⁹

Med Høyesteretts henvisning til *sosiale og menneskelige hensyn*, og med tanke på at vurderingen er helt konkret er det nærliggende å anta at listen av momenter ikke er uttømmende. Det kan dermed tenkes at Høyesterett vil tillegge andre vekt. Et moment som jeg ikke har kommet over i teorien eller rettspraksis er hvor stor påkjenning en oppsigelse vil oppleves for arbeidstakeren.

⁷⁹ Se Fougner s. 261-262.

3 Konsekvenser

3.1.1 Innledning

Konsekvensene av arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid varierer etter omplikten overholdes eller ikke. Videre kan det forhold at arbeidstakeren ikke godtar det arbeidet som er tilbudt få følger for erstatningsutmålingen, se nærmere under punkt 2.6.3. Den følgende fremstilling vil ta for seg disse situasjonene.

3.1.2 Arbeidsgiveren tilbyr ikke annet passende arbeid

Aml. § 15-7 annet ledd første punktum krever at arbeidsgiveren skal

«tilby arbeidstaker» passende arbeid.

Dersom det finnes annet passende arbeid å tilby den ansatte og arbeidsgiveren ikke tilbyr den, vil oppsigelsen av vedkommende være usaklig. Dette følger direkte av ordlyden i aml. § 15-7 annet ledd første punktum.

Det følger av aml. § 15-12 første ledd at brudd på plikten etter aml. § 15-7 annet ledd som hovedregel vil medføre at oppsigelsen kjennes ugyldig. Den rettslige konsekvensen av ugyldig oppsigelse er at den ansatte kan fortsette i sin stilling.⁸⁰ Med regelen i aml. § 15-11 om retten til å fortsette i stillingen mens sak om gyldigheten av en oppsigelse pågår, kan realiteten i visse tilfeller være at arbeidstakeren til tross for en oppsigelse faktisk aldri fratrer sin stilling. Arbeidstakeren kan etter aml. § 15-12 annet ledd også kreve erstatning.

Arbeidstakeren kan dermed kreve dom for ugyldighet, erstatning, eller begge deler ved arbeidsgiverens brudd på plikten til å tilby annet passende arbeid etter aml. § 15-7 annet ledd.⁸¹ Erstatningsutmålingen tas det ikke stilling til, da det etter min mening vil falle utenfor avhandlingens tema.

⁸⁰ Arbeidsrett.no s. 952

⁸¹ Arbeidsrett.no s. 952

Arbeidsgiver har ikke plikt til å opprette en ny stilling.⁸² Plikten omfatter heller ikke for arbeidsgiveren å si opp andre for at det skal være en passende stilling, jf. LE-2004-40232. Her fremgår det at

”Verken ordlyden i arbeidsmiljøloven [1977] § 60 nr. 2 punktum eller andre holdepunkter tilsier at plikten til å tilby annet passende arbeid også omfatter en plikt til, om nødvendig, å si opp andre ansatte, for eksempel med dårligere ansiennitet, for på den måten å frigjøre et passende arbeid til den som ellers står foran en oppsigelse”.

Det er således kun dersom det eksisterer en ledig passende stilling at det kan bli tale om rettslige konsekvenser etter aml. § 15-12 for arbeidsgiveren.

Hvis den stillingen som arbeidstakeren hadde har blitt besatt av en annen arbeidstaker, oppstår spørsmålet om den oppsagte likevel kan kreve å få tilbake sin stilling. Hensynet bak reglene i aml. § 15-12 er å styrke stillingsvernet.⁸³ Dersom arbeidstakerens rett til å gjeninntre til stillingen ville bortfalle ved ansettelse av en annen arbeidstaker, ville dette lett lede til omgåelser. Dette tilsier at retten til å fortsette i stillingen står seg i slike tilfeller. Det er arbeidsgiveren som har frembrakt situasjonen ved å gi en usaklig oppsigelse, og det er derfor arbeidsgiveren som må ta konsekvensene av at han i mellomtiden har ansatt en annen i en stilling som rettslig sett ikke er ledig.⁸⁴

Unntaket i aml. § 15-12 første ledd annet punktum kan imidlertid medføre at det nye arbeidsforholdet står seg.⁸⁵ For at dette skal være tilfelle må det en del til, da unntaksregelen er meget snever.⁸⁶ Dette følger av ordlyden «særlige tilfelle» og «åpenbart urimelig» og er slått fast i forarbeidene.⁸⁷ Hvis unntaket kommer til anvendelse vil den oppsagte kun ha krav på erstatning etter aml. § 15-12 annet ledd.

