

# **RETTE TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN**

Den unike norske retten

En utdøende rett eller en rett som har kommet for å bli?

Kandidatnummer: 503

Veileder: Ken Uggerud

Leveringsfrist: 25. april 2006

Til sammen 15 117 ord

25.4.2006

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Avhandlingens problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
<b><u>2</u></b>	<b><u>RETTSKILDER.....</u></b>	<b><u>3</u></b>
2.1	Loven	3
2.2	Lovforarbeider	3
2.3	Rettspraksis	4
2.4	Juridisk teori	6
2.5	Reelle hensyn	6
<b><u>3</u></b>	<b><u>HVA ER RETTEN TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN?.....</u></b>	<b><u>7</u></b>
3.1	Hva er aml. lovens formål?	7
3.2	Er aml. preseptorisk?	8
3.3	Hvem kan fortsette i stillingen?	9
3.4	Formkrav ved oppsigelse?	14
<b><u>4</u></b>	<b><u>RETEN TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN.....</u></b>	<b><u>19</u></b>
4.1	Tidsfrister ved søksmål	20

<b>4.2</b>	<b>Forutsetninger for retten til å fortsette i stillingen</b>	<b>22</b>
<b>4.3</b>	<b>Arbeidsgivers krav om fratreden</b>	<b>24</b>
<b>4.4</b>	<b>Oppsigelse eller avskjed?</b>	<b>27</b>
<b>4.5</b>	<b>Konflikt mellom permitteringsretten og retten til å fortsette i stillingen?</b>	<b>29</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>HAR OPPSIGELSEN SAKELIG GRUNN? .....</u></b>	<b><u>35</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Hvem har bevisbyrden?</b>	<b>39</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>VIRKNINGER AV USAKLIG OPPSIGELSE .....</u></b>	<b><u>41</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Ugyldighetsvirkningen</b>	<b>41</b>
<b>6.2</b>	<b>Erstatning</b>	<b>42</b>
6.2.1	Økonomisk tap .....	44
6.2.2	Ikke økonomiske tap .....	45
<b><u>7</u></b>	<b><u>HVORFOR HA EN RETT TIL Å FORTSETTE I STILLINGEN? .....</u></b>	<b><u>48</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Hensyn som taler for retten til å fortsette i stillingen</b>	<b>48</b>
<b>7.2</b>	<b>Hensyn som taler imot retten til å fortsette i stillingen</b>	<b>52</b>
<b>7.3</b>	<b>Vurdering</b>	<b>57</b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE .....</u></b>	<b><u>59</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Litteratur</b>	<b>59</b>
8.1.1	Bøker .....	59
8.1.2	Artikler .....	59
8.1.3	Internettsteder .....	60

<b>8.2</b>	<b>Domspraksis</b>	<b>61</b>
8.2.1	Høyesterettsdommer .....	61
8.2.2	Underrettsdommer .....	63
<b>8.3</b>	<b>Lover</b>	<b>63</b>
<b>8.4</b>	<b>Konvensjoner</b>	<b>64</b>
<b>8.5</b>	<b>Forarbeider</b>	<b>64</b>

## 1 Innledning

### 1.1 Avhandlingens problemstilling

Retten til å fortsette i stillingen kan være omstridt og problemfylt, og kan gi opphav til en rekke prosessuelle problemer og utfordringer knyttet til hvordan og hvor langt retten kan gjøres gjeldende, både innenfor arbeidsmiljølovens egen ramme og til andre deler av det arbeidsrettslige regelverk. De norske bestemmelsene om retten til å fortsette i stillingen er unike. Ingen andre land i Europa har tilsvarende bestemmelser.<sup>1</sup>

Bestemmelsene i aml. § 15-11 om arbeidstakerens rett til å fortsette i stillingen mens tvisten pågår er praktisk og prinsipielt viktig. Denne retten tar sikte på å effektivisere oppsigelsesvernet ved å forhindre at arbeidstakeren først må fratre stillingen, slik at arbeidsforholdt avbrytes, for senere å gjeninntre dersom oppsigelsen kjennes ugyldig.

Formålet med avhandlingen er å redegjøre for arbeidstakerens rett til å fortsette i stillingen ved oppsigelse. Jeg vil vurdere reglene, *de lege lata*, i hovedtrekk med vekt på rettstilstanden på området og forandringer etter arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005.<sup>2</sup> I avhandlingen foretas det til slutt også en drøftelse av hvorvidt arbeidstaker bør ha en slik rett, *de lege ferenda*.

---

<sup>1</sup> Henning Jakhelln, Helga Aune. *Arbeidsrett.no*, s. 930.

<sup>2</sup> Lov 17-06-05 nr. 62. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

## 1.2 Avgrensning

Avhandlingen vil i hovedsak dreie seg om redegjørelser og vurderinger av retten til å fortsette i stillingen. Oppsigelse kan skyldes arbeidstakers forhold, men også virksomhetens eller arbeidsgivers forhold.

Avskjed som opphørsform er forbeholdt arbeidstakers vesentlig mislighold. Avhandlingen går ikke noe mer inn i denne problematikken, enn det som strengt tatt er nødvendig for drøftelsene. Videre tar avhandlingen kun for seg arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven, og ikke reglene i tjenestemannsloven<sup>3</sup> og forvaltningsloven.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Lov 1983-03-04 nr.3. Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven).

<sup>4</sup> Lov 1967-02-10 nr.10. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

## 2 Rettskilder

Til denne avhandlingen er det brukt ulike forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Avhandlingen vil i stor grad baseres på ulike lover, juridiske utredninger og reelle hensyn. Dette kapittelet redegjør for rettskildene, med hovedvekt på det som er spesielt for avhandlingen.

### 2.1 Loven

De viktigste reglene for avhandlingen finnes i arbeidsmiljøloven.<sup>5</sup> I 2001 ble arbeidslivslovutvalget oppnevnt for å utbedre endringer i arbeidsmiljøloven. Utvalgets arbeid resulterte i NOU 2004:5. *En arbeidslov for trygghet, inkludering og vekst*. Arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft 1. januar 2006 (med unntak av § 2-4).

I hovedsak innebærer dette at rettstilstanden etter arbeidsmiljøloven av 1977 vil bli opprettholdt. Den nye arbeidsmiljøloven har fått en ny og bedre struktur som sikrer klarhet og tilgjengelighet for arbeidstakere og arbeidsgivere.<sup>6</sup>

Den nye arbeidsmiljøloven trådte i kraft i januar 2006, av den grunn foreligger det forholdsvis lite litteratur og rettspraksis til denne loven. Avhandlingen vil fungere som et lovspeil for de områdene som omhandles, og viser dermed til paragrafene av dagens lov 2005 samt loven av 1977.

### 2.2 Lovforarbeider

Forarbeidene til lovreglene er omfattende.<sup>7</sup> Kommentarene fra departementet og komité er sparsomme. Forarbeidene går for øvrig bare i liten grad inn på spørsmål som gjelder rettsanvendelsen.

---

<sup>5</sup> [www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no).

<sup>6</sup> [www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no).

<sup>7</sup> Fanebust, Arne. Oppsigelse i Arbeidsforhold, s. 49.

## 2.3 Rettspraksis

Forståelsen av partenes rettigheter og plikter i arbeidsforholdet, vil bero på domstolenes avgjørelser.<sup>8</sup> I spørsmål angående lovtolkning eller tolkning av annet rettsgrunnlag, setter rettspraksis grenser for rekkevidden av eller utdype forståelsen av bestemmelsene.

Rettspraksis har således en stor betydning for rettsforholdet mellom partene i arbeidslivet.<sup>9</sup>

Domsmaterialet i Arbeidsretten består av et stort antall herreds- og byrettsdommer, et mindre antall lagmannsrettsdommer samt avgjørelser av Høyesterett. I tillegg foreligger det dommer fra Arbeidsretten, fra perioden hvor dette var eneste ankeinstans i saker om oppsigelse og avskjed.<sup>10</sup>

Det foreligger en god del rettspraksis fra Høyesterett på avhandlingens område.<sup>11</sup> I Norge er nesten alle Høyesteretts avgjørelser og en del av Kjæremålsutvalgets, trykket i Norsk Retstidende. Det er derimot noe tilfeldig hvilke underrettsavgjørelser som blir offentliggjort både i Rettens Gang, NAD og på Lovdata, man kan derfor ikke være helt sikker på at de dommer man har funnet er representative. På områder hvor avgjørelsene sjelden påankes eller påkjæres videre, kan underrettsdomstolenes praksis bli bestemmende for rettstilstanden.<sup>12</sup>

Et argument som ofte blir anført mot bruk av underrettsmateriale i rettskildesammenheng, er at tilfanget av slikt materiale er ufullstendig.<sup>13</sup> Det er således tilfeldig hvilke avgjørelser som blir publisert eller som på annen måte er tilgjengelig for teoretisk analyse. I rettskildelæren har dette til dels vært ansett som tilstrekkelig grunn til nærmest å se bort fra slikt materiale.

---

<sup>8</sup> Friberg, Odd. Arbeidsmiljøloven, s. 49.

<sup>9</sup> Fanebust, s. 49.

<sup>10</sup> Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, s. 162.

<sup>11</sup> Eks. Rt.2005 s. 1017.

<sup>12</sup> Fanebust, s. 49.

<sup>13</sup> L.c.



I nyere norsk litteratur har det vært diskutert hvor stor bruk man bør gjøre av de underordnede domstolers praksis i teoretiske fremstillinger, og hvor stor vekt man bør legge på dem. En positiv holdning til øket bruk av slik materiale inntar Smith, Lødrup, og med visse reserver også Frihagen.<sup>14</sup> En mer negativ holdning inntar Fleischer.<sup>15</sup> Han fremhever bl.a. at det er betenkelig å legge for stor vekt på underordnede domstolers avgjørelse, fordi det er tilfeldig hvilke av dem som blir publisert og dermed kjent.

Til tross for motforestillinger anser bl.a. Fanebust, Frihagen og Mehl det som viktig at også underrettsdommer blir trukket inn som grunnlag i utredninger.<sup>16</sup> Spesielt fordi materialet gir en nødvendig illustrasjon, innenfor et område hvor praktiske spørsmål ikke bør fortrenkes av teoretiske analyse.

Bare et fåtall dommer blir påanket.<sup>17</sup> Derfor er underrettsdommer avgjørende for arbeidstakers rettstilling i de fleste tilfeller. En utredning som kun er basert på høyesterettsdommer ville gi et nokså ufullstendig bilde av rettskildesituasjonen slik den fortoner seg i praksis. De fleste underrettsdommene som brukes i avhandlingen er fra NAD og/eller omtalt i teorien, noe som kan bidra til å øke deres vekt.<sup>18</sup>

Det foreligger ikke store endringer etter lovendring av arbeidsmiljøloven av 2005,<sup>19</sup> og da det foreligger minimalt med rettspraksis fra den nye arbeidsmiljøloven, vil rettspraksis fra loven av 1977 fortsatt være relevant. Ved å benytte rettspraksisen fra aml. 1977, gir det etter min mening et bredere kildegrunnlag og en bedre illustrasjon for temaet i avhandlingen.

---

<sup>14</sup> Eckhoff, s. 162.

<sup>15</sup> L.c.

<sup>16</sup> Fanebust, s. 52.

<sup>17</sup> Fanebust, s. 49.

<sup>18</sup> Eckhoff, s. 162.

<sup>19</sup> Jakhelln, Aune, s. 952.

## 2.4 Juridisk teori

Nyere rettslitteratur etter den nye arbeidsmiljøloven er foreløpig begrenset. En god del litteratur er i skrivende øyeblikk i ferd med å bli utgitt. En av få generelle framstillinger er Henning Jakhelln, Helga Aune: *Arbeidsrett.no*. Ellers foreligger det en god del litteratur som er skrevet om arbeidsmiljøloven av 1977. Henning Jakhelln: *Oversikt over Arbeidsretten*, Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven*, Larsen, Per Arne, *Arbeidsmiljøloven*, m.fl. Se litteraturliste avslutningsvis.

Det foreligger ikke store endringer av aml. 1977 til 2005, litteraturen er derfor til en viss grad fortsatt relevant. Ved å benytte seg av disse kildene, gir det etter min mening et bredere kildegrunnlag for avhandlingen.

## 2.5 Reelle hensyn

Med reelle hensyn menes vurderinger av hva som er rettferdig, rimelig, formålstjenelig eller lignende.<sup>20</sup> Mens de øvrige faktorer er slik som man skaffer seg kjennskap til ved lesning eller ved å innhente opplysninger på annen måte, er reelle hensyn for en stor del produkt av rettsanvenderens egne overveielser.

Grensen mellom arbeidstagerens rett og arbeidsgiverens rett består i stor grad av en avveining mellom hensynene bak beskyttelse av den svakeste part, arbeidstakeren og hensynene for en arbeidsgivers rett til å blant annet regulere arbeidsstyrken etter behov m.v.

---

<sup>20</sup> Eckhoff, s. 24.

### 3 Hva er retten til å fortsette i stillingen?

Ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør etter reglene i aml. § 15-7, kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter aml. § 17 -3. Retten til å fortsette i stillingen mens tvist om opphør av arbeidsforholdet pågår, kom inn i arbeidsmiljøloven i 1977<sup>21</sup> og er sentral i stillingsvernet.<sup>22</sup>

Hva er gjeldene rett når det angår retten til å fortsette i stillingen etter lovendringen av 2005? Dette avsnittet går inn litt generelt på forhold som har betydning for retten til å fortsette i stillingen, får så å gå i dybden av selve bestemmelsen, i aml. § 15-11, i pkt 4.

#### 3.1 Hva er aml. lovens formål?

Arbeidsmiljølovens formål er å sikre et arbeidsmiljø som gir arbeidstakerne full trygghet mot fysiske og psykiske skadevirkninger og med en verneteknisk, yrkeshygienisk og velferdsmessig standard som til enhver tid er i samsvar med den teknologiske og sosiale utvikling i samfunnet.<sup>23</sup> Videre er lovens formål å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet og legge til rette for tilpassninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon. Loven skal også gi et grunnlag for at arbeidsgiver og arbeidstakerne i virksomhetene selv kan ivareta og utvikle sitt arbeidsmiljø i samarbeid med arbeidslivets parter, med nødvendig veiledning og kontroll fra offentlig myndighet, samt å bidra til et inkluderende arbeidsliv.

Formålsbestemmelsen er endret ved lov av 21. desember 2005 nr. 121. Bestemmelsen i aml. (2005) bygger på formålsbestemmelsen i den tidligere aml. (1977) § 1. I aml. (2005) er imidlertid formålsbestemmelsen gjort noe mer omfattende, særlig ved tilføyelsen av litra c) og e).

---

<sup>21</sup> Jf. aml. (1977) § 61 nr. 4.

<sup>22</sup> Jakhelln, Aune, s. 929.

<sup>23</sup> Lov 1977-02-04 nr. 4. Lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) § 1-1.

### 3.2 Er aml. preseptorisk?

Arbeidsmiljølovens regler er preseptoriske med mindre noe annet fremkommer av de enkelte bestemmelsene.<sup>24</sup> Bestemmelsen viderefører aml. (1977) § 5. At loven var preseptorisk fulgte ikke direkte av aml. (1977) ordlyd, men kom til uttrykk i forarbeidene.<sup>25</sup> Det presiseres imidlertid i aml § 1-9 at det kun er avtaler til ugunst for arbeidstaker som krever særskilt hjemmel.

Bestemmelsen innebærer at det ikke er adgang til å avtale mindre gunstige løsninger for arbeidstaker enn det som følger av aml. § 1-9, med mindre dette er særskilt sagt i hver enkelt bestemmelse.<sup>26</sup>

Arbeidsmiljøloven er en minimumslov som tar sikte på å verne arbeidstaker som den presumptivt svakere part. Bakgrunnen for paragrafen er at loven primært skal verne arbeidstakerne mot fysiske og psykiske skadevirkninger, jf. aml. § 1-1 bokstav a.<sup>27</sup> *”Ifølge arbeidsmiljølovens § 5 står en tariffavtale på samme måte som en individuell arbeidsavtale tilbake for lovens preseptoriske bestemmelser. Ufravikeligheten henger sammen med det vernehensyn loven bygger på.”*<sup>28</sup>

Hva hvis et eller flere avtalevilkår er i strid med lovens bestemmelser? I så fall er virkningen at vilkårene anses som ugyldige og vil dermed ikke tillegges noen rettsvirkning. Resten av avtalen vil likevel være gyldig.<sup>29</sup> Eksempel på det forestående er hvor partene avtaler at arbeidsforholdet skal opphøre ved avskjed, ikke oppsigelse. En slik avtale vil etter lovens bestemmelser anses som ugyldig, og arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler vil legges til grunn.

---

<sup>24</sup> Aml. § 1-9.

<sup>25</sup> Ot.prp.nr.3(1975-76) s. 102.

<sup>26</sup> Jakhelln, Aune, s. 57.

<sup>27</sup> Jakhelln, Aune, s. 57.

