

Oppsigelsesvernet – En sammenligning av norsk og engelsk rett

Kandidatnummer: 342

Veileder: Professor Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25.11.2006

Til sammen 17958 ord

28.11.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Komparativt dilemma	2
1.4	Begrepsavklaringer	2
1.4.1	Arbeidstaker / Employee.	2
1.4.2	Arbeidsgiver/Employer	3
1.4.3	Oppsigelse / Dismissal	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDEBILDET</u>	<u>8</u>
2.1	Lovgivning	8
2.1.1	Arbeidsmiljøloven og dens forarbeider	8
2.1.2	The Employment Rights Act 1996	9
2.2	Praksis	9
2.2.1	Rettspraksis	9
2.2.2	”Common law”	9
2.3	Rimelighetsbetraktninger	10
2.4	Metodespørsmål	10
2.4.1	Alminnelig juridisk metode.	10
2.4.2	Særskilt domstol.	10
<u>3</u>	<u>HISTORISK BAKGRUNN</u>	<u>12</u>
3.1	Rettsstilstanden før lovreguleringen.	12

3.2	Introduksjonen av stillingsvernet	13
<u>4</u>	<u>VERN MOT ULOVLIG OPPSIGELSE</u>	<u>15</u>
4.1	Formål	15
4.2	Saklighetsnorm/rettferdighetsnorm	15
4.2.1	Utgangspunkt for vurderingen	16
4.2.2	Sammenligning	18
4.3	Grunnlag for oppsigelse	18
4.3.1	Virksomhetens forhold.	19
4.3.2	Arbeidstakers forhold	22
4.3.3	”Other substantial reason”	23
4.3.4	Sammenligning	24
4.4	Momenter i vurderingen	24
4.4.1	Bedriftens størrelse og mulighetene for omplassering	24
4.4.2	Saklig utvelgelse	26
4.4.3	Ansiennitet og tidligere oppførsel	27
4.4.4	Urimelighetsbetraktninger	28
4.4.5	Saksbehandling/ Fair Procedure	29
4.5	Tidspunktet for gyldighetsvurderingen	31
4.5.1	Opprinnelige og etterfølgende oppsigelsesgrunnlag	32
4.6	Faktisk grunnlag	34
4.7	Oppsummering.	36
<u>5</u>	<u>BEHANDLINGEN AV OPPSIGELSESSAKER</u>	<u>38</u>
5.1	formelle krav	38
5.2	Virknninger av brudd på de formelle krav	40
5.3	Retten til å kreve forhandlinger/anke over oppsigelsesbeslutningen	41

5.4	Retten til å stå i stillingen	42
<u>6</u>	<u>VIRKNINGER AV EN ULOVLIG OPPSIGELSE</u>	<u>44</u>
6.1	Innledning	44
6.1.1	Hovedgrupper av virkninger	44
6.1.2	Forholdet mellom ”reinstatement” og retten til å fortsette i stillingen.	45
6.1.3	Prosessuelle spørsmål	46
6.2	Hovedregel – fortsettelse eller gjeninntredelse i stillingen	47
6.3	Erstatning	48
6.3.1	Erstatningsreglene	48
6.3.2	Erstatningsutmålingen.	49
<u>7</u>	<u>KRAVET TIL SAKLIGHET OG ”FAIRNESS”: 2 TYPETILFELLER</u>	<u>57</u>
7.1	Arbeidsgivers rett til å foreta endringer i arbeidstakers arbeidsområde	57
7.1.1	Forholdet til arbeidsavalen	58
7.1.2	Endringens rimelighet	60
7.2	Oppsigelse etter press fra de ansatte eller kunder	62
<u>8</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>66</u>
<u>9</u>	<u>KILDER</u>	<u>68</u>
<u>10</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet i avhandlingen er å sammenligne reglene om oppsigelsesvern i norsk og engelsk arbeidsrett. I England er det vedtatt at en arbeidstaker ”shall have the right not to be unfair dismissed” mens det i Norge er et krav om at oppsigelsen skal være saklig begrunnet. Formålet med analysen er å prøve å belyse om og eventuelt i hvilken grad det lovfestede oppsigelsesvernet i England og Norge skiller seg fra hverandre.

Avhandlingens tema er praktisk sett i lys av at økt internasjonalisering og en intensivert bevegelse av arbeidskraft over landegrensene, gjør at rettsanvendere i større grad må anvende fremmed rett. Temaet i oppgaven er også interessant sett fra en politisk synsvinkel ved at fremmed rett kan bidra til å belyse om norsk rett fungerer tilfredsstillende.

1.2 Avgrensninger

Avhandlingen skal belyse oppsigelsesvernet slik det fremstår i engelsk og norsk lovgivning. Det sentrale vil være å sammenligne saklighetskravet nedfelt i arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005¹ § 15-7 og kravet til ”fairness” regulert i Employment Rights Act 1996² section 98. Imidlertid knytter det seg viktige rettigheter til disse bestemmelsene som virker inn på kravet til saklighet og ”fairness”. Disse vil i det følgende også bli behandlet. Til slutt vil det foretas en sammenligning av sanksjonssystemet.

¹ Heretter forkortet aml.

² Heretter forkortet ERA.

Med dette begrenses avhandlingen mot oppsigelsesvern regulert ved individuell eller kollektiv avtale. Reglene her vil variere fra avtale til avtale og vil av den grunn være vanskelig å sammenligne. Videre gjøres det en avgrensning mot oppsigelsesvernet regulert i særlover. I norsk lovgivning kan nevnes blant andre tjenestemannsloven³ som gjelder for ansatte i statens tjeneste og sjømannsloven⁴ som regulerer sjømenns arbeidsforhold. I England er det ERA som generelt regulerer oppsigelsesvernet for alle yrkesgrupper slik at en avgrensning på dette punkt ikke er nødvendig. Det er det standardpregede oppsigelsesvernet som skal behandles. Det må da gjøres en avgrensning mot det særskilte oppsigelsesvern opprettet i engelsk og norsk lovgivning. Her kan nevnes bla. oppsigelse på grunn av sykdom, svangerskap med mer. En oppsigelse på dette grunnlag vil automatisk bli satt til side som ulovlig. Dette vil i det følgende ikke bli nærmere behandlet.

1.3 Komparativt dilemma

For en nøyaktig sammenligning av systemene kreves det at alle momenter av betydning inngår i analysen. Først da får man et riktig bilde av forholdet. Oppgavens omfang tillater imidlertid ikke en slik fullstendig sammenligning. Av den grunn vil det også være nødvendig å utøve forsiktighet med å konkludere på bakgrunn av analysen. Formålet vil heller være å gi en pekepinn på eventuelle ulikheter i systemene.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Arbeidstaker / Employee.

Begrepet arbeidstaker og ”employee” er avgjørende for hvorvidt vernet mot oppsigelse i Norge og England kommer til anvendelse. Kravet om saklig grunn for oppsigelse i norsk rett og kravet til ”fair dismissal” i engelsk rett kan kun påberopes av den som er arbeidstaker jf. aml. § 15-7 og ERA s. 98.

³ Lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) av 4.mars 1983 nr.3

⁴ Lov om sjømenn (sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr.18

Begrepene slik de er definert i engelsk og norsk rett synes å være i samsvar. Begge rettsystemer fokuserer på skillet mellom det å utføre tjenester og det å utføre oppdrag. Sistnevnte vil ikke være å anse som en arbeidstaker.

I norsk rett følger dette av aml. § 1-8 (1). En arbeidstaker er ” enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.” Av dette følger at det må foreligge et tjenesteforhold. Det sentrale uttrykket er ordet ” tjeneste”. Det må være i en annens tjeneste og avgrenses mot det å utføre oppdrag.⁵

I ERA s. 230 (1) er arbeidstaker definert som ” an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) a contract of employment.” Et tjenesteforhold menes her ” a contract *of* service” som må skilles fra ” a contract *for* services” Sistnevnte viser til en uavhengig oppdragstaker og derav ikke en del av arbeidstakerbegrepet.

1.4.2 Arbeidsgiver/Employer

Det er arbeidsgiver som kan bringe arbeidsforholdet til opphør. Det vil derfor være sentralt å klargjøre hvem som kan opptre som arbeidsgiver.

I norsk rett er arbeidsgiverbegrepet definert som ” enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”, jf. aml. § 1-8 (2). I virksomheter som drives av én person, vil denne være arbeidsgiver. Er det flere som eier og driver virksomheten er det kun en av disse som skal anses som arbeidsgiver. Er arbeidsgiver en juridisk person, for eksempel et aksjeselskap, er det aksjeselskapet som er arbeidsgiver. Arbeidsgiverfunksjonene utøves imidlertid av selskapets styrende organer.⁶

⁵ Jakhelln s.28

⁶ Jakhelln s.32 flg.

I ERA s. 230 (4) er en arbeidsgiver definert som ” the person by whom the employee or worker is employed.” Spørsmålet er hvem som innebefattes av uttrykket ” person.” Er det kun individer som kan opptre som arbeidsgiver eller er juridiske personer innebefattet? Svaret finner man ved å lese ERA s. 231 som regulerer når to arbeidsgivere skal anses som tilknyttede arbeidsgivere. Bestemmelsen sier at ”any two employers shall be treated as associated if – a) one is a company of which the other has control....” Her kommer det uttrykkelig frem at juridiske personer opptre som arbeidsgiver.

1.4.3 Oppsigelse / Dismissal

Oppsigelse er etter norsk rett en form for opphør av arbeidsforhold. Det som kjennetegner en oppsigelse er at partene har en avviklingstid – oppsigelsestiden. Denne er regulert i § 15-3. Utgangspunktet er at arbeidstakers rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen består i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver har på sin side rett og plikt til å motta arbeidsytelsen og plikt til å betale lønn. Oppsigelse må skilles fra avskjed som opphørsform. Avskjedigelse er en heving av kontrakten fra arbeidsgiver side, regulert i § 15-14. Ved avskjedigelse opphører arbeidsforholdet umiddelbart og av denne grunn er kravene strengere for en slik reaksjon enn der arbeidsgiver går til oppsigelse. For avskjed kreves det at arbeidstakeren har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd.

”Dismissal” er begrepet i engelsk rett som betegner oppsigelse i et arbeidsforhold. Dette kommer frem av ERA s. 95. Bestemmelsen beskriver hva som omfattes av uttrykket. For det første vil en arbeidstaker være å anse for oppsagt dersom ” the contract under which he is employed is terminated by the employer (whether with or without notice).” “ Dismissal” brukes her som en fellesbetegnelse for opphør både med og uten avviklingstid.“ Som sagt ovenfor beskrives oppsigelse etter norsk rett kun som opphør med avviklingstid, der avskjed betegnes som opphør uten avviklingstid. Avskjedsreglene er regulert i en egen bestemmelse. I den engelske lovgivningen er alternativene regulert i samme bestemmelse. Imidlertid er innholdet i bestemmelsene like i engelsk og norsk rett, slik at det også i England stilles strengere krav ved ”dismissal without notice.” Her kreves the ” gross misconduct.” ”Dismissal without notice” blir i praksis kalt ”summary dismissal.”