⁸² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72

⁸³ Arbeidsrett.no s. 952.

⁸⁴ Arbeidsrett.no s. 954.

⁸⁵ Arbeidsrett.no s. 954.

⁸⁶ Arbeidsrett.no s. 955.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75

Aml. § 15-12 sier ingenting om arbeidstakeren skal gjeninntre i den opprinnelige stillingen han hadde, eller om ugyldighetsvirkningen av at arbeidsgiveren ikke tilbyr annet passende arbeid er at arbeidstakeren får nettopp denne stillingen. Jeg kan ikke se at problemet er regulert i forarbeidene eller rettspraksis.

Dersom arbeidstakeren får sin opprinnelige stilling ville det i realiteten innebære at nedbemanning for den stillingen ikke kunne gjennomføres. Dette synes å være en løsning som kan gå hardt ut over arbeidsgiveren når arbeidstakeren kan sysselsettes i en annen passende stilling. Dersom arbeidstakeren kan tiltre den andre stillingen uten nevneverdige ulemper, taler hensynet til virksomheten for at arbeidstakeren gjeninntre den andre stillingen. Det er imidlertid antatt at arbeidstakeren ikke mot sin vilje kan dømmes til å utføre annet passende arbeid.⁸⁸

3.1.3 Arbeidstakeren godtar ikke tilbud om annet passende arbeid

Aml. § 15-7 annet ledd første punktum krever at arbeidsgiveren skal

«tilby arbeidstaker» passende arbeid.

Etter ordlyden i aml. § 15-7 annet ledd første punktum er oppsigelsen i slike tilfeller saklig. Så lenge han har tilbudt en passende stilling er kravet etter bestemmelsen oppfylt. Det er naturlig nok da hensynet til arbeidstakeren er ivaretatt når det foreligger et reelt tilbud om passende arbeid. Ut over dette har han eller hun ikke behov for noe særlig vern.

Rettspraksis støtter dette synet. Det følger av Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler), omtalt nærmere under punkt 2.6.5, at:

«Det alminnelige utgangspunkt må være at arbeidsgiver har tilfredsstilt sin plikt etter loven ved å tilby ett alternativt arbeid som må anses « passende »».

⁸⁸ Arbeidsrett.no s. 954

Det følger videre av forarbeidene at dersom arbeidstakeren avslår tilbudet vil virksomheten normalt gå fri sin plikt til å tilby annet passende arbeid.⁸⁹ For hva gjelder sakligheten av oppsigelsen generelt er det antatt at manglende aksept av et passende tilbud vil være et moment i helhetsvurderingen.⁹⁰ Når det gjelder spørsmålet om erstatning, jf. aml. § 15-12 annet ledd, kan avslag på tilbud fra arbeidsgiver også ha betydning for erstatningsutmålingen.⁹¹

Arbeidstakeren må svare på tilbud om annet passende arbeid ”innen rimelig tid”.⁹²

4 Kort om fristilling

Arbeidsgivere har til tider forsøkt å komme unna lovens krav ved å «fristille» arbeidstakere. Med «fristilling» forstås at arbeidsgiveren bestemmer at arbeidsplikten til de ansatte bortfaller i omstillingsperioden slik at kun kravet på lønn gjenstår. De ansatte må deretter søke seg inn på stillingene som står igjen eller har blitt opprettet som følge av omstillingen.⁹³

Arbeidsgiver vil her omgå reglene som gir en arbeidstaker vern ved oppsigelse som skyldes virksomhetens forhold. I stedet for å havne i oppsigelsessituasjon, medfører slik «fristilling» at arbeidsgiveren må foreta en ansettelsesvurdering.