<sup>28</sup> Rt.1998 s. 1357.

<sup>29</sup> Friberg, s. 111.

Avtaler, i den grad det gir arbeidstakeren en bedre løsning enn hva loven foreskriver, er imidlertid gyldig. Eksempelvis vil en avtale som gir arbeidstakeren en lengre oppsigelsestid enn lovens vilkår være gyldig, da dette gir arbeidstakeren en gunstigere situasjon enn lovens minimumskrav.

### 3.3 Hvem kan fortsette i stillingen?

Før lovendring av 6. januar 1995 nr. 2 gjaldt retten til å fortsette i stillingen alle arbeidstakere unntatt ved avskjed, jf. aml. (1977) § 61 nr. 4, siste ledd.<sup>30</sup> Etter lovendringen i 1995 omfattet unntakene også arbeidstaker som sies opp innen prøvetidens utløp, jf. aml. (1977) § 58 A nr. 4, 4. ledd. Ved lovendring av 4. februar 2000 nr.10 gjelder tilsvarende ved tvist om lovlighet av innleie, jf. aml. (1977) § 55 K nr. 3, 5. ledd. Reglene er nå samlet i aml. § 15-11.

*”Med arbeidstaker mener denne lov enhver som utfører arbeid i annen tjeneste.”*<sup>31</sup> Slik begynte aml. (1977) § 3. Dagens bestemmelse § 1-6 viderefører innholdet av aml. (1977) § 3 nr. 2. Det foreligger noen justeringer ved den nye paragrafen, men ikke nok til at en realitetsendring er tilsiktet.<sup>32</sup> Arbeidstakerbegrepet kan i en viss grad karakteriseres som et relativt begrep. Der hvor det ikke er fastsatt noe spesielt om avgrensningen vil imidlertid det generelle arbeidsrettslige arbeidstakerbegrep måtte legges til grunn som et utgangspunkt.

Aml. § 15-11 innførte opprinnelig to viktige endringer fra aml. (1977). Den første, i den nå bortfallende tredje ledd bokstav b, var at arbeidstakeren mistet sin rett til å fortsette i stillingen dersom tingretten la til grunn at oppsigelsen var gyldig. Dersom arbeidstaker påanket saken til lagmannsretten, måtte arbeidstaker eventuelt be om rettens kjennelse til å fortsette i stillingen. Den andre, inntatt i det nå bortfalte fjerde ledd, var at det ble

---

<sup>30</sup> Friberg, s. 111.

<sup>31</sup> Aml. (1977) § 3.

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 81.

lovregulert at retten til å fortsette i stillingen ikke skulle gjelde når arbeidet bortfalt som følge av at virksomheten var nedlagt ved endringslov av 21. desember 2005 nr. 121 ble endringene opphevet før loven trådte i kraft.

Retten til å fortsette i stillingen gjelder ikke ved tvist om avskjed, oppsigelse i prøvetiden, for midlertidig ansatt eller innleid arbeidstaker. Etter krav fra arbeidstaker kan retten likevel bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort.<sup>33</sup>

Aml. § 15-11, 3. ledd viderefører hovedreglen i aml.(1977) om at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen ”snus” i de tvistene som nevnt over.<sup>34</sup> Det innebærer at arbeidstakeren i disse tilfellene ikke har rett til å fortsette i stillingen med mindre retten etter krav fra arbeidstaker avsier kjennelse for det motsatte.<sup>35</sup>

En avskjed innebærer at arbeidsforholdet opphører umiddelbart med bakgrunn i et vesentlig mislighold fra arbeidstakerens side.<sup>36</sup> Det ville virke lite rimelig om den part som vesentlig har misligholdt arbeidsavtalen, skulle kunne påberope seg rettigheter etter den.<sup>37</sup> Lovgiver har her ønsket å vektlegge arbeidsgivers interesser mer enn arbeidstakeren. Hovedreglen er at arbeidstaker må fratre under sakens gang, men retten kan etter krav fra arbeidstakeren bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette til saken er rettskraftig avgjort. Bestemmelsen om at retten ved kjennelse kan gi en avskjediget arbeidstaker rett til å fortsette i stillingen under selve behandlingen av tvisten, bidrar til å sikre lovens formål med trygge tilsettingsforhold og en meningsfylt arbeidssituasjon for den enkelte arbeidstaker.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Aml. § 15-11.

<sup>34</sup> Aml. (1977) § 63 nr.3.

<sup>35</sup> Aml. § 15-11, 3. ledd.

<sup>36</sup> Aml. § 15-11, 3.ledd.

<sup>37</sup> Jakhelln, Aune s. 943.

<sup>38</sup> Rt.2003 s. 1006.

Forarbeidene påpeker at *”Det kan også tenkes at arbeidsgivere går til det skritt å avskjedige en arbeidstaker for nettopp å unngå å bli rammet av de strengere bestemmelsene på dette punkt som følger v § 61 nr. 4.”*<sup>39</sup> Dersom arbeidstakeren skulle fratse stillingen under sakens behandling, ville det kunne bli betraktelig vanskeligere for retten å finne frem til en løsning i tråd med lovens intensjoner. Spesielt i de tilfeller grunnlaget for avskjedigelsen ikke engang ville gi saklig grunn for oppsigelse.

I saker om oppsigelse i prøvetid gjør ikke hensynet til at arbeidstaker skal holde kontakten med arbeidsplassen under tvistebehandlingen seg like sterkt.<sup>40</sup> Prøvetidsansatte har en kortere tilsetningsperiode bak seg, det faller ikke like naturlig at de skal ha like sterkt vern som en fast ansatt.<sup>41</sup> Prøvetidstilsattes rett til å fortsette i stillingen vil kunne påføre arbeidsgiveren en stor økonomisk belastning. I forarbeidene hevdes det at *”Arbeidstakerens rett til å krev kjennelse vil kunne fange opp de tilfellene av usaklig oppsigelse der det er urimelig at arbeidstaker ikke får fortsette i stillingen inntil rettskraftig avgjørelse foreligger.”*<sup>42</sup>

Arbeidstakere som reiser saker om lovligheten av midlertidig ansettelse,<sup>43</sup> har i utgangspunktet ikke rett til å fortsette i stillingen på samme måte som ved tvist om usaklig oppsigelse av et fast tilsetningsforhold.<sup>44</sup> Dette på bakgrunn av at tilknytningsforholdet til virksomheten vil vanligvis være langt løsere enn ved de faste tilsettingene.<sup>45</sup> Til tross for det, utales i forarbeidene at *”I en del tilfeller er det derimot relativt klart at arbeidsgiver har foretatt ulovlig midlertidig tilsetting.”* Her må arbeidstakeren ha mulighet til å be om rettens kjennelse for å få fortsette i stillingen.<sup>46</sup> Høyesterett kom frem til etter en

---

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 78.

<sup>40</sup> Jf. aml. (1977) § 63, 5. ledd.

<sup>41</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 164.

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 164.

<sup>43</sup> Jf. aml. (1977) § 58 A, nr. 4, 4.ledd.

<sup>44</sup> Jakhelln, Aune s. 943.

<sup>45</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 199.

<sup>46</sup> L.c.

helhetsvurdering, at arbeidstakerne måtte anses som fast ansatt i deltidsstillinger, og ikke midlertidig ansatte.<sup>47</sup>

I saker om lovligheten av innleie,<sup>48</sup> fremkommer det av forarbeidene at innleid arbeidstaker bare unntaksvis bør kunne gis anledning til å fortsette i stillingen mens tisten behandles av domstolene.<sup>49</sup> Videre pekes det på at *”Det legges i den forbindelse vekt på symmetrihensynet til reglene knyttet til tilsvarende bestemmelse i § 58 A nr.4. På bakgrunn av de kompliserte problemstillinger som kan oppstå som følge av trepartsforholdet ved innleie, jf. vurderinger ovenfor, legger imidlertid departementet til grunn at retten til ”å stå i stilling” vil inntre sjeldnere ved søksmål om ulovlig innleie enn ved søksmål om ulovlig midlertidig tilsetting.”*

Bestemmelsen i fjerde ledd, er en videreføring av aml. (1977) § 61, nr. 4. Retten til å fortsette i stillingen gjelder videre ikke for deltakere i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Aetat som sies opp fordi vedkommende skaffes ordinært arbeid, overføres til annet tiltak eller tiltaket avsluttes.<sup>50</sup> Verken lovens ordlyd eller forarbeidene definerer her hvordan man skal tolke uttrykket *”deltakere i arbeidsmarkedstiltak i regi av eller i samarbeid med Aetat”*.<sup>51</sup> Ved en oppsigelse av 13 arbeidstakere ved en markedsbedrift, kom tolkningsspørsmålet opp til behandling i lagmannsretten.<sup>52</sup> De ansatte fikk rett til å fortsette i sine respektive stillinger, da det ikke ble sannsynliggjort at Aetat hadde vedtatt at tiltaket skulle opphøre på oppsigelsestidspunktet. Da forståelsen av bestemmelsen var til behandling i Høyesterett gjaldt det en arbeidstaker som hadde vært ansatt ved en vernet bedrift i ni år.<sup>53</sup> Kjæremålsutvalget uttalte i saken at de ikke kunne se at det er riktig å

---

<sup>47</sup> Rt.1997 s. 277.

<sup>48</sup> Jf. aml. (1977) § 55 K, nr. 3, 5. ledd.

<sup>49</sup> Ot.prp.nr.70(1998-99) s. 48.

<sup>50</sup> Aml. § 15-11, 4. ledd.

<sup>51</sup> Jakhelln, Aune, s. 947.

<sup>52</sup> LB-2002-2984.

<sup>53</sup> Rt.1997 s. 312.



sondre mellom forskjellige typer av arbeidsmarkedstiltak etter aml. (1977) § 61, nr. 4, 4. ledd, f.eks. slik at vernede bedrifter skulle falle utenom. Videre at ”Bestemmelsen må også brukes etter sin ordlyd selv om vedkommendes tilknytning til bedriften er langvarig.”

Retten kan bestemme at arbeidstaker som er urettmessig utestengt fra arbeidsplassen etter at oppsigelsesfristen eller tidsrommet for arbeidsavtalen er utløpt, har rett til å gjeninntre i stillingen dersom arbeidstaker ber om dette innen fire uker fra utestegningen.<sup>54</sup>

Bestemmelsen tilsvarer aml. (1997) § 61, nr. 4, 3. ledd. Regelen ivaretar arbeidstakerens behov for å få rettens kjennelse for sin rett til å fortsette i stillingen. Arbeidstakeren gis mulighet til å be om kjennelse om ulovlig utestegning på lik linje med arbeidsgivers rett til å be om kjennelse for fratreden.<sup>55</sup> Regelen gjelder alle tilfeller der arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen, men til tross for det er utestengt fra arbeidsplassen. Dette gjelder ikke bare ved oppsigelser, men også der arbeidstaker har fått rettens medhold ved begjæring om å få fortsette i stillingen ved avskjed, tvister om det har foreligget ulovlig midlertidig ansettelses/innleie, og ved oppsigelser i prøvetid.<sup>56</sup>

Kan en leder benytte seg av retten til å fortsette i stillingen? Ved lovendringen i 1995 fikk arbeidsgiver mulighet til å inngå skriftlig avtale med øverste leder i en virksomhet om at tvister i forbindelse med opphør av arbeidsforholdet skal løses ved voldgift, jf. aml. § 15-16,<sup>57</sup> som innebærer at øverste leder i en virksomhet kan frasi seg stillingsvernet, herunder retten til å fortsette i stillingen, mot etterlønnsavtale.<sup>58</sup> Uten spesiell henvisning til prosessreglene i arbeidsmiljøloven vil reglene i lov om voldgift gjelde.<sup>59</sup> Arbeidstaker vil ikke ha rett til å fortsette i stillingen inntil saken er avgjort av voldgiftsretten. I forarbeidene blir det påpekt om ledende stillinger. ”Departementet legger til grunn at retten til å

---

<sup>54</sup> Aml. § 15-11, 4. ledd.

<sup>55</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 238.

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 336.

<sup>57</sup> Jf. aml. (1977) § 56, 3. ledd.

<sup>58</sup> Jakhelln, Aune, s. 929.

<sup>59</sup> Lov-2004-05-14 nr.25 og Lov om voldgift (voldgiftsloven).

*fortsette i stillingen, kan være upraktisk å gjennomføre ved oppsigelse av øverste leder i virksomheten. I de tilfeller denne kategorien oppsigelsessak har vært behandlet for domstolene, har retten anerkjent at det må stilles særlige krav til ledere.” Videre legger departementet til grunn at det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt.<sup>60</sup> Høyesterett har uttalt at når ”oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold, må det få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften, se kjennelse Rt.1982 s.1704.”<sup>61</sup>*

### 3.4 Formkrav ved oppsigelse?

Arbeidsmiljølovens § 15-4 viderefører formkravene i aml. (1977) § 57. Tidligere var formkravene, drøftningskravet og virkningene av brudd på formkravene samlet i en bestemmelse. Oppdelingen er gjort av lovtekniske hensyn og er ikke ment å ha noen realitetsvirkning.<sup>62</sup> Formkravene i aml. § 15-4 er preseptoriske, og kan dermed ikke fravikes til arbeidstakerens ugunst.<sup>63</sup>

Formålet med regelen i aml. § 15-4 er tredelt.<sup>64</sup> For det første skal den sikre at en beslutning om oppsigelse treffes etter grundige overveielser. For det andre skal regelen sikre størst mulig ryddighet knyttet til selve oppsigelsessituasjonen og sikre at arbeidstakeren gjøres kjent med sine rettigheter etter loven. For det tredje skal regelen gi domstolene et hensiktsmessig utgangspunkt for en eventuell kontroll og etterprøving av oppsigelsen.

---

<sup>60</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 239.

<sup>61</sup> Rt.1999 s. 1998.

<sup>62</sup> Jakhelln, Aune, s. 823.

<sup>63</sup> Aml. § 1-9.

<sup>64</sup> Ot.prp.nr.50 (1993-1994) s. 185.

Dersom det foreligger brudd på saksbehandlingsreglene, medfører ikke det nødvendigvis ugyldighet.<sup>65</sup> Saksbehandlingen kan likevel bli tillagt vekt.<sup>66</sup> Domstolene har lagt stor vekt på saksbehandlingen, både i saklighetsvurderingen,<sup>67</sup> i erstatningsutmålingen, og saksomkostningsspørsmålet. I Dolphin-dommen var deler av begrunnelsen for oppreisningserstatningen at saksbehandlingen ikke var tilfredsstillende.<sup>68</sup>

Oppsigelse skal skje skriftlig. Skriftlighetskravet gjelder enten det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som går til oppsigelse.<sup>69</sup> Konsekvensene er derimot ulike, dersom det foreligger en oppsigelse fra arbeidstakerens side, er regelen å anse som en ordensregel. Dette innebærer at bevisbyrden for at arbeidstakeren faktisk har sagt opp sin stilling, vil ligge hos ham. Oppstår det tvist om oppsigelsen faktisk har skjedd, vil bevisbyrden ligge hos arbeidstakeren dersom oppsigelsen ikke har blitt foretatt skriftlig.<sup>70</sup> Det fremgår av Rt.1990 s. 1330 at ikke enhver tvil om arbeidstaker selv har sagt opp sin stilling må tillegges avgjørende betydning i arbeidstakers favør. Da arbeidstakeren har mulighet til å si opp muntlig, må oppsigelse fra arbeidstakerens side også kunne skje ved pr. e-post, sms, eller liknende.<sup>71</sup> Et illustrerende eksempel på bruk av bestemmelsen er i Høyesteretts dom der tre ansatte følte arbeidsmiljøet på et apotek som så belastende at de etter en totalvurdering og i trå med anbefaling fra legen, fant at de ikke kunne gå tilbake til sine stillinger.<sup>72</sup> De hevdet seg oppsagt og krevde erstatning etter aml. (1977) § 62. Høyesterett avviste at oppsigelse hadde funnet sted og la ikke uvesentlig vekt på skriftlighetskravet etter aml. (1977) § 57 nr.1, 1. ledd. Selv om arbeidsforholdet ble avsluttet på grunn av det dårlige arbeidsmiljøet, mente førstvoterende at det var for *”anstrengt å rubrisere forholdet som oppsigelse fra apotekerens side.”* Konsekvensene for at arbeidsgiveren ikke har

---

<sup>65</sup> Aml. § 15-5 og Lov 1967-02-10 (forvaltningsloven) § 41.

<sup>66</sup> Jakhelln, Aune, s. 824.

<sup>67</sup> Jf. blant annet Rt.1992 s. 1175.

<sup>68</sup> Rt.2001 s. 1253.

<sup>69</sup> Jakhelln, Aune, s. 824.

<sup>70</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 69.

<sup>71</sup> Fanebust, Arne. Oppsigelse i arbeidsforhold. s. 5.