For det andre vil en midlertidig arbeidskontrakt, på engelsk "fixed term contract", omfattes av oppsigelsesreglene, jf. s. 95 (1)(b). Bestemmelsen sier at en arbeidstaker er å anse som oppsagt dersom den midlertidige arbeidsavtalen utløper uten at den blir fornyet på samme vilkår som tidligere. Når arbeidsgiver avslutter det midlertidige arbeidsforholdet må kravet til "fairness" i s. 98 være tilfredsstillt. Reglene gjelder også når arbeidsforholdet løper. Bakgrunnen for regelen er å forhindre mulig misbruk av slike arbeidskontrakter. En arbeidsgiver som oppriktig trenger arbeidskraft for en kortere periode vil ha ingenting å frykte. Oppsigelsen vil på dette grunnlag anses som "fair."

I norsk rett vil en midlertidig arbeidsavtale ikke automatisk være omfattet av oppsigelsesvernet. Hvorvidt oppsigelsesreglene kommer til anvendelse når arbeidsforholdet løper må bestemmes ut fra en tolkning av arbeidsavtalen. Dette fordi en forutsetning for midlertidige avtaler ofte er at arbeidsforholdet ikke er ment å kunne avvikles før periodens utløp eller når arbeidet er utført.⁷ Ulikheter mellom systemene viser seg videre ved opphøret av arbeidsforholdet. Arbeidsavtalen som er avtalt til å vare i en bestemt periode eller for et bestemt oppdrag, opphører automatisk når perioden er utløpt eller oppdraget fullført jf. aml. § 14-9 (5). Det er ikke et krav om saklig grunn for opphørets gyldighet. Dette gjelder imidlertid kun der lovens vilkår for midlertidig oppsigelse er oppfylt.⁸ Virkningen av en ulovlig midlertidig avtale vil være at avtalen anses som tidsubegrenset og stillingsvernsreglene kommer til anvendelse. Mener arbeidstakeren avtalen ikke oppfyller vilkårene for midlertidig avtale vil reglene om tvist om usaklig oppsigelse komme til anvendelse.⁹ Unntatt er imidlertid retten til å stå i stillingen jf § 15-11 (3).¹⁰

Sammenfattet vil utgangspunktet være at ved midlertidige arbeidskontrakter er det i engelsk rett et krav til "fairness" for å avslutte kontrakten. I norsk rett vil et tilsvarende

⁷ Ot.prp. nr.50 (1993-94) s.164.

⁸ Se § 14-9(1)

⁹ ibid

¹⁰ Les om retten til å stå i stillingen i punkt 5.4

saklighetskrav ikke forekomme dersom lovens vilkår for inngåelse er oppfylt. Imidlertid vil kravet til ”fairness” i engelsk rett kun få betydning i tilfellet der denne type kontrakter er misbrukt. Tilsvarende vil de norske reglene om oppsigelse komme til anvendelse ved misbruk. Den reelle forskjellen er etter dette minimal.

Til sist omfattes ”constructive dismissal” av oppsigelsesreglene i engelsk rett. Alternativet beskriver de situasjonene der det er arbeidstakeren som sier opp avtalen med eller uten oppsigelsestid, og grunnen kan føres tilbake til forhold som arbeidsgiver har skyld i. Forholdet vil bli betraktet som en oppsigelse fra arbeidsgiver. Forutsetningen er at det foreligger et vesentlig kontraktbrudd fra arbeidsgivers side. Et tilfelle vil være der arbeidsgiver har gjort vesentlige endringer i arbeidskontrakten uten samtykke. Norsk rett har ingen tilsvarende bestemmelse. Hvorvidt arbeidstakers opphør skal betraktes som en oppsigelse fra arbeidsgiver må avgjøres etter en helhetsvurdering. I følge praksis skal det mye til. I Rt-1997-1506 avviste Høyesterett at en oppsigelse fra arbeidsgiver hadde funnet sted. Her ble det vektlagt at skriftlighetskravet ikke var oppfylt etter § 15-4. Ved tvil er det arbeidsgiveren som har bevisbyrden.¹¹

1.4.3.1 Mellomform av oppsigelse med oppsigelsestid og umiddelbart opphør.

I noen tilfeller kan det oppstå tvil i norsk rett om arbeidsgiver rent faktisk har gitt oppsigelse eller avskjed, og om det etter engelsk rett er gitt en oppsigelse med eller uten oppsigelsestid. Dette gjelder særlig der arbeidsgiver har benyttet en mellomform som ikke er regulert i loven. Et typisk tilfelle vil være der arbeidstakeren blir bedt om å slutte på dagen, men likevel opprettholder lønn i oppsigelsestiden. Spørsmålet er om tilfellet skal anses som en oppsigelse med avviklingstid eller et opphør uten avviklingstid.

I norsk rett er det av stor betydning hvilken form for opphør som foreligger. Dette har innvirkning på kravene til beslutningsgrunnlaget, arbeidstakers rett til å stå i stilingen,

¹¹ Rt-1989-1270

erstatningsutmålingen mv. I teorien¹² har fratredelse med lønn vært ansett som oppsigelse. Dette forutsatt at det på meddelelsestidspunktet var arbeidsgivers hensikt å gi oppsigelse. Utad virker det imidlertid som om vedkommende må fratre på dagen og dette kan påføre uheldige skadevirkninger. Et moment i vurderingen vil være om det har blitt innrømmet lønn samtidig med fratredelse eller om dette er vedtatt i ettertid. Ved sistnevnte tilfelle vil opphøret anses som en avskjed, i førstnevnte en oppsigelse. Dette standpunktet har også støtte i rettspraksis og derav regnet som et nokså sikkert utgangspunkt.

I engelsk rett er det først og fremst viktig å skille mellom oppsigelse med og uten oppsigelsestid i forhold til det prosessuelle spørsmålet om søksmålsfrister. Dette fordi fristens utgangspunkt er forskjellig der det gis oppsigelsestid og der det ikke gis. Ved oppsigelse med oppsigelsestid skal fristen beregnes fra det tidspunkt oppsigelsestiden utløper. Ved umiddelbart opphør av arbeidsforholdet skal fristen derimot regnes fra fratredelsestidspunktet. For det tilfellet at arbeidstakeren går på dagen med lønn i oppsigelsestiden har domstolen fastslått at fristen regnes fra fratredelsestidspunktet. Situasjonen blir derfor, i motsetning til norsk rett, behandlet som et umiddelbart opphør. Pengene utbetalt blir her å betrakte som en erstatning for kontraktsbrudd for ikke å ha gitt oppsigelsestid, som kan kreves etter reglene om "wrongful dismissal" etter "common law."¹³ Hvorvidt oppsigelsen blir karakterisert som et umiddelbart opphør eller ikke har derimot ingen betydning for hvorvidt oppsigelsen skal karakteriseres som "fair". Har retten kommet til at oppsigelsen er gyldig, likevel slik at situasjonen ikke kvalifiserer til et umiddelbart opphør, vil det at oppsigelsestid ikke er gitt ikke innvirke på gyldighetsvurderingen. At arbeidsgiver ikke har gitt riktig oppsigelsestid blir som nevnt karakterisert som et brudd på kontrakten og krav på bakgrunn av dette må fremmes etter andre regler enn etter reglene om "unfair dismissal".¹⁴

¹² Johnsen s.834/Fanebust s.29.

¹³ Pitt s.218

¹⁴ Ibid s.211

2 Rettskildebildet

Oppgavens tema omhandler både norsk og engelsk arbeidsrett. Ved anvendelse av den engelske rett er det deres rettskildemetode som må anvendes. Hvilke rettskilder som er av betydning i de respektive land må derfor avklares. Dette gjøres i punkt 2.1 til 2.3. Videre oppstår det enkelte metodespørsmål. Disse vil bli tatt opp i punkt 2.4.

2.1 Lovgivning

2.1.1 Arbeidsmiljøloven og dens forarbeider

Den mest sentrale bestemmelsen for den videre drøftelsen vil være aml. § 15-7 (1). Her er kravet til saklighet nedfelt. Ordlyden gir imidlertid begrenset veiledning hva gjelder innholdet i saklighetskravet da den gir uttrykk for en rettslig standard. Kilder utenfor lovt teksten vil derfor være av stor betydning for å finne bestemmelsens meningsinnhold.¹⁵

Ved siden av ordlyden vil derfor forarbeider være en viktig kilde. Ot.prp.nr.41 (1975-76) ” om arbeid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidsvern og arbeidsmiljø” vil være sentral. Dette er forarbeider til den tidligere loven på området, lov av 4. februar 1977. Den nye bestemmelsen innebærer imidlertid ingen realitetsendringer, slik at disse forarbeidene vil være av betydning også for bestemmelsen i den nye loven.

¹⁵ Eckhoff s.70

2.1.2 The Employment Rights Act 1996

I engelsk rett er ERA 1996 section 98 den sentrale bestemmelsen for avhandlingens tema. Som i den norske lovgivningen har bestemmelsen en dynamisk karakter og må tolkes i hvert enkelt tilfelle. Andre kilder vil derfor være avgjørende for bestemmelsens innhold.

Ulikt Norge er forarbeider til de engelske lovene ikke å regne som en rettskilde.¹⁶

Domstolen anerkjenner ikke forarbeider som bevismateriale. De engelske lovforarbeidene vil det derfor ikke bli vist til i den videre behandling.

2.2 Praksis

2.2.1 Rettspraksis

Norsk rettspraksis er relevant både fordi det kan bidra til å utfylle lovteksten og fordi det kan danne grunnlag for ulovfestede regler. I denne avhandlingen vil domsmaterialet ha en særlig sentral plass ved redegjørelse for innholdet i saklighetskravet. Da saklighetskravet i norsk rett er en rettslig standard må domstolene tolke og utfylle standarden i hver enkelt sak.

2.2.2 "Common law"

Domstolen i England har alltid hatt en sentral rolle når det gjelder å bestemme gjeldende rett, både når det gjelder tolking og utfylling. Som nevnt er ikke forarbeider en relevant rettskilde og rettspraksis blir av den grunn svært sentral. Før lovgivning ble gitt på området i 1971, var det opp til dommerne å bestemme gjeldende rett på området. At flere rettsområder i dag er regulert ved lovgivning gjør ikke domstolens funksjon mindre betydningsfull. I denne avhandlingen vil "common law" på samme måte som norsk rettspraksis ha en sentral plass.