I motsetning til situasjonen i en oppsigelse, har en arbeidsgiver svært vidt skjønn i ansettelse.⁹⁴ I en oppsigelsessituasjon stilles det krav om at oppsigelsen skal være

⁸⁹ NOU 1972:21 s. 8

⁹⁰ Dege s. 697

⁹¹ Arbeidsrett.no s. 954

⁹² Fougner m.fl. s. 204

⁹³ Jakhelln s. 442

⁹⁴ Fougner s. 273

saklig, at det skal tilbys annet passende arbeid, og også ved utvelgelsen blant arbeidstakere er det krav om saklighet.

Det er imidlertid bred enighet om at en slik fremgangsmåte er underlagt arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ved oppsigelse.⁹⁵ Det er de reelle forholdene som skal legges til grunn, og det dreier seg i realiteten om oppsigelser ikke ansettelser.⁹⁶ Ettersom slike «fristillinger» vil skyldes forhold på virksomhetens side, vil arbeidsgiveren også ha en plikt til å tilby annet passende arbeid.

5 Domstolsprøvelse

Spørsmålet om domstolene kan overprøve arbeidsgiverens vurdering, og i så fall hvor langt domstolene kan gå i denne prøvelsen er et omfattende spørsmål som krever stor plass. Av plasshensyn er jeg nødt til å begrense meg.

Problemstillingen er i hvilken grad domstolene kan gripe inn i arbeidsgiverens vurderinger av momentene ved spørsmålet om arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid.

Vi har ikke som tradisjon i Norge å lovfeste domstolenes prøvelsesrett. Det er stort sett opp til domstolene selv å sette grensene for prøvelsen.

I Norsk Jernverk dommen heter det at:

*«Arbeidsmiljøloven oppsigelsesvern etablerer en etterfølgende domstolprøving av en oppsigelse en arbeidstaker har mottatt fra arbeidsgiveren».*⁹⁷

⁹⁵ Jakhelln s. 442, Fougner s. 274

⁹⁶ Jakhelln s. 442

⁹⁷ Rt.1989 s. 508

Som drøftelsene til nå viser stiller loven ofte krav til saklighet, forsvarlighet, grundighet mv. Slike krav er av en slik art at en etterfølgende prøving av holdbarheten ofte fremstår som nødvendig av hensyn til arbeidstakerne. Det vernet som plikten til å tilby annet passende arbeid gir arbeidstakeren ville uthules i betydelig grad dersom arbeidsgiverens skjønnsutøvelse skulle være endelig. Hele poenget med stillingsvernet er jo å ta fra arbeidsgiveren en del av kontrollen ved oppsigelser for å forhindre at urett blir begått mot arbeidstakeren. En etterprøvelse av arbeidsgiverens skjønnsutøvelse er således nødvendig av hensynet til arbeidstakeren. Slik jeg forstår uttalelsen til Høyesterett, er det dette de ønsker å få frem her.

Men det er på den annen side viktig at domstolene viser hensyn til virksomhetens forretningsførsel. Som nevnt under punkt 2.3.3.6. er hensynet til virksomheten et relevant moment i saklighetsvurderingen, og Høyesterett har i flere saker latt hensynet til virksomheten gå foran arbeidstakerens interesser.⁹⁸

Avhandlingen gjelder arbeidsgiverens plikt til å tilby annet passende arbeid når oppsigelsen skyldes *forhold på virksomhetens side*. Ofte vil en rasjonalisering, nedbemanning eller annen form for omstilling være et resultat av en bedriftsøkonomisk vurdering. Hensynet til arbeidstakeren tilsier imidlertid at en slik omstilling må fremstå som nødvendig for at arbeidsgiveren skal kunne gå til oppsigelser. Dette følger også av prinsippet om at man skal anvende den minst inngripende løsning overfor arbeidstakeren. Spørsmålet her blir i hvilken grad domstolene kan etterprøve arbeidsgiverens bedriftsøkonomiske vurderinger. Det er vanskelig å finne rettspraksis på området.

Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsilä) antyder at Høyesterett er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurdering av arbeidstakerens kvalifikasjoner.