<sup>72</sup> Rt.1997 s. 1506.

meddelt oppsigelsen skriftlig er ugyldighet, dersom arbeidstakeren reiser søksmål innen fire måneder, og/eller erstatning.<sup>73</sup>

Oppsigelse fra arbeidsgiverens side skal leveres til arbeidstakerens oppgitte adresse. Påbudet er gitt for å sikre at oppsigelsen kommer i rette hender. Dersom den skriftlige oppsigelsen er oversendt arbeidstakeren på en annen måte, må imidlertid arbeidsgiveren ha bevisbyrden for at den er kommet frem til arbeidstakeren.<sup>74</sup> Skulle arbeidstakeren likevel velge å ikke hente en rekommandert postforsendelse, begynner likevel fristen mv. å løpe.<sup>75</sup>

Oppsigelsen skal anses for og ha funnet sted når den er kommet fram til arbeidstakeren.<sup>76</sup> Det i tråd med alminnelig avtalerett.<sup>77</sup> Det foreligger derimot ikke noe krav om at oppsigelsen faktisk er lest. Arbeidsgiveren er bundet fra det tidspunkt arbeidstakeren har hatt ”rimelig” tid til å hente postsendingen.<sup>78</sup> Dette gjelder hva enten det er arbeidsgiveren eller arbeidstakeren som har gått til oppsigelse av arbeidsforholdet. Regelen vil ha videre betydning for fristberegningen etter aml. § 17-3.<sup>79</sup> Oppsigelsen skal inneholde opplysninger om arbeiderens rett til å kreve forhandling, reise søksmål, om retten til å fortsette i stillingen etter bestemmelsene i aml. §§17-3 og 17-4,<sup>80</sup> og fristene som gjelder deretter.

I oppsigelsen skal det også opplyses om hvem som er arbeidsgiver og rett saksøkt i en eventuell tvist.<sup>81</sup> Dette på bakgrunn av at selv om arbeidstakeren har fått det opplyst på

---

<sup>73</sup> Aml. § 15-5, 1. og 2. ledd.

<sup>74</sup> Ot.prp.nr41 (1975-76) s. 69, NAD-1987-997 Asker og Bærum og NAD-1987-421 Lofoten.

<sup>75</sup> Rt.1998 s. 579.

<sup>76</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 69.

<sup>77</sup> Lov 1918-05-31 nr. 4. Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

<sup>78</sup> Fanebust, s. 299 og NAD-1988-263 Gulating.

<sup>79</sup> Jf. aml. (1977) § 61 nr. 3.

<sup>80</sup> Jf. aml. (1977) § 61.

<sup>81</sup> Friberg, s. 422.

arbeidskontrakten, kan dette ha forandret seg over tid, spesielt i dagens samfunn med relativt hyppige fisjoner, fusjoner og liknende. Arbeidstaker skal ikke være i tvil om hvem han skal henvende seg til.<sup>82</sup> Kravet til disse opplysningene er strengt. Dersom påbudet ikke blir overholdt, er det den samme rettsvirkningen som ved skriftlighetskravet, det gjelder ikke noe søksmålsfrist for arbeidstakeren.<sup>83</sup> I tillegg skal oppsigelsen kjennes ugyldig dersom arbeidstakeren går til søksmål innen 4 måneder etter at oppsigelsen har funnet sted, med mindre retten finner at ugyldighet er åpenbart urimelig.

Er oppsigelsen begrunnet i arbeidsmangel? I så fall skal den også inneholde opplysninger om fortrinnsretten til ny tilsetning etter aml. § 14-2.<sup>84</sup> Det er tilstrekkelig å gi generelle opplysninger om fortrinnsretten. Bestemmelsen krever ikke noen vurdering av den enkeltes mulige fortrinnsrett.<sup>85</sup> Det sentrale er at arbeidstaker gjøres kjent med eksistensen av disse reglene.

Er oppsigelsen ugyldig? I så fall kan arbeidstakeren kreve erstatning. Erstatning kan også kreves dersom oppsigelsen er mangelfull, men arbeidstakeren har da ikke mulighet for og krever dom for ugyldighet.<sup>86</sup>

Skulle arbeidstakeren kreve det, plikter arbeidsgiveren å oppgi de omstendigheter som påberopes som grunnlag for oppsigelsen.<sup>87</sup> Det kan være relevant og ønskelig med slik informasjon, dersom arbeidstakeren skulle vurdere å prøve saklighetsgrunnlaget for domstolene. I lovforarbeidene er det påpekt at en unnlattelse av å gi slik informasjon vil normalt måtte oppfattes som en strek indikasjon på at arbeidsgiver ikke har hatt

---

<sup>82</sup> Rt.1993 s. 954 og Rt.1999 s. 509.

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.50(1993-94) s. 263.

<sup>84</sup> Jf. aml. (1977) § 67.

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.50(1993-94) s. 19.

<sup>86</sup> Aml. § 15-5 tilsvarende aml. (1977) § 57 nr.2, 3. ledd, 2. pkt. og 4. ledd.

<sup>87</sup> Aml. § 15-4 (3) tilsvarende aml. (1977) § 57, 3.ledd, 1.pkt.

tilstrekkelig saklig grunner for oppsigelsen.<sup>88</sup> Det er ønskelig at den begrunnelse som gis, er så åpen og sannferdig som mulig.<sup>89</sup>

I den grad det er praktisk mulig jf. aml. § 15-1,<sup>90</sup> skal arbeidsgiver drøfte beslutningen om avskjed eller oppsigelse med arbeidstaker og arbeidstakers tillitsvalgte før avgjørelsen fattes. Ønsker ikke arbeidstakeren tillitsvalgte til stede, kan han velge denne retten bort. Dersom det skulle vise seg praktisk umulig å gjennomføre drøftingsplikten, kan det gjøres unntak. Regelen er en snever unntaksregel, og er primært aktuell der det er forhold på arbeidstakers side som gjør det vanskelig.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 70 og Rt.1996 s.1401.

<sup>89</sup> Rt.1997 s. 58.

<sup>90</sup> Jf. aml. (1977) § 57 nr. 1, 2. ledd.

<sup>91</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994) s. 183.

#### 4 Retten til å fortsette i stillingen

Denne retten innebærer at arbeidstakeren fortsetter i arbeid med opprettholdelse av lønn, som i tiden før oppsigelse ble gitt.<sup>92</sup> Aml. § 15-11 viderefører aml. (1977) § 61 nr. 4, 1. ledd. Arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter aml. § 17-3.

Hovedregelen er at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen mens tvisten om oppsigelsen behandles av domstolene. Til grunn for regelen ligger det to hovedhensyn.<sup>93</sup> For det første; hensynet til vern om arbeidstakerens inntekt. Dersom man skulle permitteres uten lønn, ville man bli satt i en vanskelig økonomisk situasjon. Det å satse på at full eller delvis lønn senere kan bli tilkjent, er for usikkert. Av denne grunn vil arbeidstakeren derfor måtte ta annet arbeid i den mellom liggende tid, dette også av hensyn til sine løpende økonomiske forpliktelser. For det andre; er hensynet til effektivisering av ugyldighetsvirkningen ved urettmessig oppsigelser, dette da en adgang til permittering ville føre til at arbeidstakeren normalt har annet arbeid når dommen avsies. Det kommer til uttrykk i forarbeidene at det ville gjøre det vanskeligere å få dom for rett til å fortsette i stillingen dersom arbeidstakeren var permittert.<sup>94</sup>

Inntekts hensynet behøver ikke å føre lengre enn til at en rett til å permittere med lønn kunne godtas. Av denne grunn er det andre hensynet spesielt viktig, da meningen er åpenbart ikke bare at arbeidstakeren bare skal ha rett til lønn, men også til å få utføre arbeid inntil tvisten er endelig avgjort. Til sammen utgjør disse to kravene innholdet av arbeidstakerens rett.

Aml. § 15-11 innførte opprinnelig to viktige endringer fra aml. (1977).<sup>95</sup> Den første; at arbeidstakeren mistet sin rett til å fortsette i stillingen dersom tingretten la til grunn at

---

<sup>92</sup> Evju, Stein. Retten til å stå i stilling? Lov og rett nr. 6, s. 343.

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s. 235.

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s. 235.

<sup>95</sup> Jakhelln, Aune, s. 930.

oppsigelsen var gyldig.<sup>96</sup> Påanket arbeidstakeren saken til lagmannsretten, måtte arbeidstaker eventuelt be om rettens kjennelse til å fortsette i stillingen. Den andre; at det ble lovregulert at retten til å fortsette i stillingen ikke skulle gjelde når arbeidstaker bortfalt som følge av at virksomheten var nedlagt.<sup>97</sup> Ved endringslov, ble endringene opphevet før loven trådte i kraft.<sup>98</sup>

#### 4.1 Tidsfrister ved søksmål

Retten til å fortsette i stillingen gjelder dersom søksmål reises innen utløpet av oppsigelsesfristen, og innen åtte uker fra forhandlingens avslutning eller fra oppsigelsen fant sted.<sup>99</sup> Tilsvarende gjelder hvis arbeidstaker skriftlig underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist innen åtte ukers-fristen.

Søksmålsfristen er åtte uker fra forhandlingens avslutning. For å unngå tvil om søksmålsfristen, bør det i protokollen fra de siste forhandlinger spesifikt fremkomme at forhandlingene er avsluttet.<sup>100</sup> Er det ikke avholdt forhandlinger? I så fall vil fristen regnes fra tidspunktet for oppsigelse.<sup>101</sup>

Hva dersom arbeidsgiveren nekter å forhandle? Anses arbeidsgiver for å samtykke i en lengre søksmålsfrist dersom arbeidsgiver går inn i forhandlingen med arbeidstaker etter at fristen er utløpt? Spørsmålet kom opp i Høyesterett, men ble ikke avgjort.<sup>102</sup> Forarbeidene uttaler her at dersom arbeidsgiveren har nektet å forhandle, bør retten neppe gi ham medhold i et krav om at arbeidstakeren skal fratrukke, og motsatt dersom det er arbeidstakeren

---

<sup>96</sup> Inn tatt i det nå bortfalte 3.ledd, b.

<sup>97</sup> Inn tatt i det nå bortfalte 4.ledd.

<sup>98</sup> Endringslov av 21. desember 2005 nr.121.

<sup>99</sup> Aml. § 17-4, 5.ledd.

<sup>100</sup> Jakhelln, Aune, s. 1122.

<sup>101</sup> Aml. § 17-4, 2.ledd.

<sup>102</sup> Rt.2000 s. 1256.



som har nektet å forhandle.<sup>103</sup> Høyesterett la til grunn at søksmålsfristen først begynner å løpe når det blir klart at det ikke vil bli holdt forhandlingsmøte.<sup>104</sup>

Søksmålet må under enhver omstendighet være reist innen utløpet av oppsigelsesfristen. I motsetning til aml.1977 kommer det ikke direkte frem av lovteksten (2005) at fristen for å gi varsel til arbeidsgiver er utløpet av oppsigelsesfristen.<sup>105</sup> Varselet bør være presist utformet og uten forbehold.<sup>106</sup> Her har Høyesterett godtatt som tilstrekkelig klart varsel, at arbeidstakerne skriftlig hadde meddelt at de krevde rett til å fortsette i stillingen under forhandlingene og frem til endelig rettsavgjørelse forelå i saken.<sup>107</sup>

For å unngå tap av retten til å fortsette i stillingen bør arbeidstakeren innen utløpet av oppsigelsesfristen alltid varsle arbeidsgiveren skriftlig om at søksmål vil bli reist innen åtte ukers-fristen.<sup>108</sup> Åtte ukers-fristen etter aml.<sup>109</sup> regnes fra tidspunktet for selve oppsigelsen, dette selv om oppsigelsesfristen etter aml. § 15-3, 4. ledd løper fra og med 1.dag i måneden etter oppsigelsen ble gitt.<sup>110</sup> I praksis betyr det at dersom oppsigelsen fant sted eller forhandlingene ble avsluttet på en torsdag, løper fristen ut ved midnatt torsdagen åtte uker etter.<sup>111</sup>

Er søksmål reist innen de frister som følger av aml., kan arbeidstakeren fortsette i stillingen mens saken verserer for domstolene.<sup>112</sup> I forarbeidene til den nye aml. er det presisert at det

---

<sup>103</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 73.

<sup>104</sup> Rt.2000 s. 1256.

<sup>105</sup> Jf. aml. (1977) § 61 nr.4, 2.ledd.

<sup>106</sup> Jakhelln, Aune, s. 1122.

<sup>107</sup> Rt.1991 s. 1382.

<sup>108</sup> Jakhelln, Aune, s. 931.

<sup>109</sup> Aml. § 17-4, 2.ledd.

<sup>110</sup> Lov 1915-08-13 nr.5. Lov om domstolene (domstolloven) §§ 148 og 149.

<sup>111</sup> Jakhelln, Aune, s. 1123.

<sup>112</sup> Aml. §17-4.

ikke er gjort endringer i gjeldene rett med hensyn til arbeidstakers frist for å kreve å fortsette i stillingen.

#### 4.2 Forutsetninger for retten til å fortsette i stillingen

Det er en forutsetning for retten til å fortsette i stillingen at arbeidstakeren nedlegger påstand om at oppsigelsen skal kjennes ugyldig. Der det bare reises søksmål med krav om erstatning, gjelder ikke retten til å fortsette i stillingen. Arbeidstakeren må fratre ved utløp av oppsigelsestiden.<sup>113</sup> I forarbeidene er det uttalt at retten i slike tilfeller uten videre må ta et krav om fratreden til følge. Dette kan ikke forstås slik at arbeidsgiver uansett må kreve kjennelse for fratreden.<sup>114</sup>

Gjelder retten til å fortsette i stillingen bare når arbeidsgiver går til oppsigelse?

Forarbeidene påpeker at retten gjelder også ved tilfeller der det er arbeidstakeren som har levert oppsigelsen, men senere bestrider sin egen oppsigelse.<sup>115</sup> Høyesterett bekrefter lagmannsrettens lovtolkning av aml. (1977) § 61 flg. om at valg av prosessform vil avhenge av om det er anført noe som etter sin karakter kan begrunne at arbeidstakerens oppsigelse var betinget.<sup>116</sup> Arbeidstakeren må være i stand til å fortsette i stillingen om ikke lovlig fraværsgrunn foreligger.<sup>117</sup> Fratrer arbeidstakeren uten forbehold, kan retten til å fortsette i stillingen bortfalle.<sup>118</sup> Har arbeidsgiveren tilbudt arbeidstakeren å ikke møte på jobb i oppsigelsestiden foreligger det i utgangspunktet en akseptert uteblivelse og gyldig fravær.<sup>119</sup> Retten til å fortsette i stillingen vil bortfalle uten avgjørelse av en domstol, når det anses helt på det rene at virksomheten er opphørt, og at annet arbeid ikke kan tilbys arbeidstakeren.

---

<sup>113</sup> Jakhelln, Aune, s. 933.

<sup>114</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 75.

<sup>115</sup> L.c.

<sup>116</sup> Rt.1998 s. 887.

<sup>117</sup> Rt.1992 s. 1482.

<sup>118</sup> Rt.1988 s. 583.

<sup>119</sup> Rt.1993 s. 908.

Utgangspunkt for retten til å fortsette i stillingen er at partenes gjensidige rettigheter og plikter, på lik linje med et ”vanlig” arbeidsgiver og arbeidstaker forhold opprettholdes. Arbeidstaker som fortsetter i stillingen etter utløp av oppsigelsestiden, kan velge å fratru stillingen senere i prosessen. Det foreligger da ingen formelle varslingsfrister, men det ville være rimelig om arbeidsgiver gis tid til å innrette seg situasjonen. Både forarbeidene og rettspraksis viser i retning av at ”rimelig tid” ikke kan kreves å være lenger enn 14 dager.<sup>120</sup> Arbeidstakeren vil ikke ha mulighet til å gjeninntre i stillingen, dersom det i utgangspunktet var han som valgte å avslutte arbeidsforholdet. Det er da først når endelig dom for at oppsigelsen var ugyldig foreligger, at arbeidstakeren vil ha mulighet til å gjeninntre stillingen. Grensedragningen her med hensyn til hva arbeidstakeren selv har valgt, kan i den konkrete sak være særs vanskelig.<sup>121</sup> Av den grunn, bør arbeidsgiveren få en skriftlig erklæring fra arbeidstakeren, at arbeidet avsluttes etter egen fri vilje. Det er ikke uvanlig at arbeidsgiver tilbyr den ansatte å ta seg fri i oppsigelsestiden. Dersom arbeidstakeren benytter seg av tilbudet, innebærer det at han mister retten til å fortsette i stillingen? Høyesterett har lagt til grunn at det i et slikt tilfelle vil foreligge gyldig fravær, og at retten ikke bortfaller.<sup>122</sup>

Hva når arbeidsgiver endrer stillingsinnholdet? Man kan imidlertid ofte i praksis oppleve at arbeidsgiver i en situasjon hvor arbeidstakeren får fortsette i stillingen, aksepterer den ansattes rett til å utføre arbeid, men på den annen side fratru arbeidstakeren deler av eller selve arbeidsoppgaven han steller med.<sup>123</sup> Utgangspunktet er jo at en ansatt har full rett til å utføre de oppgaver som stillingen bringer med seg. Ut fra styringsretten kan imidlertid en arbeidsgiver, endre stillingsinnholdet innenfor saklige rammer. Denne adgangen vil arbeidsgiver ha så vel overfor oppsagte arbeidstakere som arbeidstakere som ikke er meddelt oppsigelse. Dersom arbeidsgiver ensidig treffer beslutning om å frata arbeidstaker

---

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s .240 og Rt.1988 s .783.