¹⁶ Locton s.3 flg. Her er forarbeidene ikke tatt inn som en rettskilde.

2.3 Rimelighetsbetraktninger

Reelle hensyn er en fremtredende rettskilde på arbeidsrettens område både i engelsk og norsk rett. Som nevnt er lovgivningen på området av dynamisk karakter og dommerne må i stor grad anvende rimelighetsbetraktninger for å nå et riktig resultat.

2.4 Metodespørsmål

2.4.1 Alminnelig juridisk metode.

Avhandlingen tar utgangspunkt i den alminnelige juridiske metode, slik den er nedfelt i rettskildelæren. I forhold til engelsk rett vil utgangspunktet være metoden nedfelt i rettskildelæren i dette landet. De overfor nevnte kilders vekt og relevans er nokså samsvarende i disse to landene. Dette gjelder både egenvekt og den relative vekt. Imidlertid vil fraværet av lovforarbeider som rettskilde i engelsk rett gjøre noe med egenvekten til de øvrige rettskildene. På denne bakgrunn kan det diskuteres hvorvidt "common law" har en større egenvekt i forhold til tilsvarende norsk rettspraksis som begrenses av lovforarbeidenes tilstedeværelse.

2.4.2 Særskilt domstol.

Før 2005 ble stillingsvernssaker i Norge behandlet av særskilte utpekte domstoler. Ordningen ble imidlertid opphevet og i dag kan alle lands tingretter behandle disse sakene. Hovedformålet med den tidligere prosessordningen var å sikre at tvister av denne type ble behandlet så raskt som mulig.¹⁷ I tillegg ville man sikre en viss ekspertise. Imidlertid viste det seg at Arbeidsretten av kapasitetsmessige grunner ikke maktet å gi tvistene en så rask behandling som forventet. Videre ble det konstatert et større antall rettssaker enn forutsatt. Ordningen ble av den grunn forkastet.

¹⁷ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.21

Etter engelsk rett blir som nevnt tvister som dette nettopp håndtert av en særskilt domstol. Tanken bak særdomstolen er at den skal operere kostnadseffektivt, raskt og uformelt på bakgrunn av at fri rettshjelp ikke er anvendelig på arbeidsrettssaker. Imidlertid har det vist seg at heller ikke i England har ordningen vært som forventet. Saksmengden øker uten en tilsvarende økning av saksbehandlere. En løsning har vært å sette enkelte saker med en dommer i stedet for de tilsiktede tre. Dette har blitt kraftig kritisert for å ville undergrave den funksjonen som var tiltenkt ved en tredelt domstol. Videre er domstolen kritisert for ikke å følge den uformelle linjen som var forutsatt.¹⁸ Spørsmålet er om kritikken vil medføre endringer av ordningen slik tilfellet er i norsk rett.

¹⁸ Pitt s.15

3 Historisk bakgrunn

3.1 Rettstilstanden før lovreguleringen.

Oppsigelsesvernet har ikke alltid stått like sterkt i engelsk og norsk lovgivning. Av disse to land var Norge først ute i 1936. Lovregler om oppsigelsesvern var uvanlig på den tiden slike regler ble vedtatt i Norge og var således en viktig nydannelse. Internasjonalt kom oppsigelsesvernet i fokus først og fremst ved vedtakelsen av ILO rekommandasjonen nr.119 av 1963 om opphør av arbeidsforhold. Denne stadfester at oppsigelse skal ha "valid reason." Bakgrunnen for det engelske lovverket var bla. behovet for å følge denne utviklingen.¹⁹

Før reglene om oppsigelsesvernet ble etablert i Norge hadde arbeidsgiver stort sett fri adgang til å si opp arbeidstakere.²⁰ En yttergrense var imidlertid etablert. Rene sjikanemotiverte oppsigelser ble ikke godtatt av rettsordenen. Utover dette var adgangen til oppsigelse absolutt og ubetinget.²¹

I engelsk rett var det alene de engelske "common law" prinsippene som gjaldt før 1971. Dette er uskreven rett som er blitt til gjennom praksis. Etter disse prinsippene ble arbeidsgiver og arbeidstaker behandlet som likestilte parter oversett av den virkelige situasjon som viste høy grad av ubalanse i forhandlingsituasjonene. Konsekvensen var at en arbeidsgiver når som helst kunne si opp en arbeidstaker uansett grunnlag

¹⁹ Anderman s.1

²⁰ Se Høyesteretts uttalelser i Rt.1935 – 467. (obiter)

²¹ Fanebust s.41

3.2 Introduksjonen av stillingsvernet

Lovgivning angående arbeidstakers stillingsvern ble i Storbritannia første gang introdusert ved Redundancy Payments Act 1965 og Industrial relation Act 1971 (IRA). Gjennom denne lovgivningen fikk arbeidstakere en viss beskyttelse ved oppsigelse fra arbeidsgiveren. Den største nydannelsen var at det ble lovfestet et krav om at arbeidstakere "shall have the right not to be unfairly dismissed." Videre skulle arbeidstakere som ble oppsagt på grunn av nedbemanning ha krav på en økonomisk kompensasjon. Kompensasjonen ble tildelt uavhengig av om oppsigelsen var "fair" or "unfair." Like fullt ble lovgivningen et første skritt på veien for å øke arbeidsgivers fokus på formalitetene rundt et arbeidsforhold. Arbeidsgivere måtte følge visse formkrav for å få godkjent oppsigelsen.

I Norge ble vilkår for oppsigelse inntatt i arbeidervernloven av 1936. Her ble det slått fast at arbeidstakeren kunne kreve erstatning dersom oppsigelsen ikke hadde "saklig grunn i bedriftsinnehaveren, arbeiderens eller bedriftens forhold, men skyldes helt utenforliggende hensyn."²² I motsetning til hva som senere ble lovfestet i Storbritannia hadde oppsagte arbeidstakere på grunn av nedbemanning ingen rett til kompensasjon med mindre oppsigelsen var i strid med loven.

I 1977 ble det i Norge vedtatt en ny lov, arbeidsmiljøloven. Her ble det forutsatt at kravet til saklig grunn skulle praktiseres strengere enn tidligere lovgivning. Videre skulle kravet ikke være statisk. I 2005 ble loven nok en gang revidert, og det er denne loven som danner grunnlaget for den videre fremstilling. Bestemmelsen i den reviderte utgaven, § 15-7 er imidlertid en videreføring av den tidligere lovs § 60.²³ Da det ikke foreligger noen realitetsendring vil rettsavgjørelser knyttet til den tidligere bestemmelsen også være relevante for forståelsen av innholdet i den rettslige standarden.

²² Arbeidervernloven 1936, § 33 pkt.3a

²³ Ot.prp.nr.49(2004-2005)

Retten til "not to be unfairly dismissed" er i dag nedfelt i "The Employment Rights Act 1996", i samme form som da den ble vedtatt. Noen små realitetsendringer har skjedd, som endret bevisbyrde. Likevel er grunnrisset videreført slik at også her vil praksis fra før loven trådte i kraft være relevant.

4 Vern mot ulovlig oppsigelse

4.1 Formål

Både norsk og engelsk rett legger til grunn at oppsigelse fra arbeidsgivers side skal være saklig begrunnet. På engelsk uttrykt "fair." Hensikten med oppsigelsesvernet er å beskytte arbeidstakeren fra den sårbare situasjon som oppstår i et arbeidsforhold. Reglene skal hindre vilkårlige og umotiverte oppsigelser fra arbeidsgivers side.

England hadde også et annet formål ved innføringen av regelverket. Det var å redusere antall streiker som ble brukt i protest mot umotiverte oppsigelser. Alene stod de svakt i et arbeidsforhold, men sammen kunne de ikke bli ignorert. For å få ned antall streiker måtte det gis flere rettigheter til den enkelte. I Norge er bruk av streik ved rettsvister forbudt. Her gjelder en absolutt fredsplikt og tvisten skal løses på rettslig måte.²⁴ Tilsvarende problem oppstod av den grunn ikke i Norge

4.2 Saklighetsnorm/rettferdighetsnorm

Bestemmelsen i aml. § 15-7 sier at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. De resterende bestemmelsene i § 15-7 (2)(3) og (4) er å anse som en nærmere presisering av den generelle saklighetsnorm i første ledd.²⁵

Den engelske lovbestemmelsen uttrykker et saklighets-/rettferdighetskrav, på engelsk kalt "fairness", for at en oppsigelse skal være gyldig. Dette er nedfelt i ERA s. 98. For at

²⁴ Jakhelln s.469

²⁵ Fougner/Holo s.781

oppsigelsen skal være "fair" må oppsigelsen ha sin begrunnelse i et av de konkrete alternativene i s.98 (1)(b) og (2).

Systemene er sammenfallende på det punkt at både saklighetsnormen i norsk rett og kravet til "fairness" i engelsk rett bygger på en dynamisk og relativ standard som følger utviklingen i samfunnet. Kravene viser videre til en individuell vurdering. På denne bakgrunn er det ikke tilstrekkelig at grunnen til oppsigelsen generelt sett er saklig eller "fair." Vurderingen må skje på bakgrunn av den konkrete situasjon. Det vil si at det ytre forhold kan være det samme eller sammenlignbart i ulike saker, likevel slik at det kan være omstendigheter som gjør at utfallet blir forskjellig når retten prøver gyldigheten av oppsigelsen.²⁶

4.2.1 Utgangspunkt for vurderingen

Saklighetskravet etter norsk rett åpner for en skjønnsmessig vurdering av de omstendigheter som foranlediget oppsigelsen. Dette innebærer at det skal foretas en avveining av virksomhetens og den ansattes behov. Problemstillingen er om de omstendigheter som forelå på oppsigelsestidspunktet rettslig sett har slik innvirkning på arbeidsforholdet at det vil være rimelig å avslutte arbeidsforholdet.²⁷ Ved vurdering av rimeligheten skal arbeidstakers situasjon tas i betraktning. Dette er understreket i forarbeidene til loven av 1977 jf. Ot.prp.nr.41(1975-76)s.72

Videre er det i norsk rett satt visse ytre rammer for hvilke hensyn en oppsigelse kan være motivert av. Avgrensningen skjer ut i fra to forhold. For det første er det en del hensyn som etter sin art er utenforliggende og av den grunn ikke anvendes som et motiv for oppsigelse. Et slikt tilfelle vil være der arbeidstakeren blir sagt opp fordi vedkommende har giftet seg.²⁸ Det er nok at grunnlaget objektivt sett er utenforliggende, slik at det vil være det

²⁶ Jakhelln s.369/Dege (1997)s.252/Bowers s.293

²⁷ Jakhelln s.369.