Det fremgår av dommen at:

⁹⁸ Jf. Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler) og Rt. 1986 s. 879 (Hillesland)

«Jeg kan ikke se at Høyesterett har grunnlag for å sette til side selskapets vurdering om at Thord Læckstrøm - selv om han var faglig kvalifisert når det gjaldt dieselmotorer - ikke ville være den rette til å lede reorganiseringen av dieselmotorfabrikken Wichmann på Rubbestadneset. De økonomiske og distrikts-politiske hensyn som her skulle ivaretas, ville være vanskelige å mestre med Thord Læckstrøms erfaringsbakgrunn. Ankemotpartene kan derfor ikke bebreides for at Thord Læckstrøm ikke ble tilbudt direktørstillingen i Wærtsilæ-Wichmann Diesel A/S».

Uttalelsen viser at domstolene er tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgiverens vurdering av arbeidstakerens kvalifikasjoner. Tolker man uttalelsen isolert tilsier det at virksomhetens skjønnsvurdering skal legges til grunn.

På den annen side dreide det seg i denne saken om oppsigelse av en daglig leder. På grunn av det særlige tillitsforholdet mellom styret og leder er det antatt at det stilles strengere krav til ledere enn vanlige arbeidstakere.⁹⁹ Dette tilsier at dommen ikke kan brukes som argument for domstolenes generelle prøvingsrett av arbeidsgiverens skjønnsutøvelse for hva gjelder kvalifikasjonskravet.

I Rt. 1984 s. 1058 (Veslemøy Halsund-dommen) berører høyesterett. Saken her gjaldt oppsigelse av en skuespiller på kunstnerisk grunnlag. Selv om oppsigelsen av skuespilleren ble opprettholdt uttaler førstvoterende generelt om prøvingsretten at

Det kan nok reises spørsmål om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse og arbeidstakerens kvalifikasjoner. Men dette er etter min mening mer et spørsmål om domstolenes praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning i selve prøvingsretten.

Bedriftsøkonomiske vurderinger vil ofte spille en stor rolle i «*arbeidsgiverens vurdering av bedriftens behov for oppsigelse*». Etter uttalelsen i dommen kan således Høyesterett prøve bedriftsøkonomiske vurderinger.

⁹⁹ Fougner og Holo: Arbeidsmiljøloven, Kommentarutgave s. 781

På bakgrunn av dommen må det konkluderes med at Høyesterett kan prøve arbeidsgiverens skjønn, også når det gjelder de bedriftsøkonomiske vurderingene.

Litteraturliste

Formell lov

17. mai 1814. Kongeriget Norges Grundlov.
17. juni 2005 nr. 31. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
4. Februar 1977 nr. 4. Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (Opphevet)
19. juni 1936. Lov om Arbeidervern
30. mai 1975 nr. 18. Sjømannslov.
11. juni 1993 nr. 101. Lov om luftfart.
4. mars 1983 nr. 3. Lov om statens tjenestemenn m.m.

Forarbeider

- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
- Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
- Innst. O. nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Høyesterettsdommer

- Rt. 2008 s. 749 (Postomdeler)
- Rt. 1986 s. 879 (Hillesland)
- Rt.1999 s. 1694 (Selektiv)
- i Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill)

Rt. 1972 s. 1330 (Grand Hotell).
Rt. 1962 s. 888 (Dalens Garveri)
Rt. 2003 s. 1754
Rt. 1984 s. 1058 (Veslemøy Halsund).
Rt. 1989 s. 508 (Norsk Jernverk)
Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter)
Rt. 1998 s. 1357 (Furusest)

Arbeidsretten

ARD 1980 s. 79

Underrettsdommer

LB-1999-02678
LE-2004-40232
LB-2005-42380
RG 2004-776
LB-1999-02678
RG 1992 s. 1167
Uspesifisert underrettsdom fra 1938

Tariffavtaler

Hovedavtalen LO-NHO

Juridisk teori

Fanebust, Arne. Oppsigelse i arbeidsforhold. Oslo 2001.
Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten, 4.utgave. Oslo 2006.
Dege, Jan Tormod. Den individuelle arbeidsrett, del 1. Oslo 2009
Fougner, Jan og Holo, Lars. Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave. Oslo 2006.
Fougner, Jan med flere. Omstilling og nedbemanning. Oslo 2003.
Jakhelln, Helge og Aune, Helga. Arbeidsrett.no 2. utg. Oslo 2006.