<sup>121</sup> Jakhelln, Aune, s. 934.

<sup>122</sup> Rt.1993 s. 908.

<sup>123</sup> [www.ukeavisenledelse.no](http://www.ukeavisenledelse.no).

oppgaver, eventuelt beslutter at vedkommende arbeidstaker ikke skal møte på jobb, kan man stå overfor en de facto avskjedigelse av arbeidstaker.

I hvilken utstrekning en arbeidsgiver i medhold av sin styringsrett kan foreta justeringer ut fra den situasjonen som foreligger etter at en medarbeider er gitt oppsigelse er et åpent spørsmål. Det blir en avveining mellom arbeidsgiverens adgang til å foreta visse justeringer innfor rammen av sin styringsrett på den ene siden, og vernereglene som arbeidsmiljøloven ellers gir anvisning på til beskyttelse av arbeidstakeren på den andre. Det er vanskelig å trekke klare grenser og det vil eksistere uenighet her.

#### 4.3 Arbeidsgivers krav om fratreden

Retten til å fortsette i stillingen er ikke absolutt. Arbeidsgiveren kan søke rettens kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre i samsvar med aml. § 15-11, 2. ledd, 2.pkt./ aml. (1977) § 61 nr. 4, 2. ledd, 3.pkt. Domstolen kan bestemme at arbeidstakeren må fratre dersom det finnes urimelig at arbeidstakeren fortsetter i stillingen mens oppsigelsessaken verserer.<sup>124</sup> Det er et vilkår for slike kjennelser at det finnes ”urimelig” at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Det som her må understrekes, er at retten til å fortsette i stillingen skal være hovedregelen, og at arbeidsgiveren ikke selv ensidig kan frata arbeidstakeren retten.

Slik loven er utformet, må det også være klart at så lenge oppsigelsesfristen løper/forhandlinger føres, er arbeidstakerens rett absolutt. Adgangen til ved kjennelse å bestemme fratreden refererer seg til det etterfølgende tidsrom. Fratredenspørsmålet skal vurderes ut fra situasjonen på avgjørelsestidspunktet.<sup>125</sup>

Hva er å oppfatte som ”urimelig” i lovens forstand? Når vil det være ”urimelig” at arbeidstakeren fortsetter i stillingen under sakens behandling? Urimelighetsnormen er den

---

<sup>124</sup> Jakhelln, Aune, s. 935.

<sup>125</sup> Rt.1990 s. 908 og Rt.1993 s. 1073.

samme fra rettspraksis etter aml. 1977.<sup>126</sup> Forarbeidene påpeker at rettspraksis gir uttrykk for en ”urimelighetsnorm” som ivaretar hensynet til at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen mens saken verserer. ”*Departementet ser derfor ingen grunn til å foreslå endringer med hensyn til hvilken norm som skal anvendes ved urimelighetsvurderingen.*” Videre ser de heller ingen grunn til å foreslå endringer i rettstilstanden med hensyn til hvilke momenter som skal anses relevante i en slik vurdering. Hovedregelen skal være at arbeidstakeren fortsetter i stillingen, men retten må ta hensyn til vektige innvendinger fra arbeidsgivers side.<sup>127</sup> Domstolene skal avgjøre spørsmålet om fratreden etter en konkret helhetsvurdering ut fra forholdene når kjennelse skal avsies.<sup>128</sup> Det er opp til domstolene å vurdere hvilke momenter som er relevante, og hvilken vekt disse skal ha i den konkrete sak.<sup>129</sup>

I vurderingen av arbeidstakerens konsekvenser, vil det måtte legges vekt på forhold som tap av inntekt og mulighet for å fortsette i stillingen dersom søksmålet skulle føre frem.<sup>130</sup> Konsekvens vurderingen skal vurderes i forhold til den enkelte. Da vil forhold som alder, ansiennitet, mobilitet og forsørgerbyrde m.v. spille inn. Retten må i tillegg ta hensyn til arbeidstakerens muligheter for tildeling av andre arbeidsoppgaver hos arbeidsgiveren og alternativ plassering.<sup>131</sup> Dersom arbeidstakeren takker nei til en slik omplassering, vil dette kunne veie i retning av gunst til fordel for arbeidsgiveren. Dette var tilfellet der en arbeidstaker hadde takket nei til å gå over i en stilling som maskinsjef på et av rederiets andre fartøyer, når dette var det eneste arbeid arbeidsgiver kunne tilby.<sup>132</sup> Taler hensynene for at arbeidstakeren skal fratru tungtveiende, vil dette kunne føre til kjennelse om

---

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s. 238.

<sup>127</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 22.

<sup>128</sup> Rt.2004 s. 1413.

<sup>129</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s. 336.

<sup>130</sup> Jakhelln, Aune, s. 938.

<sup>131</sup> NOU-2004-5s. 564.

<sup>132</sup> Rt.1990 s. 908.

fratreden. Det til tross for at det for arbeidstakeren på den andre siden får store konsekvenser.<sup>133</sup>

Når det kommer til vurderingen av arbeidsgiverens konsekvenser, faller det naturlig å ta hensyn til forhold som økonomi, kostnadsreduksjoner, omstruktureringer og bemanningsendringer m.v.<sup>134</sup> Dette var tilfellet i en Høyesterettsdom, der arbeidsgiver fikk medhold i et krav om fratreden hvor arbeidstaker var sagt opp grunnet manglende oppdrag.<sup>135</sup> Det forhold at arbeidet er bortfalt som følge av at virksomheten er delvis nedlagt, vil normalt måtte tillegges vesentlig vekt.<sup>136</sup>

Bestemmer retten at arbeidstakeren skal fratre stillingen, skal det samtidig fastsettes en frist for fratreden, jf. aml. § 15-11/ aml. (1977) § 61 nr. 4, 2. ledd, siste punktum.<sup>137</sup> Høyesterett i samsvar med forarbeidene påpeker at fratredelsen ikke kan fastsettes til et tidspunkt som ligger forut for kjennelsen.<sup>138</sup> *”Etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 annet ledd siste punktum skal retten i forbindelse med kjennelse for fratredelse fastsette frist for arbeidstakernes fratreden. Bestemmelsen som i forarbeidene er kommentert derhen at fristen neppe bør ”være kortere enn 14 dager” (jf. Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 75 første spalte), må antas å forutsette at fratredelsen fastsettes til et tidspunkt etter avsigelsen av kjennelsen.”* Høyesterettsdommen er i samsvar med uttalelsene i forarbeidene.<sup>139</sup> Fristen kan ikke settes til et tidspunkt der foreligger forut for oppsigelsesfristens utløp.<sup>140</sup> Det kan ikke fastsettes at arbeidstakeren skal fratre, men med rett til goder som lønn, tilsvarende eller andre ytelser som følge av arbeidsforholdet.<sup>141</sup>

---

<sup>133</sup> NOU-2004-5 s. 325.

<sup>134</sup> NOU-2004-5 s. 564.

<sup>135</sup> Rt.1992 s. 1681.

<sup>136</sup> L.c.

<sup>137</sup> Jakhelln, Aune, s. 942.

<sup>138</sup> Rt.1988 s. 783.

<sup>139</sup> Ot.prp.nr.49(2004-05) s. 240.

<sup>140</sup> Jakhelln, Aune, s. 943.

<sup>141</sup> Rt.1983 s. 1558.

Ved avskjed er lovens utgangspunkt annerledes. Da har ikke arbeidstakeren rett til å fortsette i stillingen, heller ikke mens eventuelle forhandlinger føres, men må avtre. Arbeidstakeren må søke rettens kjennelse for at han likevel skal ha rett til å fortsette i stillingen, jf. aml. § 15-11 (3) bokstav a.<sup>142</sup> Bestemmelsen tar særlig sikte på å beskytte mot omgåelser av aml. § 15-11,<sup>143</sup> ved at arbeidsgiver benytter seg av avskjed i stedet for oppsigelse uten at dette er tilstrekkelig begrunnet.

#### 4.4 Oppsigelse eller avskjed?

Lovens bestemmelser byr ikke på særskilte problemer i typetilfellene, den regulære oppsigelse eller rene avskjed. I arbeidsmiljøloven opereres det ikke med mellomformer eller andre former for opphør enn disse to. I praksis stilles man derimot overfor en rekke forskjellige situasjoner som nettopp ikke er typetilfeller, og det er da det oppstår problemer. Med hensyn til hvordan lovens bestemmelser om rett til å fortsette i stillingen skal anvendes, hvilken rekkevidde de har og hvilke konsekvenser som skal trekkes av dem.

Det forekommer at arbeidsforholdet bringes til opphør og at arbeidstakeren pålegges å fratre straks, men får lønn i vanlig oppsigelsestid. Før arbeidsmiljøloven av 1977 ble en slik opphørsform i regelen vurdert som oppsigelse når domstolene skulle ta stilling til de materielle opphørsvilkår.<sup>144</sup> Det er langt fra opplagt at det samme kan gjøres i forhold til arbeidsmiljølovens bestemmelser i dag.

Liknende situasjoner er der en arbeidstager som er fraværende sies opp, men nektes å gjenoppta arbeidet i oppsigelsestiden eller at den oppsagte arbeidstakeren får arbeide oppsigelsestiden ut, men hvor arbeidsgiveren nekter å la han fortsette. Enda mer spesielle er tilfeller hvor arbeidstakeren har blitt avskjediget og har fratrudd stillingen, men hvor

---

<sup>142</sup> Aml. (1977) § 66 nr.3.

<sup>143</sup> Aml. (1977) § 61 nr. 4.

<sup>144</sup> Evju, s. 346.

avskjeden så trekkes tilbake og erstattes med oppsigelse, uten at arbeidstakeren gis anledning til å gjeninntre.

Dersom opphørsformene blir betraktet som oppsigelse i arbeidsmiljølovens forstand, vil arbeidstakeren ikke kunne få kjennelse for at han har rett til å fortsette i stillingen. I slike tilfeller åpner ikke aml. § 15-11/ aml. (1977) § 61 nr. 4 for å avsi kjennelse, da må man kreve tvangsfullbyrdelse.<sup>145</sup> Lønnskrevet vil arbeidstakeren mangle tvangsgrunnlag for, dermed er han like langt. Arbeidstakeren vil ikke få sin rett før realitetsavgjørelsen i oppsigelsestvist. Dersom oppsigelsen er usaklig, skal den kjennes ugyldig. Arbeidstakeren vil så ha krav på erstatning.<sup>146</sup>

Skulle vilkårene for saklig oppsigelse være tilfredsstillende, gir arbeidsmiljøloven ikke hjemmel for erstatningskrav. Arbeidstakeren har uansett krav på lønn i tiden frem til rettskraftig dom. Det er ingen grunn til å forstå bestemmelsen så snevert at særskilt pådømmelse av lønnskrev skulle være utelukket i slike tilfeller. Det ville gjøre rom for et uheldig hull i lovens bestemmelser, hvor formålet er å ivareta arbeidstakerens interesser.<sup>147</sup>

Retten til å fortsette i stillingen har sine klare begrensninger. De er uproblematisk så lenge partene holder seg til spillereglene. Overfor en arbeidsgiver som ikke vil bøye seg for reglene, har en arbeidstaker i realiteten ingen mulighet til effektivt å gjøre sin rett gjeldende. Verken lovens regler eller håndhevelsesapparatet er utrustet til det.

---

<sup>145</sup> Lov 1915-08-13 nr.6, Lov om rettergangsmåten i tvistemål (tvistemålsloven) § 239, 2.ledd.

<sup>146</sup> Aml. §15-12/aml. (1977) § 62.

<sup>147</sup> Evju, s. 346.



#### 4.5 Konflikt mellom permitteringsretten og retten til å fortsette i stillingen?

Det ubetinget mest praktiske problemfelt er forholdet til regler om permittering.

Permittering anvendes hyppig i praksis.<sup>148</sup> Hvor en virksomhet midlertidig må innskrenke driften, vil det i mange tilfeller være både i arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesse at arbeidsforholdet ikke bringes til opphør ved oppsigelse, men at arbeidsforholdet kan opprettholdes.<sup>149</sup> Ved permittering er det ikke tale om opphør, men en form for suspensjon av hovedpliktene i arbeidsforholdet. Arbeidstageren løses midlertidig fra sin plikt til å betale lønn og arbeidstakeren løses fra sin plikt til å arbeide.<sup>150</sup>

Bestemmelser om permittering finner man i en del tariffavtaler. Hovedavtalen LO- NHO må antas å gi uttrykk for de regler som sedvanemessig gjelder ved permittering.<sup>151</sup>

Instituttet er ikke direkte regulert i lovgivningen.<sup>152</sup> En slik adgang er forutsatt i permitteringslønsloven,<sup>153</sup> i arbeidsmarkedsloven<sup>154</sup> og i folketrygdloven.<sup>155</sup>

Arbeidsgivers permitteringsadgang er imidlertid utviklet gjennom praksis i arbeidslivet, tariffavtaler og rettspraksis. Grunnlaget for permitteringsadgangen er dermed tariffavtaler, individuelle arbeidsavtaler og sedvanerett.<sup>156</sup> Domstolene har lagt til grunn at permittering kan anvendes selv om uttrykkelig avtale om det ikke foreligger.<sup>157</sup>

Det kan reises innvendinger mot permitteringsinstituttet på grunnlag av stillingsvernreguleringen i lovgivningen, både mot avtalereguleringen og mot tendensen til

---

<sup>148</sup> Jakhelln, Henning. *Arbeidsretten*. s. 345.

<sup>149</sup> Jakhelln, s. 345.

<sup>150</sup> L. c.

<sup>151</sup> LO-NHO (2002) § 8-1.

<sup>152</sup> LO-NHO (2002) § 8-7.

<sup>153</sup> Lov 1988-05-06 nr. 22. Lov om lønnsplikt undr permittering (permitteringsloven).

<sup>154</sup> Lov 2004-12-10 nr. 76. Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 8.

<sup>155</sup> Lov 1997-02-28 nr. 19. Lov om folketrygd (folketrygdloven) § 4-7 og Jakhelln, s. 348

<sup>156</sup> Jakhelln, s. 348.

<sup>157</sup> RG.1978 s. 442 Eidsivating, RG.1986 s. 98 Eidsivating.

å operere med et ”alminnelig” permitteringsinstitutt selv hvor direkte avtaleregulering ikke foreligger.<sup>158</sup> Det ville føre for vidt å gå nærmere inn på dette her.

Utgangspunktet er at arbeidsgiveren har en rett til å gå til permittering ”når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften”, for eksempel ved mangel på arbeidsoppdrag, arbeidshindringer, når en midlertidig innskrenkning eller stans for øvrig anses tjenlig ut fra bedriftsøkonomiske vurderinger.<sup>159</sup>

Praktisk sett kan konflikt mellom arbeidsgivers permitteringsrett og arbeidstagers rett til å fortsette i stillingen etter aml. § 15-11 forekomme i to typer av situasjoner. Oppsigelse av arbeidstager som er permittert, og der det etter at oppsigelse er gitt, går til permittering.<sup>160</sup> I det første tilfellet er spørsmålet om oppsigelse skal gi arbeidstakeren en rett til permittering av den eller de oppsagte. Bedømmelsen av situasjonen vil imidlertid følge de samme linjer, og falle i to deler: spørsmålet om rett til å arbeide og spørsmålet om rett til lønn.

Er bakgrunnen til permitteringen manglende faktiske sysselsettingsmuligheter, vil retten til å fortsette i arbeid kunne være utelukket. Dersom årsaken og permitteringen rammer alle ansatte i bedriften, vil problemet bare være om lønn skal opprettholdes. Omfatter permitteringene kun en del av arbeidstokken, blir spørsmålet i første hånd om de som sies opp er oppsagt, skal ha en ”fortrinnsrett” til den gjenværende arbeid i kraft av aml. § 15-11. Vanligvis vil de samme normer om ansiennitet og kvalifikasjoner blir lagt til grunn ved utvelgelsen, dette i samsvar med saklighetsvurderingen ved oppsigelse i henhold til arbeidsmiljølovens aml. § 15-7.<sup>161</sup> Vi står i forhold til bestemmelsen overfor en atypisk situasjon, hvor det tyder på at det ikke har vært tenkt på ved utformingen. Det vil kunne bety at ulempen ved å stå uten arbeid i en overgangsperiode, veltes over fra oppsagte

---

<sup>158</sup> Evju, s. 351.

<sup>159</sup> LO-NHO (2002)§8-1 nr.1.

<sup>160</sup> Evju, s. 351.