²⁸ Rt.1939-53

samme om det er ond vilje eller feiltolkning av reglene eller faktiske forhold som ligger bak arbeidsgivers handling. For det andre finnes det motiver som etter sin art kan være anvendbare, men som likevel ikke tungtveiende nok til at oppsigelse er berettiget og nødvendig. Dette kan formuleres som et spørsmål om årsaken til oppsigelsen er *tilstrekkelig* saklig.²⁹

Hvorvidt en oppsigelse etter engelsk rett skal anses som "fair" gjøres ved å vurdere rimeligheten av arbeidstakers opptreden i forbindelse med oppsigelsen. "Did the employer act reasonable in dismissing the employee?" Problemstillingen er hvorvidt arbeidsgivers beslutning om å si opp arbeidstakeren var innenfor "a band of reasonable responses" tatt i betraktning omstendighetene. Testen er etablert og utviklet av domstolene.³⁰

Testen innebærer for det første at domstolens egen oppfatning av oppsigelsen er irrelevant. Retten må sette seg inn i arbeidsgivers posisjon og deretter stille seg spørsmålet om en fornuftig arbeidsgiver i den konkrete situasjon ville gått til oppsigelse. Retten kan selv mener at oppsigelsen er urettferdig eller direkte gal, likevel må den opprettholdes dersom den faller innenfor rammen av rimelige reaksjoner som en fornuftig arbeidsgiver ville tatt i den konkrete situasjon.³¹

For det andre er det ikke et krav om at enhver arbeidsgiver ville gitt oppsigelse i det konkrete tilfellet. Regelen krever kun at "a reasonable employer would have done it." Det er derfor kun i de situasjoner der *ingen* fornuftige arbeidsgivere ville valgt samme løsning under de gitte omstendigheter, at domstolen vil si at oppsigelsen er "unfair" etter loven. Arbeidsgivers avgjørelse er da utenfor "the band of reasonable responses."³²

²⁹ Fanebust s.57

³⁰ Iceland Frozen Foods v. Jones [1982]I.R.L.R.439

³¹ Anderman s.138

³² Ibid

4.2.2 Sammenligning

Lovbestemmelsene slik jeg ser det har en ulik tilnærming ved vurderingen av oppsigelsens gyldighet. I norsk rett ligger fokuset på *motivet* for oppsigelsen. Spørsmålet som stilles her er hvorvidt motivet eller årsaken til oppsigelsen er tungtveiende nok til å rettferdiggjøre en oppsigelse. Domstolen foretar her en motivkontroll. I engelsk rett ligger fokuset på *arbeidsgiver opptreden* i den konkrete situasjon. Spørsmålet her er hvorvidt arbeidsgiveren opptrådte rimelig da han sa opp arbeidstakeren på den anviste grunnlag. Det er dermed arbeidsgivers vurdering som skal være ”reasonably” og ikke resultatet av denne som skal være det.

Domstolens rolle i oppsigelsessaker synes også å være ulik i de to rettssystemer. Slik det engelske systemet er lagt opp er det arbeidsgiverne som indirekte bestemmer hvilke motiv som ligger innenfor ”the band of reasonable responses” og dette kan variere fra situasjon til situasjon avhengig av omstendighetene i den konkrete sak. I Norge er det derimot domstolen som har til oppgave å bedømme hvilke forhold som faller utenfor rammen for potensielle saklige grunner for oppsigelse. Det er også domstolen som bedømmer hvorvidt årsaken er tilstrekkelig saklig i den forelagte sak. Domstolen i Norge har på denne bakgrunn en mer fremtredende rolle og en større avgjørende myndighet enn den vi ser i England.

4.3 Grunnlag for oppsigelse

Både den norske og engelske lovbestemmelsen inneholder kategorier av oppsigelsesgrunnlag som en arbeidsgiver må forholde seg til. Kan en oppsigelse ikke begrunnes i noen av grunnlagene oppstilt i loven vil oppsigelsen allerede her bli karakterisert som usaklig eller ”unfair.” Imidlertid er en oppfyllelse av dette vilkåret ikke tilstrekkelig til å gjøre en oppsigelse gyldig. Kravet om et potensielt gyldig grunnlag for oppsigelse er etter dette et nødvendig, men ikke tilstrekkelig vilkår for oppsigelse.

Det fremgår av aml. § 15-7 at det ved bedømmelsen av om det foreligger saklig grunn for oppsigelse, er det tre typer omstendigheter som kan tas i betraktning; arbeidstakers, arbeidsgivers og virksomhetens forhold. I praksis blir arbeidsgivers og virksomhetens forhold sammenfattet som forhold på virksomhetssiden. Dette fordi arbeidsgivers forhold sjelden er aktuelt i praksis. Kun i helt spesielle situasjoner hvor personlige omstendigheter kan gå på bekostning av driften vil dette være tilfellet. Som oftest vil det kun være tilfellet ved små virksomheter.³³

Etter ERA må en oppsigelse ha sin grunn i nærmere angitte forhold. De konkrete grunnlag er omstendigheter som relaterer seg til (1) arbeidstakers dugelighet eller kvalifikasjoner, (2) arbeidstakers oppførsel, (3) arbeidsmangel, eller (4) at arbeidstakeren har handlet i strid med en lovbestemmelse. Engelsk rett opererer imidlertid også med et femte grunnlag omtalt som "other substantial reason justifying the dismissal". Noen konkrete rammer for hva som faller under denne kategorien er ikke satt.

I det følgende skal det foretas en nærmere gjennomgang av de enkelte grunnlag i norsk og engelsk rett. Deretter skal

4.3.1 Virksomhetens forhold.

I norsk rett er det i aml § 15-7(2) nærmere presisert hvilke forhold som går under virksomhetens forhold, nemlig driftsinnskrenkninger og rasjoneringstiltak. Med andre ord tiltak som krever nedbemanning. Bestemmelsen er imidlertid ikke uttømmende slik at også andre forhold kan begrunnes i dette grunnlaget. Felles for tilfellene er imidlertid at de tiltak som er gjort har ført til at arbeidstakers stilling ikke lenger består. Dette innebærer derimot ikke et krav om at stillingen vedkommende sitter i ikke lenger eksisterer. En omlegging av stillingen f. eks ved endrede krav til kvalifikasjoner kan være en saklig grunn. Oppsigelse grunnet virksomhetens forhold der omstillingsbehovet er reelt vil som hovedregel bli akseptert av domstolen. Likevel betyr det ikke at enhver rasjonaliseringsgevinst berettiger til oppsigelse. I vurderingen skal det foretas en avveining mellom bedriftens behov for f.eks

³³ Fougner/Holo s.788.

en rasjonaliseringsgevinst og de ulemper oppsigelsen vil påføre arbeidstaker.³⁴ Videre forutsetter det at arbeidsgiver har gått korrekt frem ved oppsigelsen. Hva som her må tas i betraktning er nærmere omhandlet under punkt 4.4 nedenfor.

Det grunnlaget som konkret viser til forhold på virksomhetens side i den engelske bestemmelsen er arbeidsmangel, på engelsk kalt ”redundancy”. Hva som inngår i begrepet er beskrevet i ERA s. 139 (1). For det første omfattes den situasjon der virksomheten opphører eller flytter. Ved sistnevnte forhold er det viktig å stadfeste hvorvidt det foreligger en virksomhetsoverdragelse. Dersom det er tilfellet vil arbeidskontrakten bli overført fra den opprinnelige arbeidsgiver til en annen arbeidsgiver, og det i seg selv vil ikke være grunnlag for oppsigelse.³⁵ Dette er i samsvar med norsk rett. For det andre vil den situasjon at arbeidsgiver velger å redusere bemanningen, karakteriseres som ”redundancy”. Det særegne i forhold til norsk rett på dette punkt er at retten ikke prøver rettmessigheten av nedbemanningen eller nedleggelsen av bedriften. Hvorvidt det reelt sett var behov for nedbemanning er ikke en oppgave for retten å bedømme. Som dommer Brown uttaler i saken *Moon v Homeworthy Furniture*³⁶; ” *there could not.. be any investigation into the rights and wrongs og the declared redundancy.*” En oppsigelse på dette grunnlag vil av den grunn bare kunne settes til side dersom arbeidsgivers fremgangsmåte ved oppsigelsen ikke er tilfredsstillende. Fra rettspraksis er det utviklet tre kriterier som må være oppfylt. For det første må det være utarbeidet en rettferdig metode for utvelgelse, for det andre må det foreligge tilfredsstillende varslingsprosedyre og til sist må arbeidsgiver forsøke omplassering. Dette er nærmere behandlet under punkt 4.5.

Det synes klart er at grunnlaget ”redundancy” i engelsk rett har et snevrere virkeområde enn hva virksomhetens forhold har i norsk rett. Norsk rett er ikke begrenset til oppsigelse som følge av arbeidsmangel. Oppsigelser kan her være saklig også der arbeidsgiver er avhengig av bemanningen, men der lønnsutgiftene må reduseres. I norsk rett gjøres dette

³⁴ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.72

³⁵ Virksomhetsoverdragelser er regulert i ”Transfer of undertakings regulations 2006”

³⁶ [1976]I.R.L.R.393

ved en endringsoppsigelse. På en annen side vil en oppsigelse pga nedbemanning i større grad få gjennomslag i engelsk rett nettopp fordi domstolen ikke har adgang til å vurdere det faktiske nedbemanningsbehovet. I tillegg må det understrekes at forhold på virksomhetens side, som ikke kan grunngis i engelsk rett under kategorien ”redundancy”, vil kunne være et potensielt gyldig grunnlag under kategorien ”other substantial reasons”.

4.3.1.1 Økonomisk kompensasjon

Når det gjelder oppsigelse som har sin årsak i arbeidsmangel har England en særskilt bestemmelse vedrørende erstatning som ikke er å finne i det norske regelverket.

Etter engelsk rett vil en oppsigelse på grunn av ”redundancy” automatisk medfører en kompensasjon til arbeidstaker. Dette uavhengig av om oppsigelsen er gyldig eller ikke. Grunnlaget for dette er å finne i ERA s. 135 (1). Erstatningen følger en standard utmåling basert på objektive kriterier. Utmålingen skjer på samme måte som ved utmålingen av ”basic award” ved usaklig oppsigelse og det vises derfor til behandlingen av dette under punkt 6.3.2 nedenfor. Retten til kompensasjon på dette grunnlag er ikke ment å være noen form for ledighetsstøtte som skal hjelpe arbeidstakeren inntil ny jobb er skaffet. Det skal derimot være en anerkjennelse og påskjønnelse av den tjenesten som er gjort.

I tillegg til krav på kompensasjon etter disse reglene kan arbeidstaker, dersom han mener at han ikke er gyldig sagt opp”, påberope seg regelverket for ”unfair dismissal” og de krav som her følger. Vinner arbeidstakeren frem på dette punkt vil det kunne utløse krav på erstatning utover det beløpet som gis som automatisk kompensasjon, eller en gjeninntredelsesmulighet.

Norsk lovgivning har ingen tilsvarende regler. Forutsetningen for erstatning etter arbeidsmiljøloven er at det foreligger en usaklig oppsigelse. Med andre ord vil en saklig oppsigelse ikke utløse rettigheter etter loven. Ved erstatning etter alminnelig kontraktrettslig regler eksisterer det et skyldkrav og erstatning for overfor nevnte tilfelle vil av den grunn være utelukket på dette grunnlag. Etter norsk rett er det likevel vanlig å

regulere gjennom avtale at arbeidsgiver skal ha rett til en økonomisk kompensasjon ved fratredelse. Dette faller imidlertid utenfor oppgaven å behandle.

4.3.1.2 Fortrinnsrett til ny stilling

Norsk rett har derimot en annen særregel som ikke er å finne i den engelske lovgivningen. Hjemmelen er § 14-2 og bestemmer at en arbeidstaker som er oppsagt pga. arbeidsmangel har en fortrinnsrett til ny tilsetting i samme virksomhet i inntil ett år, med mindre det gjelder en stilling vedkommende ikke er skikket for. Uttrykket ”samme virksomhet” er tolket snevert slik at andre selskaper innenfor et konsern eller innenfor en gruppe av virksomheter som er knyttet sammen gjennom en felles ledelse ikke er å anse som samme virksomhet.³⁷ Når det gjelder vilkåret om skikkethet fremkommer det av forarbeidene³⁸ at kravet ikke innebærer mer enn at arbeidstakeren må ha de ferdigheter som normalt forutsettes for det aktuelle arbeidet. Fortrinnsretten gjelder kun de arbeidstakerne som er tilsatt i virksomheten til sammen i minst 12 måneder i de siste to år. Formålet med regelen er at bedriften ikke fritt skal kunne benytte seg av kortvarige driftsinnskrenkninger til å skifte ut arbeidsstokken i tilfeller hvor dette ikke kunne skjedd med saklig oppsigelse.³⁹

4.3.2 Arbeidstakers forhold

I norsk rett er det ikke uttrykt i lovbestemmelsen hvilke omstendigheter som faller inn under arbeidstakers forhold. Dette blir en oppgave for domstolen å klarlegge. Eksempler fra praksis er forhold som mangelfulle arbeidsprestasjoner, samarbeidsvanskeligheter, brudd på lojalitetsplikten osv. Utgangspunktet for vurderingen av om arbeidstakers opptreden gir saklig grunn for oppsigelse er om vedkommende fortsatt er skikket for stillingen. Alvorlighetsgraden av arbeidstakers opptreden er av mindre betydning så lenge

³⁷ Fougner s.403

³⁸ Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.79

³⁹ *ibid* s.27

forholdet utgjør en svikt på punkter som er vesentlige for bedriften. Videre er det ikke noe krav om at arbeidstaker subjektivt er å bebreide for forholdet.

I ERA s. 98 er det tre konkrete grunnlag som relaterer seg til arbeidstakers forhold. Grunnlagene knytter seg til (1) arbeidstakers dugelighet eller kvalifikasjoner, (2) arbeidstakers oppførsel og (3) arbeidstakers overtredelse av en lovbestemmelse. Lovbestemmelsen presiserer i 98(3)(a)(b) hva som inngår i overfor nevnte grunnlag. Innunder dugelighet går dyktighet, helse og andre fysiske eller mentale kvaliteter. Med kvalifikasjoner siktes det til utdanning og andre akademiske kvalifikasjoner som er relevant i forhold til arbeidet.

4.3.3 "Other substantial reason"

Den engelske lovgivningen opererer, i tillegg til de overfor nevnte, med et femte grunnlag for oppsigelse jf. ERA s.98 (1). Dette karakteriseres som en restgruppe og er nedfelt i bestemmelsen som "other substantial reason justifying the employee's dismissal." Tatt i betraktning at nærmest alle grunnlag vil kunne falle under denne kategorien er det sjelden det vil være et problem for arbeidsgiver å tilfredsstille lovens krav på dette punkt.⁴⁰ Et eksempel fra praksis viser at arbeidstakers samtykkenektelse til endring i arbeidskontrakten kan være en gyldig grunn for oppsigelse under denne kategorien. I saken *RS Components v Irwin*⁴¹ endret arbeidsgiver de ansattes arbeidskontrakter ved å innsette en konkurranseklausul som hindret de i å utføre arbeid for en konkurrerende bedrift i en tid etter ansettelsesforholdets opphør. De som nektet dette ble sagt opp og oppsigelsen ble ansett som lovlig under denne kategorien. At det her forelå et kontraktsbrudd fikk ingen betydning. Tilfellet kan sammenlignes med overfor omtalte endringsoppsigelser i norsk rett. Imidlertid vil en fremgangsmåte som her gjort ikke bli godtatt i Norge. Riktig fremgangsmåte ved endringsoppsigelser vil være først å si opp arbeidstakeren for deretter å tilby ny stilling etter den endrede kontrakten.

⁴⁰ Pitt s.237

⁴¹ [1973]I.R.L.R.239

4.3.4 Sammenligning

Engelsk rett har strukturert oppsigelgrunnlagene annerledes enn norsk rett ved at de i større grad viser til konkrete grunnlag. Grunnlagene i norsk rett er mer uspesifiserte og vage. Imidlertid betyr ikke dette at oppsigelsesgrunnlagene etter engelsk rett er mindre omfattende. Nettopp på bakgrunn av det femte grunnlaget, ovenfor omtalt som "other substantial reason" vil i teorien ethvert grunnlag være potensielt i engelsk rett så lenge det er et vesentlig forhold det er snakk om. I realiteten vil flere type grunnlag kunne anføres som potensielt gyldige etter engelsk rett.

4.4 Momenter i vurderingen

Hvorvidt oppsigelsen, begrunnet i et av de ovenfor nevnte grunnlag, er saklig eller rettferdig beror på en helhetsvurdering i den konkrete sak. I begge rettssystemer er det derfor en rekke momenter som må tas i betraktning ved vurderingen. I det følgende skal det gjøres en fremstilling og vurdering av de momenter som er sentrale.

4.4.1 Bedriftens størrelse og mulighetene for omplassering

I den engelske lovbestemmelsen er det uttrykkelig vist til bedriftens størrelse og ressurser som et moment som må tas i betraktning ved vurderingen av arbeidsgivers beslutning. EAT s 98 (4) angir at hvorvidt oppsigelsen er gyldig "depends on whether in the circumstances (including the size and administrative resources of the employer's undertaking) the employer acted reasonably....." Store bedrifter er derfor forventet å gjøre større anstrengelser for å løse problemet enn det som forventes av en mindre bedrift.⁴²

Hvorvidt og i hvilken grad arbeidsgiveren bør vurdere omplasseringstiltak vil nettopp avhenge av bedriftens størrelse og ressurser. Det vil for eksempel være lettere for en stor

⁴² Lockton s.204

bedrift å omplassere en arbeidstaker enn hva det vil være for et lite foretak. Prinsippet om alternativt arbeid er imidlertid generelt sett et viktig moment i vurderingen av om arbeidsgiveren opptrådte ”reasonable.” Spesielt ved oppsigelser grunnet sykdom, og arbeidsmangel vil dette være fremtredende.⁴³

Også etter norsk rett vil bedriftens størrelse ha innvirkning på saklighetsvurderingen. Dette kommer frem av aml § 15-7 (2) når det gjelder omplasseringsplikten. Store bedrifter må forventes å gjøre ytterligere anstrengelser der små bedrifter har innfridd kravet. Bedriftens størrelse kan også ha betydning ved oppsigelse pga arbeidstakers forhold, selv om dette ikke kommer frem av lovteksten. Et eksempel vil være oppsigelse pga samarbeidsproblemer. I små bedrifter kan manglende samarbeid være særlig følsomt⁴⁴, slik at for store krav ikke kan stilles.

Ved oppsigelse pga. virksomhetens forhold har arbeidsgiver en omplasseringsplikt der dette er mulig jf. § 15-7 (2). Dersom vilkåret ikke er tilfredstilt vil oppsigelsen settes til side som usaklig. Også ved oppsigelse pga arbeidstakers forhold vil omplasseringsmuligheten være et moment i vurderingen. Her vil det bli lagt vekt på hvorvidt bedriften har forsøkt å finne andre løsninger enn oppsigelse. Plikten er likevel ikke like formell og absolutt som plikten ved oppsigelse pga virksomhetens forhold.

Overfor nevnte forhold underbygger ”fairness”- og saklighetskravets relativitet. Bedrifter er forventet å anvende ulike standarder i oppsigelsestilfeller avhengig av størrelse og tilgang på ressurser. Omplasseringstiltak er ingen plikt etter den engelske lov slik den er ved forhold på virksomhetens side etter norsk rett. Likevel vil det være en god antydning på at arbeidsgiver ikke har opptrådt ”reasonably” der omplasseringstiltak er et alternativ, men ikke er vurdert.

⁴³ Locton s.206.

⁴⁴ Dege s.193

4.4.2 Saklig utvelgelse

Når virksomheten i en nedbemanning eller omstillingssituasjon skal gå til oppsigelse av enkelte arbeidstakere er arbeidsgiveren etter norsk rett forpliktet til å foreta en saklig utvelgelse av disse. Dette innebærer blant annet at det ikke kan tas hensyn til kjønn, rase, nasjonalitet osv. Med andre ord må det foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen som ikke må være vilkårlig eller basert på utenforliggende hensyn. Kravet til saklig utvelgelse innebærer videre at ved opphør eller reduksjon av bestemte stillingskategorier, må det vurderes hvorvidt overflødige arbeidstakere skal fortrenge andre arbeidstakere i stillingskategorier som ikke berøres av omorganiseringen. Her vil alder, kvalifikasjoner, familiesituasjon være utvelgelseskriterier.⁴⁵ Imidlertid synes det som om arbeidsgiver har stor diskresjon så lenge utenforliggende hensyn ikke er tatt i betraktning.