<sup>161</sup> Aml. § 60 (1977).

arbeidstakere til arbeidstakere som skal fortsette i arbeid.<sup>162</sup> Rent økonomisk vil ulempen for de siste normalt være større, fordi en oppsagt arbeidstaker uansett permitteringen har rett til lønn i hvert fall i oppsigelsestiden. Dette taler samlet for at retten til å fortsette i stillingen, så langt det er tale om rett til faktisk arbeid, må vike for en saklig begrunnet permittering.<sup>163</sup>

Videre kan det stilles spørsmål om retten til lønn. Utgangspunktet er klart, selv om permitteringen avskjærer den oppsagte adgangen til arbeid, betyr ikke nødvendigvis det at han ikke har rett til lønn. Det er ved lov gitt bestemmelser om arbeidsgiverens lønnsplikt under permittering ved permitteringsloven.<sup>164</sup> Formålet med loven er å motvirke uheldig bruk av helt kortvarige, svært langvarige eller tidsubestemte permitteringer. Av den grunn foreligger det en lønnsplikt til den første del av permitteringsperioden. Arbeidstakere som er permittert, er fortsatt knyttet til bedriften, med de rettigheter og plikter det innebærer.<sup>165</sup> Skulle en arbeidstaker etter permitteringstidens utløp, ikke bli gjeninntatt, plikter bedriften å betale vedkommendes lønn for gjeldende oppsigelsestid.<sup>166</sup>

Blir arbeidstakeren sagt opp i permitteringstiden, plikter han å utføre arbeid for bedriften i oppsigelsestiden, med mindre arbeidstakeren har inngått ny arbeidsavtale som er til hinder for det.<sup>167</sup> Dette følger direkte av bestemmelsen i de fleste tariffavtaler som er permitteringsregler,<sup>168</sup> men det gjelder uten tvil generelt, og stiller seg ikke annerledes om permittering iverksettes etter at oppsigelse er gitt. Retten til lønn i oppsigelsestid følger direkte av arbeidsmiljølovens system.<sup>169</sup> Nektet arbeidstakeren lønn, er det i realiteten tale

---

<sup>162</sup> Evju, s. 352.

<sup>163</sup> Aml. § 15-11/aml. (1977) § 61 nr.4.

<sup>164</sup> Lov 05-06-1988 nr. 22 (permitteringsloven).

<sup>165</sup> Jakhelln, s. 350.

<sup>166</sup> LO-NHO § 8-6 (2002).

<sup>167</sup> Jakhelln, s. 350.

<sup>168</sup> LO-NHO § 14 nr.8 (2002).

<sup>169</sup> Lov av 6.mai 1988. (permitteringsloven).

om en avskjed, og forholdet må kunne angripes deretter. Problemstillingen blir derfor om det ved permittering må betales lønn ut over oppsigelsestiden.

Når permittering benyttes, vil det nettopp være et hovedpoeng å unngå lønnsplikten. Det kan derfor hevdes at det, dersom permitteringsrett først aksepteres, vil være formålstridig å gi arbeidstageren krav på lønn etter oppsigelsestidens utløp. Dette gjør seg særlig gjeldende dersom permitteringen er rent økonomisk begrunnet, da kan det i tillegg sies at lønnsplikt vil bety en svekkelse av bedriftens økonomi som kan sette de gjenværende arbeidsplasser i fare.

Lønnskrevet faller ikke bort pga. permitteringen.<sup>170</sup> Det motsatte ville være å trekke for vidtrekkende konsekvenser av de ulovfestede permitteringsreglene. Et slikt resultat ville stå i klar konflikt med aml. § 15-11.<sup>171</sup>

Utgangspunktet må være at aml. § 15-11<sup>172</sup> gir arbeidstakeren rett til lønn, så langt retten til å fortsette i stillingen er i behold, dette til tross for at han ikke får anledning til å jobbe. Dersom arbeidsgiveren ønsker og fri seg fra lønnsplikten, kan han kreve kjennelse for fratreden. Gitt at permitteringen er saklig begrunnet, må arbeidsgiveren få medhold. På denne måten vil arbeidsgiveren unngå lønnsplikt for en vesentlig del av, kanskje hele, tiden etter oppsigelsen løper ut. Lønnsplikt som arbeidsgiveren ikke unnslipper, er en omkostning som han må avfinne seg med. Arbeidsmiljøloven § 15-11<sup>173</sup> skal i første rekke ivareta arbeidstakerens interesser.

Dersom arbeidsgiveren henvises til å gå veien om rettens kjennelse, vil det samtidig åpne muligheten for arbeidstakeren til å angripe permitteringen som sådan. Retten tar så stilling til om permitteringen er holdbar i forhold til arbeidstageren, for videre å avgjøre om

---

<sup>170</sup> Evju, s. 353.

<sup>171</sup> Aml. (1977) § 61 nr.4.

<sup>172</sup> L.c.

<sup>173</sup> Aml. (1977) § 61 nr.4.

vilkåret for å bestemme fratreden etter reglene til å fortsette i stillingen foreligger.<sup>174</sup> På denne måten gis det en mulighet, tilsvarende som ved bruk av aml. § 15-11 (3) a,<sup>175</sup> til å reagere mot permitteringen som ikke er saklig begrunnet eventuelt en usaklig nektelse av å gjeninnta en permittert arbeidstager som sies opp.

Dersom arbeidsgiverens krav etter aml. § 15-11 om kjennelse, ikke tas til følge fordi permitteringen anses uberettiget, betyr ikke det ubetinget at arbeidstageren automatisk er sikret å få gjeninntre i arbeid. Da må arbeidsgiveren bøye seg for rettens standpunkt, det må man tro at arbeidsgiveren velger å gjøre.

Når det kommer til forholdet mellom permitteringsretten og arbeidsmiljølovens § 15-11,<sup>176</sup> blir konklusjonen i at dersom man først aksepterer at arbeidsgiver har en rett til å permittere, er det vanskelig å opprettholde arbeidstagerens rett etter aml. § 15-11 fullt ut.<sup>177</sup> Retten til å fortsette i faktisk arbeid må vike. Retten til lønn vil derimot være i behold tross permitteringen. Lønnskrevet kan her bare avskjæres ved å gå veien om kjennelse slik aml. § 15-11 forutsetter.<sup>178</sup>

I det foregående har det blitt forutsatt at det er tale om permittering som er saklig begrunnet i bedriftens forhold. Dersom begrunnelsen knytter seg til arbeidstagerens forhold, er permittering utelukket. De alminnelige permitteringsregler gir ikke noe grunnlag for permittering som disiplinærforføyning. Under enhver omstendighet må aml. § 15-11<sup>179</sup> anses direkte avgjørende. Arbeidsgiveren må gå veien om kjennelse for fratreden. Ønsker ikke arbeidstakeren selv å fratre, vil det være klart uholdbart å hevde at ”partenes interesser” eller lignende tross alt er best tjent med at arbeidstageren ikke fortsetter i arbeid.

---

<sup>174</sup> Aml. § 15-11/aml (1977) § 61 nr.4.

<sup>175</sup> Aml. (1977) § 66 nr.3.

<sup>176</sup> Aml. (1977) § 61 nr.4.

<sup>177</sup> Evju, s. 355.

<sup>178</sup> Aml. (1977) § 61 nr.4.

<sup>179</sup> Aml. (1977) § 61 nr.4.

Skulle arbeidsgiveren på et slikt grunnlag gå til noen form for permittering, før eller etter oppsigelsestidens utløp, uten at fratredelseskjennelse er avsagt, foreligger i realiteten en form for irregulært opphør.

Forholdet til de alminnelige permitteringsregler er ett eksempel på konflikt mellom retten til å fortsette i stillingen og regelsett utenfor arbeidsmiljøloven selv.<sup>180</sup> Dersom man inntar det standpunkt at retten til å utføre arbeid må vike for en saklig begrunnet permittering, har det sammenheng med at problemstillingen ikke har vært viet oppmerksomhet i lovforarbeidene. Det er vanskelig å anta at det har vært meningen å gripe inn i et så praktisk og innarbeidet institutt som permitteringsinstituttet.

---

<sup>180</sup> Evju, s. 356.

## 5 Har oppsigelsen sakelig grunn?

Når en arbeidsgiver går til oppsigelse av en arbeidstaker er det ikke gitt at arbeidstakeren oppfatter oppsigelsen sakelig. Vil arbeidstakeren ha oppsigelsen rettslig prøvd må søksmål, som vi har sett ovenfor, reises for domstolene innen bestemte frister. Det er ikke særskilte prosessregler for tvist knyttet til retten til å fortsette i stillingen, slik at de alminnelige regler i tvistemålsloven<sup>181</sup> gjelder.<sup>182</sup> Arbeidstakeren kan, som angitt ovenfor etter vilkårene som er angitt i aml. § 15-11, kreve å fortsette i stillingen inntil rettskraftig dom foreligger.

Aml. § 15-7 er en videreføring av aml. (1977) § 60 om at oppsigelser skal være saklig begrunnet. Saklighetskravet er en rettslig standard. Aml. § 15-7 bygger på prinsippet om individuell saklighet.<sup>183</sup> Det er ikke tilstrekkelig at grunnen til oppsigelse generelt sett er saklig, men oppsigelsen og saklighetsvurderingen må skje i forhold til den enkelte arbeidstaker. Forståelsen av hva som må til for at en oppsigelse skal være saklig, er ikke statisk.<sup>184</sup> Dette innebærer at innholdet i rimelighetskravet vil endre seg i tråd med den alminnelige samfunnsutviklingen.<sup>185</sup> Rettspraksis fra 1936 og fram til i dag gir klare indikasjoner på at det har skjedd en utvikling i retning av å kreve mer tungtveiende grunner fra arbeidsgiverens side for at en oppsigelse skal anses som saklig.<sup>186</sup>

Vurderingen av saklighetskravet må basere seg på om det er en samlet avveining av begge parters behov anses rimelige og naturlige at arbeidsforholdet kan bringes til opphør.<sup>187</sup>

Spørsmålet er her om det foreligger ”*tilstrekkelig*” saklig grunn for oppsigelse? Som regel er det nettopp dette som er det sentrale i saker for domstolene. Det er få eksempler på at en

---

<sup>181</sup> Lov 1915-08-13 nr. 6. Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

<sup>182</sup> Jakhelln, Aune, s. 941.

<sup>183</sup> Rt.1989 s. 508.

<sup>184</sup> Larsen, Per Arne. Arbeidsmiljøloven, s. 444.

<sup>185</sup> Jakhelln, Aune, s. 859.

<sup>186</sup> Larsen s. 444.

<sup>187</sup> Jakhelln, s. 369.

oppsigelse har vært underkjent fordi den har vært motivert av utenforliggende grunner, denne side av saklighetskravet virker godt innarbeidet i praksis. Det er nok likevel grunn til å tro at oppsigelse av utenforliggende grunner kan forekomme, uten at saken kommer for domstolene, for eksempel fordi arbeidstaker resignerer pga. bevisproblemene.

Når det skal tas stilling til om oppsigelse har saklig grunn, må det vurderes med utgangspunkt i forholdene på oppsigelsestidspunktet. Dersom arbeidstaker er sagt opp pga. sitt eget forhold, er det ikke avgjørende om forholdet har bedret seg etter at oppsigelse fant sted. Det er heller ikke avgjørende om bedriftens økonomiske situasjon er blitt bedre etter oppsigelsen dersom det var tilstrekkelig grunn for oppsigelse ut fra forholdene før oppsigelse.

Hensynene bak saklighetskravet er flere. På den ene siden, hensynet til arbeidstakeren. Det å ha et arbeid har stor økonomisk og sosial betydning for arbeidstakerne. De har et sterkt behov for et visst vern mot at ansettelsesforholdet kan bringes til opphør av arbeidsgiveren. Den svake forhandlingsposisjonen arbeidstakerne har i forbindelse med forhandlinger om vilkårene for en ansettelse, gjør at man normalt ikke ville kunne forhandle seg frem til et slikt vern gjennom avtalemekanismen. Av den grunn er det her behov for preseptoriske lovregler. På den andre side står hensynet til arbeidsgiveren og hans behov for å kunne tilpasse arbeidstokken for arbeidskraft, og foreta oppsigelser ved pliktbrudd fra arbeidsgivers side.

De hensyn saklighetskravet kan være motivert av, må ligge innenfor visse ytre rammer.<sup>188</sup> Disse rammene er avgrenset etter to linjer: En del hensyn kan overhodet ikke trekkes inn, de er utenforliggende, andre er etter sin art akseptable, men ikke tungtveiende nok til at oppsigelse er berettiget og nødvendig.

---

<sup>188</sup> Fanebust, Arne. Innføring i arbeidsrett, s. 202.



Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er at det må foreligge grunnleggende brist i forutsetningen for den arbeidsavtalen som ble inngått. Arbeidsgiveren har for eksempel ikke lenger arbeid å tilby arbeidstakeren eller også forhold på arbeidstakerens side som at han ikke har evne eller vilje til å utføre det arbeidet som han blir satt til. Arbeidstakeren har plikt til å være lojal i forhold til arbeidsgiveren. Overholdes ikke lojalitetsplikten, kan dette gi grunnlag for oppsigelse. Har arbeidstakeren tatt oppdrag på fritiden som konkurrerer med det arbeidet som utføres av virksomheten vedkommende er ansatt ved, kan dette betraktes som illojalt og gi grunnlag for oppsigelse.<sup>189</sup> Etter at en sparebank var kommet i en veldig vanskelig situasjon, ble det foretatt en betydelig reduksjon av personalet og filialnett. Ved frivillige ordninger ved hjelp av et omstillingsutvalg lyktes det med å få bemanningen redusert med 90 ansatte. Noen måtte sies opp, og ved nedleggelse av filialer ble det besluttet å si opp dem som var tilsatt ved disse filialene. De kunne imidlertid konkurrere om stillinger innen vedkommende avdelingskontors område som var blitt ledige ved frivillig adgang. Tre oppsagte bestred seg oppsigelsen, på grunnlag av at de ikke følte det var grunn til å si opp dem framfor andre tilsatte med dårligere ansiennitet. Høyesterett fant at den ordningen som ble fulgt ved oppsigelsen, etter omstendighetene ikke var i strid med aml. (1977) § 60.<sup>190</sup>

Da arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern bygger på prinsippet om individuell saklighet, kan det reises spørsmål om arbeidstakerne kan få underkjent som usaklige de disposisjoner som bedriftsledelsen treffer før noen arbeidstakere er sagt opp? Høyesterett har ansett det som tvilsomt om domstolene overhode kan ta standpunkt til om oppsigelser i forbindelse med forestående nedlegging eller innskrenkning ved bedriften, på forhånd og enbloc, kan kjennes uberettigede ut fra saklighetsprinsippet.<sup>191</sup>

Hva dersom arbeidsinnholdet blir endret i den grad at det kan oppfattes som en ny stilling? I SAS-flyger saken var arbeidsgivers degradering fra kaptein til styrmann for inngripende

---

<sup>189</sup> For eksempel Rt.1990 s. 607 og Rt.1993 s. 300.

<sup>190</sup> Rt.1992 s. 776.

<sup>191</sup> Rt.1989 s. 508.

til at endringen kunne skje innenfor rammen av styringsretten.<sup>192</sup> Høyesterett uttalte at ”[d]egraderinga innebar at han ikkje lenger hadde kommandoen under flygingane, og ho kom også til uttrykk overfor omverda mellom anna ved at han ikkje lenger fekk ha fire kapteinstriper på uniforma. Det er stor lønnsforskjell mellom ein kaptein og ein styrmann. Ut frå dette er det etter mitt syn klart at degraderinga innebar ei oppseiing som kunne prøvast etter reglane om oppseiing i arbeidsmiljølova.”

I Rt.1935 s. 467 utalte Høyesterett uttrykkelig at arbeidsgiveren etter de daværende regler kunne si opp arbeidstakeren etter eget forgodtbefinnende og uten å måtte oppgi noen grunn, så lenge han oppfylte lovens regler om oppsigelsesfrister. Året etter dommen ble et saklighetskrav lovfestet for første gang, men dette omfattet i starten bare arbeidstakere over 22 år og med en tjeneste tid ved virksomheten på minst 3 år.

En maskiningeniør ved Institutt for Energiteknikk ble sagt opp sammen med ti andre pga. bedriftens vanskelige økonomiske situasjon.<sup>193</sup> Stortinget og Regjeringen hadde skåret vesentlig ned på instituttets budsjett. Retten tok utgangspunkt i at instituttet hadde foretatt en samvittighetsfull vurdering av de tiltak som var realistiske og fant ikke å kunne underkjenne oppsigelsen på grunnlag av dette. Det måtte imidlertid kreves at bedriften ”kontinuerlig bør vurdere om det er muligheter for å vedholde en oppsagt arbeidstaker helt til saken er avgjort”. Retten viste bl.a. til reglene om fortrinnsrett i aml. (1977) § 67 og rett til å fortsette i stillingen i aml. (1977) § 61 pkt. 4. I dette tilfellet hadde instituttet ikke vist tilstrekkelig vilje for å beholde arbeidstaker, selv om den økonomiske utvikling for instituttet var bedre. For de andre som var sagt opp, kom man frem til interne eller eksterne løsninger, men ikke for saksøkeren, med 20 års ansiennitet. På grunnlag av dette ble oppsigelsen ansett som ikke saklig etter aml. (1977) § 60 pkt. 2.