Engelsk rett har også krav til utvelgelse ved en nedbemanningsprosess. Først og fremst skal utvelgelsen baseres på frivillighet. Deretter er det meningen at utvelgelsen skal baseres på ansiennitet. Den som kom sist inn, må først ut. Arbeidsgivere på sin side vil imidlertid unngå denne fremgangsmåten. Ofte er det de som melder seg frivillig til å gå, de personer arbeidsgiver helst vil beholde. Videre har unge mennesker ofte en stor iver og er lært opp på det nyeste. Arbeidsgivere vil av den grunn foreta en utvelgelse som i stor grad baserer seg på egeninteressen. Dette er også god tatt. Valg av kriterier for utvelgelsen står arbeidsgiveren for. Imidlertid er det krav om at det skal brukes en objektiv standard ved utvelgelsen. Arbeidsgiver kan ikke foreta utvelgelsen på bakgrunn av hvem som er best likt. Kriterier må brukes som produktivitet, fremmøte, oppførsel osv. Norsk og engelsk rett synes å være i samsvar på dette punkt. En sak fra engelsk rett, *Williams v Compair Maxam*⁴⁶ kan illustrere arbeidsgivers plikt til å utarbeide objektive kriterier. Her hadde arbeidsgiveren plukket ut arbeidstakere ved å sette opp en liste på hvem som måtte bli i selskapet for å holde det levedyktig. Domstolen beskrev dette som en subjektiv standard

⁴⁵ Jf ILO-rekommandasjon nr.119(1963)art.15

⁴⁶ [1982]I.C.R.L.83

som gav muligheten til en utvelgelse basert på hvem man likte og ikke likte. Dette ble ikke godtatt.

4.4.3 Ansiennitet og tidligere oppførsel

Som nevnt ovenfor gjelder det et ansiennitetsprinsipp ved nedbemanning. Dette prinsippet blir imidlertid ofte sett bort fra av arbeidsgiveren. Videre er det særlig i saker i forbindelse med oppsigelse pga. arbeidstakers tjenesteforseelse at ansettelsestid og tidligere oppførsel vil komme inn som et sentralt moment i vurderingen. Dersom arbeidsgiveren ikke tar i betraktning at en arbeidstaker har vært i bedriften lenge uten at det har vært noe å utsette på han kan dette være en omstendighet som fører til at oppsigelsen blir satt til side som ”unfair.”⁴⁷ Disse omstendighetene kan videre rettfærdiggjøre ulik behandling av to arbeidstakere som har utført samme tjenesteforseelse. I saken *Sherrier v. Ford Motor Co.*⁴⁸ fikk to arbeidstakere, tatt for slossing, ulik behandling. Den ene arbeidstakeren hadde vært ansatt i 15 år uten tidligere bemerkninger på oppførselen og fikk fire dager suspensjon uten lønn. Den andre arbeidstakeren hadde vært ansatt i to år og hadde tidligere begått seks tjenesteforseelser. Vedkommende ble oppsagt. Påstand om urettmessig oppsigelse ble tilbakevist av retten. Spørsmålet om arbeidsgiveren kan ta i betraktning forhold som fant sted før ansettelsen er regulert i ”Rehabilitation of offenders Act 1974” s. 4(3)(b). Her uttrykkes det at når rehabiliteringsperioden for en lovovertrædelse er over kan en arbeidsgiver ikke ta forholdet i betraktning. Rehabiliteringsperioden avhenger av type overtrædelse og varierer fra tre til ti år. Brudd på dette vil føre til at oppsigelsen automatisk settes til side som ”unfair.”⁴⁹

Ansiennitetsspørsmål i norsk rett vil særlig dukke opp ved utvelgelse av personell ved oppsigelse. Arbeidsgiver har ingen plikt til å følge ansiennitetsprinsippet, like fullt er det et ledd i den rimelighetsvurderingen arbeidsgiver skal foreta. Ansiennitetsprinsippet kan

⁴⁷ Anderman, s.201/Locton s.206

⁴⁸ [1976]I.R.L.R.146

⁴⁹ Bowers s.334

dermed vike dersom dette er nødvendig for at bedriften skal beholde de best kvalifiserte arbeidstakerne. Videre dersom det tar tid å lære opp den med lengre ansiennitet. Når det gjelder tidligere forhold er utgangspunktet at dette kan tas i betraktning, og særlig hvis dette er forbundet med en advarsel. Det er ikke påkrevd at det nye forholdet skal være av samme art som tidligere forhold.⁵⁰ Imidlertid vil forhold skjedd før ansettelse og som arbeidsgiver kjente til på ansettelsestidspunktet ikke kunne bli tatt i betraktning.

4.4.4 Urimelighetsbetraktninger

Etter norsk rett er det klart at en oppsigelse ikke kan underkjennes bare på grunnlag av at den vil virke urimelig overfor den som rammes. Likevel vil det ikke være uten betydning i helhetsvurderingen av saklighetskravet at oppsigelsen vil være en urimelig reaksjon eller medføre store skadevirkninger for arbeidstaker eller personer som står ham nær. Saklighetskravet har utviklet seg siden det ble vedtatt i 1936 der arbeidstakers posisjon er blitt særlig sentral. Dette ble fremhevet i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977.⁵¹ Departementet kommenterte særskilt at;

” rimelighetsvurderinger i forhold til den oppsagte [har] kommet sterkere inn i bildet”

Individuelle forhold skal etter dette trekkes inn i en saklighetsvurdering. Tjenestetid og oppførsel er som nevnt ovenfor av betydning. Videre vil arbeidstakers alder være av betydning selv om dette ofte nevnes i tilknytning til tjenestetid. Også andre individuelle forhold har vært trukket inn som yrkeshemninger, arbeidstakers familieforhold og økonomi. Det er eksempler fra praksis som viser at retten har lagt til grunn at det kreves sterkere grunner for å si opp en som er familieforsørger enn en som er uten forsørgelsesbyrde.⁵²

⁵⁰ Dege s.533flg/618flg

⁵¹ Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.72

⁵² RG 1983 s.768

På en annen side er dette forhold som må avveies mot hensynet til bedriftens interesser. Er bedriftens interesser tungtveiende nok vil dette i praksis være avgjørende. Videre vil det være av betydning hva årsaken til oppsigelsen er. Årsaken til oppsigelsen må veies mot konsekvensene dette vil få for arbeidstakeren.

I engelsk rett er dette momentet ikke i like stor grad i sentrum. Foruten arbeidstakers tjenestetid og tidligere oppførsel er det lite som tyder på at arbeidstakers individuelle forhold og vedkommendes eventuelle skadevirkninger blir særlig vektlagt i en helhetsvurdering. Dette fordi ved prøvelse av en oppsigelse er det arbeidsgivers vurdering som skal være "fair" og ikke resultatet av denne.

4.4.5 Saksbehandling/ Fair Procedure

Av alle faktorer som den engelske domstolen kan ta i betraktning er det uten tvil arbeidsgiverens saksbehandling i forbindelse med en oppsigelse som er den viktigste. Arbeidsgiver må ha utøvet en "fair procedure" før han velger å si opp arbeidstakeren. Er dette ikke gjort vil ufallet ofte bli at oppsigelsen settes til side som "unfair."⁵³ Bakgrunnen for dette er at hvis arbeidsgiver ikke har foretatt seg noe i forkant av en oppsigelse er det grunn til å tro at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har vurdert situasjonen rundt oppsigelsen. Arbeidsgivers opptreden vil av den grunn ikke være "reasonable".

"Fair procedure" må i denne sammenheng skilles fra "the statutory minimum procedure" etter ERA s. 98A (1) som behandles nedenfor i punkt 5.1. Sistnevnte er en lovbestemt prosedyre for hvordan man formelt sett må gå frem ved en oppsigelse. Er ikke denne prosedyren fulgt vil oppsigelsen automatisk bli ansett som "unfair" Disse saksbehandlingsreglene kan sammenlignes med de formelle krav i norsk rett som må være oppfylt ved en oppsigelse, som for eksempel formkrav. De saksbehandlingskrav som omtales her trenger ikke få like stor konsekvenser som de lovbestemte. Dette kommer frem av ERA s. 98A (2). Her vises det til at dersom en arbeidsgiver har tilfredsstillt

⁵³ Locton s.207

saksbehandlingskravene etter loven, vil brudd på andre generelle prosedyrekrav være unnskyldt dersom arbeidsgiver klarer å bevise at resultatet hadde blitt det samme dersom de hadde blitt fulgt. Samlet sett vil det si at foruten de lovbestemte saksbehandlingskravene vil krav av dette slag i seg selv ikke være avgjørende i vurderingen av om en oppsigelse er ”unfair”

Elementer i en ”fair procedure” er langt på vei nedfelt i den engelske ACAS Code of practice.⁵⁴ Dette er retningslinjer for arbeidsgiverer i hvordan håndtere et velordnet arbeidsforhold og behandlingen av den enkelte arbeidstaker. Som retningslinjer vil de formelt sett ikke være bindende for arbeidsgivere, likevel slik at de er av sentral betydning ved vurderingen av arbeidsgivers opptreden ved oppsigelser. Disse retningslinjene er hovedsakelig ment å skulle gjelde for situasjoner der oppsigelsen har sin årsak i arbeidstakers oppførsel, men kan også i noen tilfeller anvendes på oppsigelsessaker der årsaken kan føres tilbake til arbeidstakers udugelighet.⁵⁵

For å tilfredsstillere kravet til en ”fair procedure” er det likevel enkelte prinsipper som er så elementære at de går igjen uansett årsak til oppsigelsen. Dette gjelder for det første prinsippet om *undersøkelsesplikt*. I denne sammenheng skal arbeidstakeren alltid bli informert og gis mulighet til å uttale seg. Videre gjelder det et prinsipp om *advarsel*. Ved tilfeller av tjenesteforseelse eller udugelighet skal arbeidsgiver gi arbeidstakeren en advarsel. Arbeidstakeren skal på denne bakgrunn gis en *forbedringsmulighet*. Hvor stort tidsrom dette beløper seg til avhenger av arbeidstakers tjenestetid og tidligere oppførsel. Ved tilfelle av udugelighet vil det være relevant å vite om arbeidstakeren har blitt gitt tilfredsstillende opplæring. Betydningen av dette momentet vil imidlertid avhenge av den forutsatte kunnskapen på ansettelsestidspunktet. Ble vedkommende ansatt nettopp fordi han hadde særskilte kvalifikasjoner vil opplæring på dette punkt ikke være forventet.⁵⁶

⁵⁴ Disciplinary and Grievance procedures – code of practice 1./Lauterburg s.349

⁵⁵ Bowers s.296.

⁵⁶ Pitt s.223.