Med det utgangspunkt som er angitt overfor, at det er forholdene på oppsigelsestidspunktet som er avgjørende for om oppsigelse har saklig grunn, må hovedregelen også være at

---

<sup>192</sup> Rt.2003 s. 1702.

<sup>193</sup> NAD-1981-83.538- Asker og Bærum.

senere inntrufne forhold ikke kan påberopes til skade for arbeidstaker. Slike forhold kan på den andre siden tjene til å underbygge de antagelser bedriften bygget på og kan på den måten ha betydning ved en samlet vurdering.

## 5.1 Hvem har bevisbyrden?

I utgangspunktet er det arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at det foreligger tilstrekkelig faktisk grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Dette følger bl.a. av der Høyesterett uttaler at det er ”arbeidsgiveren som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygger på.”<sup>194</sup> I en annen tidligere Høyesterettsdom, gjaldt det gyldigheten av en oppsigelse på grunn av arbeidstakerens ekstraarbeid hos en annen arbeidsgiver.<sup>195</sup> Her uttalte høyesterett at ”Når verkstedet uten nærmere undersøkelse har gått ut fra feilaktige forutsetninger, så må arbeidsgiver selv ta risikoen for dette.” Der hvor arbeidsgiver har på en tilfredsstillende måte har forsøkt å kartlegge de faktiske forhold, og arbeidstakeren har holdt tilbake opplysninger som viser at kontraktsbruddet likevel er rettsmessig, må dette utgangspunktet likevel modifieres.

At det er arbeidsgiveren som hovedregel som har bevisbyrden for de forhold som er lagt til grunn for vurderingen, kan begrunnes i at det normalt sett er arbeidsgiveren som vil være nærmest til å sikre bevis for de faktiske forhold. Videre da en negativ avgjørelse i et tvisttilfelle vanligvis vil ramme den oppsagte arbeidstaker hardest.<sup>196</sup> Dersom det foreligger feil i beslutningsgrunnlaget, må arbeidsgiver også ha bevisbyrden for at oppsigelse ville vært gitt om de faktiske forholdene hadde vært kjent.<sup>197</sup>

Dersom arbeidsgiver dokumenterer økonomiske eller andre holdbare grunner for oppsigelser, og at de rettslige krav er oppfylt som stilles til saksbehandling og avveining,

---

<sup>194</sup> Rt.1991 s. 956.

<sup>195</sup> Rt.1959 s. 900.

<sup>196</sup> Friberg, s. 632.

<sup>197</sup> Rt.1999 s. 184.

er det arbeidstaker som i tilfelle har bevisbyrden for at det er tatt utenforliggende hensyn.<sup>198</sup>

Det vanlige utgangspunktet i sivilrettslige sammenheng er at sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig.<sup>199</sup> I disse tilfellene innebærer bevisbyrden at parten har risikoen for rettens tvil, tvilsrisikoen. Dege hevder at det bør kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt ved avskjed på grunn av de alvorlige følger avskjed vil ha for arbeidstakeren.<sup>200</sup> Fanebust argumenterer også for at ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold ”bør det nok også stilles strengere krav til bevis”.<sup>201</sup> Han som Dege sammenlikner med strafferetten og peker på at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende overfor arbeidstaker. Han mener at parallellen til strafferetten ikke kan forfølges helt ut. Schei på den andre siden mener det skal gjelde samme krav til bevisets styrke ved avskjed og oppsigelse.<sup>202</sup>

Så vidt jeg kan se foreligger det ingen antydninger i lov, lovforarbeider eller rettspraksis som gir noe grunnlag for å påstå at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt. Uttalelsene i teorien er dermed ikke gjeldene rett, snarere et uttrykk for meninger. Det er på bakgrunn av dette tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, videre at arbeidsgivers bevisbyrde er tvilsrisiko.

---

<sup>198</sup> Fanebust, s.110.

<sup>199</sup> Rt.1992 s. 64.

<sup>200</sup> Dege, Jan Tormod. Arbeidsgivers styringsrett II. s. 392 flg.

<sup>201</sup> Fanebust, s. 309.

<sup>202</sup> Schei, Tore, Tvistemålsloven med kommentarer bind II. s. 13.

## 6 Virkninger av usaklig oppsigelse

Dersom oppsigelsen er i strid med aml. § 15-6 til § 15-10, skal retten, etter påstand fra arbeidstaker kjenne oppsigelsen ugyldig.<sup>203</sup> Bestemmelsen i aml. § 16-12 viderefører bestemmelsen i den tidligere arbeidsmiljøloven, selv om ordlyden er noe endret.<sup>204</sup> Loven fastslår de alternative virkninger av en oppsigelse som ikke er saklig begrunnet.<sup>205</sup> Arbeidstakeren blir presentert for en valgrett til å påstå ugyldighet, erstatning eller begge deler.

### 6.1 Ugyldighetsvirkningen

Usaklig oppsigelse er en rettstridig handling begått av arbeidsgiver. Hovedregelen er at usaklig oppsigelse skal kjennes ugyldig dersom arbeidstakeren krever det.<sup>206</sup> Virkningen av at oppsigelse kjennes ugyldig, er at den betraktes som om den aldri hadde funnet sted. Retten kan unnlate å kjenne oppsigelsen ugyldig, dersom det foreligger ”*særlige omstendigheter*” som gjør en slik løsning ”*åpenbart urimelig*”.<sup>207</sup> I særlige tilfeller kan dette være en uheldig løsning. Bestemmelsen har derfor en sikkerhetsventil som fastsetter at retten i slike særlige tilfeller kan bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre. Retten kan bare bestemme det, dersom arbeidsgiveren krever det og retten etter en avveining av partenes interesser kommer frem til det resultat at det vil være ”*åpenbart urimelig*” at arbeidsforholdet fortsetter. Faren for svikt i omsetningen pga. smittefrykt hos publikum fra en barkeeper som var Hiv-smittet og senere hadde utviklet AIDS ble i Henki-saken ikke ansett avgjørende, da arbeidstakeren fortsatt var fullt arbeidsfør, og da Høyesterett ikke anså det for å foreligge noen reell smitterisiko.<sup>208</sup>

---

<sup>203</sup> Aml. § 15-12.

<sup>204</sup> Aml. § 62 (1977).

<sup>205</sup> Jakhelln, Aune, s. 952.

<sup>206</sup> L.c.

<sup>207</sup> Larsen, s. 492.

<sup>208</sup> Rt.1988 s. 959.

Det kreves at det utvetydig fremstår som en belastning for arbeidsgiveren eller begge parter at arbeidsforholdet fortsetter. Om det finnes åpenbart urimelig i forhold til arbeidsgiveren at arbeidstakeren får fortsette i arbeidet, må det tas i betraktning hvor stor belastning det vil være for arbeidstakeren dersom han eller hun må fratrukke seg. Det er i seg selv ikke nok at oppsigelsen har utløst et dårlig forhold mellom arbeidsgiveren og den oppsagte.<sup>209</sup>

Dersom en oppsigelse kjennes ugyldig har arbeidstakeren krav på lønn for hele perioden han eller hun var tilsatt. Det forutsettes at lønnskrevet ikke behandles sammen med saklighetsvurderingen, men dekkes av en påstand om erstatning.

## 6.2 Erstatning

En arbeidstakers rett på erstatning oppstår da det foreligger en usaklig oppsigelse.<sup>210</sup> En arbeidstaker som har vært utsatt for urettmessig oppsigelse, kan i medhold av aml. § 15-12 kreve erstatning, alene eller i tillegg til ugyldighet. Arbeidstaker må fremsette påstand om erstatning. Retten kan altså ikke tilkjenne erstatning ex officio i forbindelse med en oppsigelsessak.

Erstatningsbestemmelsen i aml. § 15-12 skiller seg fra de alminnelige erstatningsrettslige regler ved at de ikke må påvises noe skyld for å kunne tilkjenne arbeidstaker erstatning, objektivt ansvar.<sup>211</sup>

I en Høyesterettsdom hvor det gjaldt oppsigelse av arbeidstaker grunnet samarbeidsproblemer, ble det lagt til grunn at arbeidsgivers svakheter ved håndtering av saken ble ansett å ha mindre betydning for erstatningsutmålingen.<sup>212</sup> Arbeidstakeren fikk tilkjent dekket sitt fulle økonomiske tap samt erstatning for ikke-økonomiske tap.

---

<sup>209</sup> Larsen, s. 492.

<sup>210</sup> Ot.prp.nr.41(1975-1976) s. 75.

<sup>211</sup> Rt.1996 s. 1401.

<sup>212</sup> Rt.1991 s. 236 (Lørenskog kommune).

Det foreligger en forskjell mellom aml. § 15-12 og aml. § 13-9 som er interessant. Aml. § 13-9 tar for seg virkninger av brudd på diskrimineringsforbudet, et forbud som også omfatter opphør av arbeidsforhold, jf. aml. § 13-2 d. Det fastslås kun et objektivt erstatningsansvar med hensyn til oppreisning og erstatning for selve krenkelsen.<sup>213</sup>

Et eventuelt erstatningsansvar for økonomiske tap ved brudd på diskrimineringsforbudet følger på den andre siden etter aml. § 13-9, 2. ledd de alminnelige erstatningsrettslige regler, som innebærer at det må påvises skyld hos arbeidsgiveren og det stilles krav om påregnelighet og årsakssammenheng.

Etter bestemmelsens ordlyd foreligger det en ”dobbelthjemmel” der hvor oppsigelse skyldes brudd på diskrimineringsforbudet, men slik at de to sett hjemler likevel er uensartet hva angår skyldkravet.<sup>214</sup> Erstatningen kan omfatte så vel dokumenterte eller sannsynligjorte økonomiske tap og erstatning for ikke økonomisk skade, og er dermed en særegen hybrid i norsk rett.<sup>215</sup>

Den ikke-økonomiske erstatningen omtales som billighetserstatning i forarbeidene til aml. (1977).<sup>216</sup> Betegnelsen i dag er derimot som oftest, oppreisning, da dette skal være en erstatning for selve krenkelsen der de ikke-økonomiske forhold tas med i betraktningen. Selv om det i tradisjonell forstand ikke foreligger noe skyld, kan den ikke-økonomiske erstatningen også ses på som en ”straffereaksjon”. Dette på bakgrunn av at arbeidsgiver har begått den urettmessige handlingen en usaklig oppsigelse representerer.<sup>217</sup>

Erstatningen skal utmåles etter en skjønnsmessig helhetsvurdering av hva retten finner rimelig, tatt i betraktning ”*det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold*”

---

<sup>213</sup> Jakhelln, Aune s. 957.

<sup>214</sup> Jakhelln, Aune, s. 958.

<sup>215</sup> Friberg, s. 686.

<sup>216</sup> Kap. VIII s. 75.

<sup>217</sup> Jakhelln, Aune, s. 958.

og omstendighetene for øvrig”. Da disse vurderes ulikt, finner jeg det her naturlig å behandle de hver for seg; erstatning for økonomisk tap i pkt. 6.2.1 og erstatning for ikke-økonomisk tap i pkt. 6.2.2.

### 6.2.1 Økonomisk tap

Normalt utgjør det økonomiske tap hoveddelen av erstatningen. Det økonomiske tap består av to hovedelementer; tapte lønnsinntekter og tap i fremtidig erverv.<sup>218</sup> Arbeidstakerens økonomiske tap vil oftest være relativt kurant å fastslå med hensyn til lidt tap.<sup>219</sup> Det fremgår av forarbeidene at arbeidstaker i erstatningsoppjøret skal ha ”*et ubetinget krav på lønn i erstatningskravet inngår krav på lønn for den tid arbeidstakeren har vært ute av stillingen.*”<sup>220</sup> Høyesterett uttalte ”*Utvalget er enig med den kjærende part i at erstatningskravet innebærer krav om lønn i den tiden arbeidstakeren har vært ute av stillingen.*”<sup>221</sup> Det vil normalt gjelde eventuelt lønnstap basert på arbeidsgiverens inntekt hos arbeidsgiver frem til domsidspunktet, med eventuelt fradrag for lønn som arbeidstaker har opptjent andre steder under sakens behandling. Det økonomiske tapet omfatter også eventuelt andre dokumenterte tap arbeidstaker er påført.

Det kan reises spørsmål ved om arbeidstaker har krav på erstatning når arbeidstaker velger å ikke benytte seg av retten til å fortsette i stillingen? Retten til å fortsette i stillingen er en rett og ikke en plikt arbeidstakeren har. Lovens ordlyd gir ikke noe veiledning i dette spørsmålet. Forarbeidene sier intet konkret. Arbeidstakers påregnelige inntektstap avhenger av hvor mange ledd i årsaksskjeden i det hypotetiske hendelsesforløpet som skal tas med i beregningen.<sup>222</sup> Etter alminnelig erstatningsrett vil denne vurderingen, i tillegg til en ren vurdering av påregnelig tap, bla. bestå av momenter som skadevollers skyld, rimelighet,

---

<sup>218</sup> Friberg, s. 686.

<sup>219</sup> Jakhelln, Aune, s. 959.

<sup>220</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 78.

<sup>221</sup> Rt.1982 s. 1903.

<sup>222</sup> Hagstrøm, Viggo. Skjønn over erstatningsutmålingen i kontrakt, s. 143.



hensynet til reglens effektivitet og risikobetraktninger.<sup>223</sup> Etter mitt skjønn, må denne vurderingen foretas med utgangspunkt i arbeidsmiljølovens formål om å verne arbeidstaker som den presumptivt svakere part med et særlig beskyttelsesbehov. Dersom arbeidstakeren har ”*aktverdig grunn*” for ikke å benytte seg av retten, vil det synes urimelig å gjøre fradrag i erstatningen.<sup>224</sup> På den andre side kan det tenkes urimelig å tilkjenne arbeidstakeren erstatning når han selv velger å ikke fortsette i stillingen da han er fornærmet pga. oppsigelsen eller lignende.

Velger arbeidsgiveren å tilby arbeidstakeren annet passende arbeid etter oppsigelsestidspunktet, men arbeidstakeren uten berettiget grunn velger å ikke aksepterer tilbudet, bør dette kunne komme til arbeidsgivers fordel ved utmålingen.<sup>225</sup>

Til dels kan det imidlertid se ut til at forholdet til arbeidsmiljøloven og vilkårene etter de ulovfestede regler er noe uavklart i domsmaterialet.<sup>226</sup>

### 6.2.2 Ikke økonomiske tap

Oppreisning er en kompensasjon til skadelidte som ikke relaterer seg til økonomisk tap. Funksjonen til oppreisning er sammensatt. Den ikke-økonomiske erstatningen kan ses på som en slags ”straffereaksjon” fordi arbeidsgiver har begått den urettmessige handlingen en usaklig oppsigelse representerer, dette til tross for at det ikke foreligger skyld i ”tradisjonell forstand.”<sup>227</sup> Samtidig har oppreisning en ideell funksjon ved å gi uttrykk for samfunnets reaksjon på handlingen. Det antas at oppreisning også kan ha en preventiv funksjon.<sup>228</sup>

---

<sup>223</sup> Simonsen, Lasse. Prekontraktuel ansvar, s. 335.

<sup>224</sup> Jakhelln, Aune, s. 960.

<sup>225</sup> L. c.

<sup>226</sup> Fanebust, s. 355.

<sup>227</sup> Jakhelln, Aune, s. 958.

<sup>228</sup> Lødrup, Peter. Lærebok i erstatningsansvar, s. 507.

Utmålingen skal fastsettes etter en bred skjønnsmessig helhetsvurdering.<sup>229</sup> Det følger av forarbeidene til aml. (1977) at *”erstatningen må i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidt”*, forutsatt at *”arbeidstaker ikke er særlig å bebreide.”*<sup>230</sup> Loven inneholder heller ingen øvre grense for erstatningsutmålingen, slik som arbeidervernloven av 1956 gjorde.<sup>231</sup>

For det første vil arbeidsgivers forhold ha innvirkning på utmålingen av oppreisningen.<sup>232</sup> Saksbehandlingen og arbeidsgivers håndtering i opphørsprosessen er tillagt vekt ved utmålingen. I Dolphin-dommen uttalte Høyesterett at *”det er også kritikkverdig at avskjed ble meddelt uten at A fikk anledning til å uttale seg, slik arbeidsmiljøloven § 57 nr.1 jf. § 66 nr.2 krever. Disse forhold må etter min mening få betydning for erstatningsutmålingen.”*<sup>233</sup> Et annet eksempel fra Rettspraksis hvor saksbehandlingen er tillagt vekt er hvor saken gjaldt en kommunalt ansatt sykepleier som ble sagt opp. Høyesterett fant at saksbehandlingen var kritikkverdig: *”På grunn av utestegningen fra arbeidet, og den måte det ble gjennomført på, mener jeg at A bør få et beløp som billighetserstatning, som jeg finner bør settes til kr 50 000,-.”*<sup>234</sup>

Arbeidstakerens forhold kan tillegges vekt i utmålingen. Eksempelvis fant Høyesterett i Flykaptein-dommen at det ikke skulle tilkjennes erstatning.<sup>235</sup> Det vises til at den urettmessige avskjed var begrunnet i forsettlig brudd på tolloven. Henki-saken er et godt eksempel på at både arbeidstakers og arbeidsgivers forhold tillegges vekt ved utmålingen.<sup>236</sup>

---

<sup>229</sup> Aml. § 15-12.

<sup>230</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 75.

<sup>231</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 75.

<sup>232</sup> Larsen, s. 493.

<sup>233</sup> Rt.2001 s. 1253.

<sup>234</sup> Rt.1991 s. 236 (Lørenskog-kommune).

<sup>235</sup> Rt.1992 s. 1023.

<sup>236</sup> Rt.1988 s. 959.

Også ”omstendighetene for øvrig” er en del av utmålingsvurderingen.<sup>237</sup> Det fremgår av forarbeidene til aml. (1977) at lønn, tjenestetid og jobbutsikter er momenter det er rimelig å ta i betraktning.<sup>238</sup>

Det er i tråd med norsk tradisjon at oppreisningsbeløpene er relativt beskjedene, og det ikke er vanlig å tilkjenne høye oppreisningsbeløp.<sup>239</sup> I forhold til denne avhandlingen er spørsmålet om risikoen for å måtte betale arbeidstakeren oppreisning virker preventivt? Dette slik at arbeidsgiveren unnlater å treffe beslutning om oppsigelse der den er usaklig, eller avstår fra å misbruke avskjedsinstituttet for å unngå at arbeidstakeren skal kunne fortsette i stillingen. For de fleste bedrifter, vil oppreisningsbeløp av norsk standard være et relativt rimelig innløsningssum for å bli kvitt en arbeidstaker. Det kan dermed stilles spørsmål ved den preventive effekten ved erstatning. På den andre side koster det mye å anvende rettsystemet, og dette i seg selv kan ha en viss avskrekkende effekt til at arbeidsgiveren følger ”spillereglene”.

---

<sup>237</sup> Aml. § 15-12.

<sup>238</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76) s. 75.

<sup>239</sup> Lødrup, s. 509.

## 7 Hvorfor ha en rett til å fortsette i stillingen?

Hensynet til arbeidstakeren veier tungt bak bestemmelsen i aml. § 15-11. Det å ha et arbeid har stor økonomisk og sosial betydning for arbeidstakerne. Den svake forhandlingsposisjonen arbeidstakeren har i forbindelse med forhandlinger om vilkårene for en ansettelse, gjør at man normalt ikke ville kunne forhandle seg frem til et slikt vern ved avtale. De har derfor et sterkt behov for et visst vern, av samme grunn er reglene preceptoriske. På den andre side står hensynet til arbeidsgiveren og hans behov for å kunne tilpasse arbeidstokken etter behovet for arbeidskraft, og muligheten til omstruktureringer etter behov.<sup>240</sup> Foreligger det etter dagens regler en rimelig balanse mellom hensynet til vern av arbeidstakeren på den ene side og arbeidsgiverens behov for fleksibilitet på den andre? Er arbeidsgiverens interesser godt nok ivaretatt gjennom om adgangen til å begjære kjennelse for fratreden?

### 7.1 Hensyn som taler for retten til å fortsette i stillingen

Omstilling og nedbemanning som konsekvens av markedsendringer berører de ansatte på en dyp alvorlig måte. Retten til arbeid handler ikke bare om lønn, men om identitet og selvspekt. Dagens bestemmelser er helt sentrale for stillingsvernets reelle innhold og av stor betydning for muligheten for at en oppsagt skal ha en stilling å komme tilbake til dersom domstolen underkjenner oppsigelsen.

Akademikerne er hovedorganisasjonen på arbeidrsakersiden,<sup>241</sup> Norsk forskerforbund er landets største og ledende fag- og interesseorganisasjon for ansatte i forskning, høyere utdanning og kulturminnevern,<sup>242</sup> Norges Juristforbund er en interesse og arbeidstakerorganisasjon for norske jurister og juridiske studenter,<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Jakhelln, Aune, s. 17.

<sup>241</sup> [www.akademikerne.no](http://www.akademikerne.no).

<sup>242</sup> [www.forskerforbundet.no](http://www.forskerforbundet.no).

<sup>243</sup> [www.juristforbundet.no](http://www.juristforbundet.no).

Og Norges Ingeniørorganisasjon<sup>244</sup> er alle av den oppfatning at dagens regel om arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen inntil oppsigelsens gyldighet er rettskraftig avgjort, må opprettholdes. De går sterkt imot en svekkelse av stillingsvernet og krever at retten består.

Det er en grunnleggende rettsikkerhetsgaranti at den som blir sagt opp fra sin stilling, har rett til å fortsette i stillingen inntil oppsigelsessaken mot ham er rettskraftig avgjort.<sup>245</sup> En endring av retten til å fortsette i stillingen vil gjøre at stillingsvernet og hovedregelen om at usaklig oppsigelse skal anses ugyldig, blir illusorisk.<sup>246</sup> Uten en rett til å fortsette i stillingen vil anken i praksis i disse tilfellene bli redusert til et spørsmål om erstatning.<sup>247</sup> Dagens system balanserer på en god og hensiktsmessig måte hensynene mellom arbeidstakers, samfunnets og arbeidsgivers interesser i oppsigelsessakene.<sup>248</sup> Retten til å fortsette i stillingen er en nødvendig sikkerhetsforanstaltning mot usakelige oppsigelser.

Det er helt rimelig og alminnelig prinsipp at tingretten som nøytral instans tar stilling til oppsigelsesgrunnlaget, og avgjør om retten til å fortsette i stillingen kan benyttes videre.<sup>249</sup> Det skal etter dagens system en betydelig grad av overvekt av argumenter på arbeidsgivers side til for å kunne fradrømme en person retten til å fortsette i stillingen, og at tingretten har mulighet til å avgi kjennelse om en fortsatt rett selv om arbeidsgiver skulle få medhold i selve oppsigelsessaken.<sup>250</sup> Dersom arbeidstakeren først har fratrudd, vil gjeninntreden i praksis kunne vise seg vanskelig til tross for at den ansatte vinner frem med at oppsigelsen var ugyldig. Dette viser en rekke rettsavgjørelser under dagens ordning.

---

<sup>244</sup> [www.nito.no](http://www.nito.no).

<sup>245</sup> L.c.

<sup>246</sup> [www.juristforbundet.no](http://www.juristforbundet.no).

<sup>247</sup> [www.forskerforbundet.no](http://www.forskerforbundet.no).

<sup>248</sup> [www.nito.no](http://www.nito.no).

<sup>249</sup> NOU-2004-5.

<sup>250</sup> NOU-2004-5.

Dette er også viktig fordi fratreden vil kunne føre til at en annen blir ansatt i stillingen i mellomtiden.<sup>251</sup>

Undersøkelser viser også at arbeidstakere vinner frem med sine anker i et ikke ubetydelig antall saker.<sup>252</sup> Erfaring viser videre at den oppsagte har liten mulighet for å komme tilbake i stillingen dersom han førts har fratrudd. Det er på bakgrunn av dette avgjørende at den oppsagte også får fortsette i stillingen under ankebehandlingen, slik at retten ikke fremstår som illusorisk.

Retten til å fortsette i stillingen har en ikke ubetydelig oppdragende side ved at arbeidsgivere tvinges til å foreta en grundig vurdering av behovet for oppsigelser og eventuelt hvem som skal sies opp.<sup>253</sup> Retten til å fortsette i stillingen er et så viktig prinsipp, at bedriftens behov for rask omstilling ved oppsigelser må stå tilbake for arbeidstakernes stillingsvern. Arbeidsgivers adgang til å begjære fratreden er tilstrekkelig til å ivareta virksomhetens behov.

Det kan ta lang tid for en slik tvist starter til rettskraftig dom foreligger. Det er her de store kostnadene forbundet med å ha en arbeidstaker fortsettende i stillingen ligger. Det kan ikke være slik at stillingsvernet svekkes fordi det tar lang tid å få opp saken for domstolen.

Videre påpeker forarbeidene at rettspraksis gir uttrykk for en "urimelighetsnorm" som ivaretar hensynet til at hovedregelen er at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen mens saken verserer. "*Departementet ser derfor ingen grunn til å foreslå endringer med hensyn til hvilken norm som skal anvendes ved urimelighetsvurderingen.*"<sup>254</sup>

Forarbeidene uttrykker at det ikke finnes noen grunn til å foreslå endringer i rettstilstanden, da med hensyn til hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen. Retten til å

---

<sup>251</sup> Inst.O.nr.100 (2004-2005).

<sup>252</sup> [www.nito.no](http://www.nito.no).

<sup>253</sup> [www.juristforbundet.no](http://www.juristforbundet.no).

<sup>254</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 238.

fortsette i stillingen er hovedregelen, og en urimelighetsvurdering må foretas ut fra en rekke relevante hensyn herunder hensynet til arbeidsgivers og arbeidstakers forhold.

*”Domstolene skal foreta en konkret urimelighetsvurdering i alle oppsigelsessaker der arbeidsgiver har nedlagt påstand om fratreden. Dette følger direkte av loven.”*

Departementet legger til grunn at flere momenter normalt vil være aktuelle å vektlegge, og at det må foretas en samlet vurdering av alle momentene.

Et system som bare gir rom for erstatning, er ikke tilfredsstillende for arbeidstakeren. En slik løsning vil således innebære at en arbeidsgiver kan ”kjøpe seg fri” dersom han ikke ønsker å beholde en arbeidstaker uten å ha saklige grunner for å si opp vedkommende. Dersom vernereglene skal virke effektivt, må erstatningssanksjonen derfor kombineres med en rett til å få stillingen tilbake dersom arbeidstaker er sagt opp uten sakelig grunn.

Rettspraksis fra 1936 og fram til i dag gir klare indikasjoner på at det har skjedd en utvikling i retning av å kreve mer tungtveiende grunner fra arbeidsgiverens side for at en oppsigelse skal anses som saklig.<sup>255</sup> Det peker i retning i at Høyesterett har inntatt et strengere krav til arbeidsgiveren med tidens løp.

Opprinnelig var det i § 1-1 e) angitt, som en del av lovens formål, at loven skulle ”*bidra til et inkluderende arbeidsliv som på best mulig måte ivaretar arbeidstakernes, virksomhetens og samfunnets behov*”. Etter lovendring av 21. desember 2005 nr. 121 er det fortsatt angitt at loven skal ”*bidra til et inkluderende arbeidsliv*”, men uten den brede og omfattende henvisning til ”*arbeidstakernes, virksomhetenes og samfunnets behov*”. Endringen tar sikte på å tydeliggjøre at den nye arbeidsmiljøloven på samme måte som den gjeldende er en vernelov for arbeidstakerne, og at det er av vesentlig betydning at ikke formålsbestemmelsen gir noe signal om at arbeidstakervernet er mindre viktig i den nye loven enn i den gamle.<sup>256</sup>

---

<sup>255</sup> Larsen s. 444.

<sup>256</sup> Ot.prp.nr.24(2005-2006) avsnitt 2.3.

Det presiseres i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven at *”Selv om de enkelte bestemmelser er et resultat av en avveining mellom en rekke, til dels kryssende hensyn, er det etter departementets oppfatning likevel feil å si at formålet med den avveide regel (eller lov) er å ivareta virksomhetenes eller samfunnets interesser.”*<sup>257</sup>

På bakgrunn av disse uttalelsene i de opprinnelige lovforarbeider ble det i kommentarene til aml. bemerket at det synes høyst tvilsomt om den brede henvisning til *”...den best mulig ivaretagelse av arbeidstakernes, virksomhetens og samfunnets behov”* kan få noen selvstendig betydning ved tolkningen av de enkelte bestemmelser i loven.<sup>258</sup>

I tråd med utviklingen i velferdssamfunnet er det etter hvert en styrket oppfatning at det å ha et arbeid og en inntektsmulighet er en særlig beskyttelsesverdig interesse. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom Grunnlovens § 110.<sup>259</sup> Internasjonalt kommer dette til uttrykk gjennom for eksempel fortalen til ILO-konvensjonen nr. 168, som understreker at arbeid og produktiv sysselsetting er viktig i alle samfunn, *”...ikkje berre fordi arbeid og produktiv sysselsetjing skaper ressursar for lokalsamfunnet, men også fordi dei gjev arbeidarane inntekt, ei sosial rolle og ei kjensle av sjølvvørnads”*.<sup>260</sup>

## 7.2 Hensyn som taler imot retten til å fortsette i stillingen

Enkelte parter i næringslivet har tidligere hevdet at retten til å fortsette i stillingen medfører en rekke grunnløse søksmål. Videre hevdes det at saksbehandlingstiden i slike tvister fører til at bedriftene lider en urimelig belastning, og at de hindres i å gjennomføre nødvendige besparelser. For å opprettholde en sunn drift og således sikre arbeidsplassene til de resterende ansatte, kan oppsigelser være strengt tatt nødvendig.

---

<sup>257</sup> Ot.prp.nr.24(2005-2006) avsnitt 2.3.

<sup>258</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 72.

<sup>259</sup> Jakhelln, Aune, s. 861.

<sup>260</sup> L.c.



Det vil for små bedrifter spesielt være en tung økonomisk belastning at en arbeidstaker fortsettende i stillingen. Kostnadene vil få større utslag her enn i store bedrifter hvor kostnadene til en viss grad kan ha en pulveriseringseffekt. Videre er det lettere å omplassere arbeidstakeren i en stor bedrift, da omfanget av eksisterende stillinger vil være vesentlig større. Dersom arbeidstakervernet blir for sterk, kan det bli for risikabelt for arbeidsgiver å ansette.

I dagens samfunn med stor konkurranse både nasjonalt og internasjonalt er det desto viktigere å være konkurransedyktige. Når ingen andre land i Europa besitter disse reglene hindrer det vekst på ulikt grunnlag? Ønsker utenlandske bedrifter å etablere seg i Norge med et vern av arbeidstaker som kan oppfattes som *for* sterkt?

De norske bestemmelsene om retten til å fortsette i stillingen er unike. Ingen andre land i Europa har tilsvarende bestemmelser, heller ikke i Norden. Den svenske Lag om *anställningsskydd* har i § 34 regler om retten til å fortsette i stillingen så lenge tvist om oppsigelsens gyldighet pågår.<sup>261</sup> Det er en forutsetning at arbeidstakeren har underrettet arbeidsgiver om at han eller hun bestrider oppsigelsens gyldighet. I de tilfeller hvor det kun reises krav om erstatning, gjelder ikke retten til å fortsette i stillingen. En viktig forskjell fra de norske reglene er at en arbeidstaker som er oppsagt på grunn av arbeidsmangel, og som mener at utvelgelsen av hvem som skal sies opp er feil, ikke kan kreve dom for ugyldighet. Arbeidstakeren kan derfor heller ikke kreve rett til å fortsette i stillingen mens tvisten pågår. Domstolene kan også treffe midlertidig beslutning om at arbeidsforholdet skal opphøre ved utløpet av oppsigelsestiden eller ved et senere tidspunkt som retten måtte bestemme. De øvrige nordiske land har ikke tilsvarende generelle regler på området.

Kommunesektorens interesse og arbeidsgiverorganisasjon arbeider etter visjonen om en effektiv og selvstendig kommunesektor som ivaretar innbyggernes behov,<sup>262</sup> Næringslivets Hovedorganisasjon er den største interesseorganisasjonen for bedrifter i

---

<sup>261</sup> Jakhelln, Aune, s. 930.

<sup>262</sup> [www.ks.no](http://www.ks.no).

Norge,<sup>263</sup> Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon er hovedorganisasjonen for handel og tjenesteytendeernæringer i Norge<sup>264</sup> disse organisasjonene var av den oppfatning ved høringen til den nye arbeidsmiljøloven at aml. (1977) § 61 nr. 4 ikke skulle opprettholdes.

Hovedregelen må være at den ansatte, må fratre sin stilling ved tvist om oppsigelse, med mindre retten gjennom sin kjennelse kommer frem til noe annet. Bestemmelsen hindrer en effektiv og hensiktsmessig gjennomføring av nødvendige omstillinger i næringslivet ved at ansatte som er oppsagt kan kreve å bli stående i sine stillinger lenge etter utløp av oppsigelsestiden. Dette gjelder selv om stillingene er besluttet nedlagt, og selv om arbeidstaker er tilbudt annet arbeid som vedkommende har takket nei til. Regelen hindrer og forsinker nødvendige og effektive omstruktureringer i virksomhetene.<sup>265</sup> Øker kostnader for virksomhetene og setter et utidig press på forhandlinger av fratredensavtaler eller fremforhandling av sluttpakker.