Norsk rett legger også vekt på saksbehandlingen ved vurdering av oppsigelsens saklighet. Utgangspunktet er at det skal være foretatt en forsvarlig og individuell saksbehandling. En oppsigelse skal være overveid og saksbehandlingsreglene bidrar til dette. Arbeidsmiljøloven har lovfastsatte regler om hvordan man skal gå frem ved en oppsigelse jf. §§ 15-1 - 15-5. Disse blir behandlet særskilt under kap. 5 Imidlertid er de ikke uttømmende slik at domstolen på ulovfestet grunnlag vil prøve om arbeidsgiveren behandlet oppsigelsesspørsmålet forsvarlig. Momenter vil her være om arbeidstaker er gitt advarsel og forbedringsmuligheter, om det foreligger kompetansemangel, om kravet til habilitet er innfridd med mer.

At saksbehandlingsreglene ikke er fulgt kan gi sterke indikasjoner på at bedriften ikke i tilstrekkelig grad har vurdert situasjonen som førte til oppsigelse. At saksbehandlingen ikke er tilfredsstillende er likevel ikke i seg selv tilstrekkelig til at oppsigelsen må underkjennes. Dersom feil her skal vektlegges er det en forutsetning at det er rimelig grunn til å tro at resultatet ville blitt et annet om bedriften hadde gått frem på riktig måte.⁵⁷

Etter dette er det klart at saksbehandlingsreglene er sentrale i vurderingen både etter engelsk og norsk rett. Konsekvensen av å ikke følge reglene er i teorien den samme. I praksis synes regelen å kunne slå hardere ut i det engelske systemet. Dette fordi den engelske lovbestemmelsen i større grad fokuserer på arbeidsgivers opptreden og fremgangsmåte, mens etter norsk rett ligger fokuset på resultatet av oppsigelsen.

4.5 Tidspunktet for gyldighetsvurderingen

Både i engelsk og norsk rett er hovedregelen at vurderingen av om oppsigelsen var saklig eller ”fair” gjøres med utgangspunkt i forholdene på oppsigelsestiden. Vurderingen skal gjøres på bakgrunn av de grunner som var motiverende for oppsigelsesbeslutningen.⁵⁸

⁵⁷ Fanebust s.81

⁵⁸ Johnsen s.843

Det er derfor kun den årsaken som var kjent for arbeidsgiveren på tidspunkt for oppsigelsen som er relevant. Det vil si at dersom arbeidsgiver på oppsigelsestidspunktet ikke har en konkret årsak å vise til, likevel slik at det før saken kommer for domstolen dukker opp en årsak, vil oppsigelsen være ugyldig. Dette forhold vil ikke ha vært motiverende for oppsigelsen.⁵⁹

4.5.1 Opprinnelige og etterfølgende oppsigelsesgrunnlag

Et annet spørsmål er imidlertid om arbeidsgiver kan påberope seg ytterligere eller supplerende grunnlag for oppsigelsen enn det som først er meddelt.

I norsk rett kan dette besvares bekreftende.⁶⁰ Domstolen skal ta stilling til den årsak som reelt begrunnet oppsigelsen og ikke hva som ble påberopt. Selv om det påberopte grunnlag formelt sett vil holde som begrunnelse kan oppsigelsen likevel bli kjent usaklig fordi begrunnelsen reelt sett ikke var motiverende. Dege (Dege 2003) mener videre at på tilsvarende måte vil en oppsigelse ikke bli kjent usaklig hvis den formelt oppgitte begrunnelsen ikke er saklig, men den reelle grunnen er det.⁶¹ Også Jakhelln mener dette må være tilfellet.⁶² Fanebust (Fanebust 2001) mener derimot at utgangspunktet er det motsatte. Imidlertid er han enig at det vil være unødvendig å gjøre oppsigelsen ugyldig i disse tilfeller og foreslår en mellomløsning ved å gi dom for erstatning.

Arbeidsgiveren har imidlertid bevisbyrden for at det ytterligere oppsigelsesgrunnlaget har vært reelt og motiverende. Bevisbyrden vil være strengere enn normalt og blir tyngre jo lengre tid som går før ytterligere oppsigelsesgrunnlag fremkommer.

⁵⁹ Lockton s.90/Fanebust s60.

⁶⁰ Johnsen s.843

⁶¹ Dege s.833

⁶² Johnsen s.834

I engelsk rett vil dette være vanskeligere å få gjennomslag for. En domstol er ikke berettiget til å finne en oppsigelse gyldig på et grunnlag som ikke er uttalt i oppsigelsen når de ulike grunnlagene kan føres tilbake på forskjellig faktum. En dom til illustrasjon er *Hotson v Wisbech Conservative club*⁶³. Hotson var sagt opp fra sin stilling begrunnet med ”incapacity”, oversatt på norsk, udugelighet. Begrunnelsen var gitt i oppsigelsesbrevet. Den reelle årsaken til han ble sagt opp var imidlertid uærlighet. Domstolen godtok ikke at arbeidsgiver kunne endre sitt grunnlag. Dette ble grunnlagt med at det ikke gav arbeidstakeren tilstrekkelig mulighet til å møte påstanden. En annen sak er imidlertid der faktum er det samme, men arbeidsgiver endrer betegnelsen på grunnlaget. Dette vil domstolen godta. Således vil et grunnlag betegnet som ”redundancy” fritt kunne endres til ”some other substantial reason” dersom det faktiske grunnlaget er det samme.

Et annet spørsmål er hvorvidt arbeidsgiver kan påberope seg etterfølgende omstendigheter som var ukjent for arbeidsgiver da oppsigelsen ble gitt.

I norsk rett kan dette være tilfellet i noen situasjoner. Forutsetningen er at de etterfølgende omstendighetene er av samme art som de omstendigheter oppsigelsen er begrunnet med.⁶⁴ Har arbeidsgiver påberopt seg illojalitet som årsak til oppsigelsen kan dermed etterfølgende omstendigheter som underbygger denne illojaliteten påberopes. Hvorvidt disse omstendighetene er fra et tidligere tidspunkt, men oppdages senere eller om det er forhold som har inntrådt etter dette tidspunkt vil da være uten betydning.

I England er det strengere regler på hvilke omstendigheter som kan tas i betraktning. Hovedregelen om at kun de omstendigheter som var kjent for arbeidsgiveren på tidspunktet for oppsigelsen skal tas i betraktning praktiseres strengt. Omstendigheter som inntreffer etter oppsigelsen skal derfor ikke være en del av vurderingen.⁶⁵ Dette gjelder selv om de etterfølgende omstendigheter kan belyse riktigheten av oppsigelsen. Dersom en

⁶³ [1984]I.R.L.R.422

⁶⁴ Johnsen s.844

⁶⁵ Se *Devis v Atkins* [1977]I.R.L.R.314

arbeidstaker blir oppsagt pga. en påstått kriminell handling vil den etterfølgende utvikling for eksempel at vedkommende ble dømt for handlingen ikke kunne tas i betraktning ved vurderingen av rimeligheten av arbeidsgivers avgjørelse. Også omstendigheter som blir tilgjengelig for arbeidsgiveren etter oppsigelsen kan ikke tas i betraktning. Dette gjelder uansett om informasjonen inneholder bevis for påstanden og disse forelå på et tidspunkt forut for oppsigelsen.⁶⁶

4.6 Faktisk grunnlag

Ved oppsigelsestvister strides det ofte om hva som rent faktisk har skjedd. Arbeidsgiver hevder for eksempel at arbeidstaker har møtt på jobb i beruset tilstand, mens arbeidstakeren benekter dette. Partene vil derimot ofte være enige om hva som ligger i lovens krav om saklig oppsigelse. Domstolen må i disse tilfellene ta stilling til hva som har skjedd, faktum i saken. Det er arbeidsgiveren som må sannsynliggjøre at de faktiske omstendighetene er riktige. Dette kommer ikke frem av lovteksten, men følger av praksis.

Både i England og Norge er saksbehandlingen i forbindelse med arbeidsgivers oppsigelse ansett som et viktig element. Dette være seg arbeidsgivers undersøkelser i forkant og drøftelser med arbeidstakeren. Er saksbehandlingen ikke tilfredsstillende kan det gi seg utslag i uriktig eller ufullstendig faktisk grunnlag. Feil i saksbehandlingen kan føre til at oppsigelsen blir satt til side.⁶⁷ Saksbehandlingsreglene er nærmere behandlet under punkt 4.5.5 og under kap. 5.

Etter norsk rett er det imidlertid ikke et krav om at det må foreligge saksbehandlingsfeil med hensyn til faktum for at oppsigelsen skal kunne settes til side på dette grunnlag. Selv om det ikke er noe å utsette på arbeidsgivers saksbehandling kan en oppsigelse settes til side pga. svikt i det faktiske grunnlaget som oppsigelsen bygger på. Viser det seg i ovenfor

⁶⁶ Anderman s.137

⁶⁷ Fanebust s.82

nevnte eksempel at arbeidsgiver har tatt feil, arbeidstakeren var ikke beruset, vil grunnlaget for oppsigelsen svikte og som hovedregel vil oppsigelsen derfor være usaklig. På denne bakgrunn kan det sies at det er arbeidsgiver som har risikoen hvis det faktiske grunnlag svikter, selv om ingenting er å bebreide.⁶⁸

I engelsk rett er dette noe annerledes. Avhengig av det påståtte grunnlaget for oppsigelsen kan det arbeidsgiveren subjektivt trodde var faktum holde som grunnlag for oppsigelse, selv om det i ettertid skulle vise seg å være feil. Dette gjelder imidlertid kun der grunnlaget for oppsigelsen er relatert til arbeidstakers oppførsel eller dugelighet.⁶⁹ Saken *Trust Houses Forte Leisure Ltd v Aquilar*⁷⁰ er til illustrasjon. Arbeidstakeren var sagt opp for å ha bedratt kunder. Arbeidstakeren påstod her at det var nødvendig for arbeidsgiver under testen i 98 (1) å bevise at arbeidstakeren faktisk var skyldig i den påståtte oppførsel. Dette avviste retten og forklarte at det var nok at arbeidsgiver beviste at *hans syn* på arbeidstakers oppførsel var grunnen til oppsigelsen. Retten uttaler:

”The reason for the dismissal was the misconduct of Mr. Aquilar in the sense that it was the employer’s belief in that conduct that led them to dismiss him”

Imidlertid er det klart at i saker hvor arbeidsgivers subjektive syn er akseptert kreves det bevis for at dette var den oppriktige oppfatning. Både mistenkelighetene og troen på dette må virke ”reasonable”.⁷¹ Det stiller derfor krav til arbeidsgivers undersøkelse av de faktiske omstendigheter. Har ikke arbeidsgiver vist evne og vilje til å undersøke saken på en tilfredsstillende måte og heller ikke supplert med bevis for det syn han har inntatt vil dette ikke tilfredsstillende lovens krav.