Det kommer ikke direkte til uttrykk i formålsbestemmelsen, men lovforarbeidene har som grunnleggende syn at arbeidsmiljøreglene ”ikke er, eller vil være, til hinder for god lønnsomhet og god utvikling i konkurranseevne for norske virksomheter.”<sup>266</sup> Lønnsomhetshensyn kan derfor ikke fortrenge de krav til arbeidsmiljøstandard som foreskrives i lov- og forskriftsverk.”<sup>267</sup>

Det er mange eksempler på arbeidstakere som går til domstolen med krav om å fortsette i stillingen selv om den stillingen arbeidstakeren skal fortsette i er borte. ”Disse

---

<sup>263</sup> www.nho.no.

<sup>264</sup> www.hsh-org.no.

<sup>265</sup> www.hsh-org.no.

<sup>266</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 72.

<sup>267</sup> Ot.prp.nr.49(2004-2005) s. 72.

*”misbrukstilfellene” må regjeringen gjøre noe med i alle fall ved bemerkninger/presiseringer i lovens forarbeider.”*<sup>268</sup>

Det må skilles mellom to forskjellige nedleggelsessituasjoner. Den første er som den vi i det ovenfor i pkt. 5. har sett på. Den andre er der kun deler av virksomheten er nedlagt og arbeidstakerens stilling er knyttet til den nedlagte delen.<sup>269</sup> Ved delvis nedleggele av virksomheten er utgangspunktet at arbeidsgiver må fremsette krav om fratreden.<sup>270</sup> Dette selv om arbeidstaker ikke kan tilbys noen form for beskjefligelse. Det forhold at virksomheten er delvis nedlagt har blitt tillagt vesentlig vekt ved urimelighetsvurderingen som skal foretas etter aml. § 15-11, 2. ledd.<sup>271</sup>

Da aml. (2005) ble vedtatt juni 2005 fastsatte aml. § 15-11, 4. ledd at arbeidstaker ikke hadde rett til å fortsette i stillingen i de tilfeller der arbeidsgivers virksomhet var fullstendig nedlagt. Departementet foreslo at unntaket fra retten til å fortsette i stillingen ved nedleggelse av virksomhet skulle oppheves.<sup>272</sup> De hevdet at det burde være opp til domstolene å foreta en konkret vurdering av om arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen. Departementet viser til at det foreligger eksempler på dette i rettspraksis. Sparebanken Nord-Norge-dommen er et slikt eksempel.<sup>273</sup> Her aksepterte Høyesterett at banken opphørte med lønnsutbetalinger ved oppsigelsesfristens utløp, uten å begjære fratreden etter aml. (1977) § 61 nr. 4. Retten la til grunn at en slik begjæring ville være overflødig, da filialen var nedlagt og stillingen ikke lenger eksisterte. Høyesterett uttaler *”At aml. § 61 nr. 4 ikke uten videre skal gjelde ved nedleggelse, har en viss støtte i ordlyden. – Det er ikke naturlig å snakke om å” fortsette i stillingen” når stillingen ikke lenger eksisterer. Retten til å fortsette i stillingen bør imidlertid bare kunne bortfalle uten*

---

<sup>268</sup> www.ks.no.

<sup>269</sup> Jakhelln, Aune, s. 940.

<sup>270</sup> Rt.1990 s. 1126.

<sup>271</sup> NOU-2004-5 s. 564 (kap. 23.15).

<sup>272</sup> Ot.prp.nr.24(2005-2006) s. 5 (kap. 5.3).

<sup>273</sup> Rt.1992 s. 776.

avgjørelse av retten i det helt klare tilfelle.”<sup>274</sup> Ved endringslov av 21. desember 2005 nr. 121 ble unntaket opphevet før loven trådte i kraft.<sup>275</sup>

Justerer man opp erstatningen ved usaklig oppsigelse, kunne dette føre til at det ikke spekuleres i oppsigelse fra arbeidsgiverens side, og på denne måten at retten til å fortsette i stillingen ville bli mer eller mindre overflødig? For at oppreisning skal virke preventivt, må oppreisningsbeløpet være av en såpass stor størrelse at arbeidsgiveren tar den alvorlig. Problemet er imidlertid at det vil variere betraktelig hvilket nivå oppreisningen må ha for at den skal virke avskrekkende, da bedrifters økonomi varierer. Dersom en oppreisning skal ha en reell preventiv effekt, som i Dolphin-dommen,<sup>276</sup> vil det kreve et oppreisningsbeløp i en størrelsesorden som en ordinær arbeidsgiver ikke ville kunne bære belastningen av. En mulighet er at oppreisningsbeløpet utmåles etter arbeidsgivers betalingsevne. På denne måten vil det ramme ulike arbeidsgivere like hardt. Det ville imidlertid stride imot det alminnelig prinsipp om proporsjonalitet som kommer til uttrykk i skadeerstatningsloven. Den angir at oppreisning må ses i forhold til ”den voldte tort og smerte og for annen krenking av ikke-økonomisk karakter”.<sup>277</sup> Det ville være urimelig om det ikke ble tatt i betraktning. En annen mulighet kunne være at oppreisningen gjenspeilet grovheten i arbeidsgivers overtramp. På en slik måte kunne en differensiere ut ifra hvor lojalt arbeidsgiver har forsøkt å treffe rett beslutning. Problemet her melder seg igjen ved preventiveffekten. Dersom utmålingen av oppreisningen måles uten hensyn til arbeidsgivers økonomi, vil prevensjonseffekten i mange henseender bli mindre. Hensynet til at arbeidstakerne skal ha et relativt likt vern, medfører at det blir vanskelig å sanksjonere arbeidsgiver for hardt økonomisk, da dette igjen vil ramme arbeidstakerne som en helhet ved bedriften. På bakgrunn av dette og da det heller ikke vil foreligge tilstrekkelig med preventiveffekt, peker det i retning av at heving av oppreisningsbeløpet ikke vil være en god alternativ løsning.

---

<sup>274</sup> Rt.1992 s. 776 og Rt.1997 s. 1941 (Nokus-saken).

<sup>275</sup> Jakhelln, Aune, s. 940.

<sup>276</sup> Rt.2001 s. 1253.

<sup>277</sup> Lødrup, s. 509.

### 7.3 Vurdering

Retten til å fortsette i stillingen kan være omstridt og problemfylt, og kan gi opphav til en rekke prosessuelle problemer og utfordringer knyttet til hvordan og hvor langt retten kan gjøres gjeldende. Omstilling og nedbemanning er ikke lenger konjunkturbestemte fenomener. Tradisjonelt har bedrifters behov for nedbemanning og omstillinger vært et utslag av dårlige konjunkturer og sviktende gode resultater. Utviklingen av handel og tjenesteyting på tvers av landegrensene, kravet til økt konkurranseevne og et sterkere fokus på høyest mulig avkastning på investeringskapital stiller nye krav til virksomheters tilpassningsevne og effektivitet. Virksomhetens evne til forandring er avgjørende for konkurransekraft og leveringsdyktighet. Resultatet er deretter at omstillinger og nedbemanning i virksomheter gått fra å være en konsekvens i nedgangstider til å bli et mer eller mindre kontinuerlig fenomen for å sikre bedrifters levedyktighet og økende inntjening. Er forholdet slik at bedriften står overfor en alvorlig krise som nødvendiggjør en drastisk driftsinnskrenkning for å unngå nedleggelse, bør det hensyn å ha mest effektive medarbeidere veie tyngre enn hvor hensyn som om bedriften går bra og har et rimelig økonomisk fundament.<sup>278</sup> Ønsker bedriften til tross å gjennomføre en rasjonalisering for å ytterligere øke inntjeningsevnen, bør bedriften i noe større grad måtte ta hensyn til forhold som den enkelte arbeidstakers sosiale forhold og liknende.

Omstillinger og nedbemanning berører den ansatte på en dyp alvorlig måte. For en arbeidstaker er det en enorm påkjenning å gå til søksmål for å fortsette i stillingen. Det er lite trolig at arbeidstakere går til søksmål mot arbeidsgivere uten grunn, det er den personlige belastningen en opplever under en slik prosess alt for stor til. Retten til å fortsette i stillingen ved tvist om oppsigelse er viktig for stillingsvernet. I tillegg er det et poeng at advokater er etisk forpliktet til å sørge for at grunnløse saker ikke kommer opp for retten. Disse forhold samt det faktum at arbeidsgiver etter dagens regler har mulighet til å kreve kjennelse for fratreden, peker i retning av etter en helhetligvurdering at

---

<sup>278</sup> Jakhelln, s. 381.

arbeidstakerens behov for et vern som *retten til å fortsette i stillingen*, kanskje er større i dagens samfunn enn noen gang før.

## 8 Litteraturliste

### 8.1 Litteratur

#### 8.1.1 Bøker

- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett bind II*. Oslo 1997.
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett*. Oslo 2003.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5.utg. ved Jan, E. Helgesen. Oslo 2001.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4.utg. Oslo 2001.
- Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett*. Oslo 1997.
- Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven*. 8 utg. ved Fougner, Jan, Holo, Lars. Oslo 2003.
- Gisle, Jon. *Jusleksikon*. Oslo 2002.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 3.utg. Oslo 2004.
- Jakhelln Henning, Aune Helga. *Arbeidsrett.no*. 2.utg. Oslo 2006.
- Knoph. *Oversikt over norsk rett*, utgitt av Kåre Lilleholt. Oslo 2004.
- Larsen, Per Arne. *Arbeidsmiljøloven*. 3.utg. Oslo 2004.
- Lødrup, Peter. *Lærebok i erstatningsrett*. 4.utg. Oslo 1999.
- Norsk lovkommentar. *Karnov*. Hovedredaktør Petter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar. Oslo 2003.
- Schei, Tore: *Tvistemålsloven med kommentarer*. Bind II. Oslo 1990.
- Simonsen, Lasse: *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997.

#### 8.1.2 Artikler

- Hagstrøm, Viggo. *Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt*. Festskrift til Bernhard Gomard s.143.
- Evju, Stein. *Rett til å stå i stilling?* Lov og rett nr. 6. 1980, s. 342-357.
- Mo, Einar. *Oppsigelse i prøvetiden*. Lov og rett nr. 1. 1998, s. 3-29.
- Jakhelln, Henning. *Arbeidsrettslige og rettslige studier I-IV*, Oslo. 2000, s. 1086-1106.

Homble, Runar. *Om retten til å stå i stilling under oppsigelsessak*. Justorget.no. 2005.  
[www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=320](http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=320)

### 8.1.3 Internettsteder

[http://www.akademikerne.no/default.asp?MARK\\_SEARCH=YES&SEARCH\\_ID=s1&V\\_I  
TEM\\_ID=632](http://www.akademikerne.no/default.asp?MARK_SEARCH=YES&SEARCH_ID=s1&V_I<br/>TEM_ID=632)

[www.arbeidsrett.no](http://www.arbeidsrett.no).

[www.easyfind.no](http://www.easyfind.no).

[www.forskerforbundet.no](http://www.forskerforbundet.no).

<http://www.forskerforbundet.no/templates/Page.aspx?id=189>

[www.google.no](http://www.google.no).

[www.hsh-org.no](http://www.hsh-org.no)

<http://www.hsh->

[org.no/eway/default.aspx?pid=274&trg=Main\\_5801&Main\\_5801=5822:0:10,1652:1:0:0:::  
0:0](http://www.hsh-org.no/eway/default.aspx?pid=274&trg=Main_5801&Main_5801=5822:0:10,1652:1:0:0:::<br/>0:0)

[www.jus.no](http://www.jus.no).

<http://www.jus.no/index.gan?id=47198>

[www.ks.no](http://www.ks.no).

<http://www.ks.no/templates/Topic.aspx?id=3565>

<http://www.ks.no/templates/Page.aspx?id=27002>

[www.lo.no](http://www.lo.no).

[http://www.lo.no/portal/page?\\_pageid=56,42466&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL&\\_p\\_d  
i=-141&\\_p\\_d\\_c=%20&\\_p\\_d\\_v=2602](http://www.lo.no/portal/page?_pageid=56,42466&_dad=portal&_schema=PORTAL&_p_d<br/>i=-141&_p_d_c=%20&_p_d_v=2602)

<http://www.lo.no/lobasen/Content/104553/allu-horingssvar.pdf>

[www.lovdatab.no](http://www.lovdatab.no).

[www.nho.no](http://www.nho.no).

[http://www.nho.no/kort\\_om\\_nho/](http://www.nho.no/kort_om_nho/)

<http://www.nho.no/article12289.html>

[www.nito.no](http://www.nito.no).



[http://www.nito.no/templates/Page\\_547.aspx](http://www.nito.no/templates/Page_547.aspx)

[http://www.nito.no/upload/old/Open\\_Internet\\_share/Internett\\_dokumentasjon/Samfunnspolitikk/Horinger2004/Horingssvar\\_Arbeidslivslovutvalget\\_AAD.pdf](http://www.nito.no/upload/old/Open_Internet_share/Internett_dokumentasjon/Samfunnspolitikk/Horinger2004/Horingssvar_Arbeidslivslovutvalget_AAD.pdf)

[www.stortinget.no](http://www.stortinget.no).

<http://epos.stortinget.no/MASearch.aspx?aid=1&groups=GU011%2bGU056&sessionid=rSiSjy7E2vVZ&querytext=retten+til+%c3%a5+st%c3%a5+i+stilling+>

<http://juridisk.net/>.

[www.paragrafen.no](http://www.paragrafen.no).

## 8.2 Domspraksis

### 8.2.1 Høyesterettsdommer

Rt.1935 s. 467

Rt.1959 s. 900

Rt.1982 s. 1704

Rt.1982 s. 1903

Rt.1983 s. 1558

Rt.1988 s. 583

Rt.1988 s. 783

Rt.1988 s. 959 (Henki-saken)

Rt.1989 s. 508

Rt.1990 s. 607

Rt.1990 s. 908

Rt.1990 s. 1126 (Wärtsilä)

Rt.1990 s. 1330

Rt.1991 s. 236 (Lørenskog kommune)

Rt.1991 s. 956

Rt.1991 s. 1382

Rt.1992 s. 64

Rt.1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge-domen)

Rt.1992 s. 1023 (Flykapteindommen)  
Rt.1992 s. 1175  
Rt.1992 s. 1482  
Rt.1992 s.1681  
Rt.1993 s. 300  
Rt.1993 s. 908  
Rt.1993 s. 954  
Rt.1993 s. 1073  
Rt.1996 s. 1401  
Rt.1997 s. 58  
Rt.1997 s.312  
Rt.1997 s. 277  
Rt.1997 s. 1506  
Rt.1997 s. 1941 (Nocus saken)  
Rt.1998 s. 579  
Rt.1998 s. 887  
Rt.1998 s. 1357  
Rt.1999 s.184 (Naskedommen)  
Rt.1999 s. 509  
Rt.1999 s. 1998  
Rt.2000 s. 1256  
Rt.2001 s. 1253 (Dolphin-dommen)  
Rt.2003 s. 1006  
Rt.2003 s. 1702  
Rt.2004 s. 1413  
Rt.2005 s. 1017

## 8.2.2 Underrettsdommer

### RG:

RG.1978 s. 442 Eidsivating

RG.1986 s. 98 Eidsivating

### LB:

LB-2005-2984

### NAD:

NAD-1981-83.538 Asker og Bærum

NAD-1987-421 Lofoten

NAD-1987-997 Asker og Bærum

NAD-1988-263 Gulating

## 8.3 Lover

Lov 1814-05-17. Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven).

Lov 1915-08-13 nr. 5. Lov om domstolene (domstolloven).

Lov 1915-08-13 nr. 6. Lov om rettergangsmåten i tvistemål (tvistemålsloven).

Lov 1918-05-31 nr. 4. Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

Lov 1967-02-10. Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Lov 1969-06-13 nr. 26. Lov om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).

Lov 1977-02-04 nr. 4. Lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven).

Lov 1988-05-06 nr. 22. Lov om lønnsplikt under permittering (permitteringsloven).

Lov 1992-06-26 nr. 86. Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangfullbyrdelsesloven).

Lov 1997-02-28 nr. 19. Lov om folketrygd (folketrygdloven).

Lov 2004-05-14 nr. 25. Lov om voldgift (voldgiftsloven).

Lov 2004-12-10 nr. 76. Lov om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven).

Lov 2005-06-17 nr. 62. Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven).

Lov 2005-12-21 nr. 121: Lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v. (arbeidsmiljøloven).

#### 8.4 Konvensjoner

ILO konvensjonen nr. 168

#### 8.5 Forarbeider

Inst.O.nr.18(2005-2006) Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.

*Ot.prp.nr.24(2005-2006) Om lov om endringer i lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.*

*Ot.prp.nr.49(2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v.*

*NOU-2004-5 Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

*Ot.prp.nr.70(1998-1999) Om lov endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.*

*Ot.prp.nr.50(1993-1994) Om lov om endringer I lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidsværn og arbeidsmiljø m.v.*

*Ot.prp.nr.78(1980-1981) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. og i visse andre lover.*

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

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