⁶⁸ Fanebust s.82

⁶⁹ Anderman s.120

⁷⁰ [1976]I.R.L.R.186

⁷¹ Anderman, s.121

Engelsk og norsk rett har på dette punkt forskjellig praktisering i spørsmålet om de faktiske forholds betydning ved overprøving av en oppsigelse. I Norge vil en svikt i det faktiske grunnlag som hovedregel føre til at oppsigelsen settes til side som usaklig. I England kan et uriktig faktum likevel gi grunnlag for en "fair" oppsigelse dersom arbeidsgiver har gjort en forsvarlig saksbehandling.

4.7 Oppsummering.

Ved en gjennomgang og sammenligning av lovbestemmelsene slik de er nedfelt i de enkelte lands lovgivning er det ulikheter å spore. Begge lovbestemmelsene legger til grunn den internasjonale retningslinjen om at oppsigelser må ha "valid reason" likevel slik at de har valgt ulike måter å tilfredsstille kravet.

Lovbestemmelsene for det første utformet på ulikt vis. Den engelske lovbestemmelsen er systematisert, utfyllende og detaljrik ved at den inneholder opplysninger om fremgangsmåten ved vurderingen av om det foreligger "unfair dismissal". Videre er det i lovbestemmelsen inntatt forklaringer på hvordan sentrale begreper er å forstå. Dette er med på å begrense mulige tolkningsspørsmål. Den norske lovbestemmelsen inneholder ingen slike retningslinjer. En mulig forklaring på ulikhetene på dette punkt er lovforarbeidenes betydning som rettskildefaktor i henholdsvis England og Norge. Som nevnt tidligere anerkjenner ikke det engelske lovsystemet forarbeider som en rettskilde. På det tidspunkt lovbestemmelsen er vedtatt vil forarbeidene ikke lenger kunne påvirke forståelsen av lovbestemmelsen. Lovgivers mulighet til å gi retningslinjer på hvordan lovbestemmelsen er å forstå må av den grunn gjøres uttrykkelig i lovteksten. At lovteksten er mer utfyllende gjør det i tillegg lettere for den alminnelige befolkning å forstå innholdet av bestemmelsen. I Norge er lovforarbeidene en vektlagt rettskilde som er med på å belyse bestemmelsens innhold. Det som ikke kommer frem av lovbestemmelsen kan ofte være presisert i forarbeidene. Følgen er at lovtekstens innhold ikke blir like tilgjengelig for allmennheten.

For det andre er bestemmelsen ulik når det kommer til gyldighetskravets utgangspunkt. I norsk rett skal utgangspunktet tas i en objektiv vurdering av det motivet som lå bak

oppsigelsen. Spørsmålet er om motiver er tilstrekkelig saklig til å rettferdiggjøre en oppsigelse tatt i betraktning omstendighetene rundt. I henhold til den engelske lovbestemmelsen er det arbeidsgivers opptreden i forbindelse med oppsigelsen som skal evalueres. Spørsmålet er om arbeidsgiver opptrådte ”reasonable”. Resultatet av denne er av mindre betydning.

For det tredje synes det å være ulikheter hva gjelder tidspunktet som skal ligge til grunn for vurderingen. Hovedregelen er imidlertid den samme i begge rettssystemer. Vurderingen skal skje på grunnlag av forholdene på oppsigelsestidspunktet. I Norge er det på enkelte punkter gjort unntak fra denne hovedregelen når det gjelder etterfølgende informasjon og inntrådte omstendigheter. I England er det kun de forhold og den informasjonen arbeidsgiver visste eller burde vite om på oppsigelsestidspunktet som skal legges til grunn. En annen ting er at etter engelsk rett kan arbeidsgivers subjektive oppfatning av et faktisk forhold legges til grunn selv om det viser seg å være feil. Etter norsk rett vil en feil i de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for oppsigelsen som regel gjøre en oppsigelse usaklig. Særlig ved svikt på avgjørende punkter.

Ut fra de sammenligninger og vurderinger som er gjort ovenfor er det tydelig at oppsigelsesvernet har styrker og svakheter i begge rettssystemer. Imidlertid synes det som om det norske systemet er mer upartisk ved at det er utenforstående tredjemenn, i denne sammenheng domstolen, som vurderer oppsigelsens gyldighet. Bedømmelsen etter det engelske systemet skjer ved at det er de fornuftige arbeidsgiverne selv som indirekte bestemmer hva som vil være ”reasonable” i situasjonen. Spørsmålet som kan stilles er hvorvidt en såkalt fornuftig arbeidsgiver likevel alltid opptrer riktig.

Selv om bestemmelsene omtalt overfor er de sentrale i oppsigelsesvernet er det knyttet viktige rettigheter til bestemmelsen som vil innvirke på vernet i sin helhet. Disse vil bli behandlet i det følgende.

5 Behandlingen av oppsigelsessaker

5.1 formelle krav

Formelle krav tilknyttet oppsigelsen er eksplisitt nedfelt i begge lands lovgivning.

Etter norsk rett er saksbehandlingsreglene en viktig del av saklighetskravet.⁷² Lovgiver har funnet det hensiktsmessig å lovregulere enkelte krav til saksbehandling og konsekvenser dersom disse ikke følges. For det første foreligger det en *drøftingsplikt* jf aml. § 15-1. Dette innebærer at før arbeidsgiver fatter en beslutning om oppsigelse skal spørsmålet drøftes med arbeidstaker så langt dette er praktisk mulig. Kravet er strengt og kan kun i særlige tilfeller fravikes der det er forhold på arbeidstakers side som gjør det vanskelig å gjennomføre. For det andre er det et krav om *skriftlighet* ved oppsigelse fra arbeidsgiver og at den skriftlige oppsigelsen skal inneholde visse opplysninger. Dette kravet er nedfelt i § 15-4. Dette skal være opplysninger om arbeidstakers rett til å kreve forhandling og en eventuell klagemulighet. Videre skal oppsigelsen inneholde opplysninger om retten til å fortsette i stillingen under behandling av saken, hvilke frister som gjelder og hvem som er rett saksøkt i en eventuell tvist.

I den engelske lovgivning er det nedfelt saksbehandlingsregler i forbindelse med oppsigelse i ERA s. 98A(1) jf Employment Act 2002 part 1 of schedule 2. Arbeidsgiver må her følge en tre stegs prosedyre etter loven. For det første må arbeidsgiver skriftlig informere arbeidstaker om de omstendigheter som leder til en mulig oppsigelse og innkalle til et møte for drøftelse. For det andre skal dette møtet gjennomføres før en beslutning tas og videre skal arbeidstakeren i denne forbindelse ha en mulighet til å klage på avgjørelsen.

⁷² Rt.1966s.393.

Bestemmelsen trådte i kraft så sent som i 2003. Formålet med regelen er at å redusere antall saker for domstolen og derav spare kostnader.

Reglene om saksbehandling er på mange måter sammenlignbare i engelsk og norsk lovgivning. Det er i begge rettssystemer en drøftelsesplikt i forkant av oppsigelsen. I England skal innkallelse til dette skje skriftlig. Hensikten med bestemmelsen er å sikre at alle opplysninger er kommet frem og at arbeidsgiver foretar en overveid handling. Videre skal det sikre at alternative løsninger enn oppsigelse er vurdert. I begge rettssystemer er det også et krav at det skal gis opplysninger om klagemuligheter. I Norge skal dette gjøres skriftlig, mens det i England ikke er et slikt krav.

Etter engelsk rett er det et krav til arbeidsgiver om skriftlig å informere om de omstendigheter som er grunnlaget for en mulig oppsigelse. Dette skal skje før en avgjørelse er tatt. I norsk rett er dette et krav kun dersom arbeidstaker ber om det jf aml § 15-4(3) og opplysninger om dette kommer da i etterkant av oppsigelsesbeslutningen.

Skriftlighetskravet i norsk rett gjelder når arbeidsgivers har besluttet å foreta en oppsigelse. Oppsigelsen må oppfylle visse krav for å være gyldig. I engelsk rett er det derimot kun et skriftlighetskrav i forkant av en mulig oppsigelse. Her skal det informeres om årsaken til en eventuell oppsigelse. Dette skal sendes arbeidstaker sammen med en invitasjon til drøftelsesmøte. Avgjørelsen om oppsigelse kan derimot gis muntlig i etterkant av drøftelsesmøtet jf Employment Act s. 29.

I Norge må arbeidsgiver videre gi skriftlig opplysning om retten til å stå i stillingen ved tvist. I England har arbeidstaker ikke en slik rettighet.

Sammenfattet kan det sies at ulikhetene vises gjennom ulike skriftlighetskrav og ulike regler i forbindelse med tidspunkter for når informasjon skal fremlegges. I England er det i større grad fokusert på å utarbeide formelle regler som må følges *forut* for en avgjørelse,

mens det i norsk rett foreligger regler som må følges *etter* at arbeidsgiver har tatt en avgjørelse om oppsigelse.

5.2 Virkninger av brudd på de formelle krav

Virkningene av brudd på de formelle reglene er noe forskjellig i de to rettssystemene. I norsk rett vil et brudd på drøftelsesplikten forut for en oppsigelse ikke i seg selv medføre at oppsigelsen er usaklig. Bestemmelsen er en ordensregel. Kun dersom det må antas at avvik fra regelen har hatt innflytelse på beslutningens innhold vil oppsigelsen kunne settes til side som usaklig.⁷³

Etter engelsk rett vil et brudd på drøftelsesplikten automatisk føre til at oppsigelsen settes til side som ”unfair”. Dette fremkommer uttrykkelig av ERA s.98A(1). Denne virkningen gjelder generelt for de lovfastsatte saksbehandlingsreglene. Det vil si at dersom en arbeidstaker har blitt oppsagt før de lovbestemte prosedyrene er gjennomført og denne ikke-gjennomføringen helt eller delvis kan føres tilbake til arbeidsgiveren, vil oppsigelsen måtte settes til side som ”unfair”.⁷⁴ I tillegg vil arbeidstakeren, ved brudd på de formelle reglene, ha krav på lønning tilsvarende fire ukers arbeid. Dette er en særlig virkning og kommer i tillegg til det generelle krav arbeidstakeren har på erstatning ved ”unfair dismissal” jf ERA s.112(5)(b).

Brudd på skriftlighetskravet vil i norsk rett kunne medføre store konsekvenser.

For det første vil de alminnelige søksmålsfrister som gjelder for å få prøvet lovligheten av oppsigelsen ikke komme til anvendelse ved brudd på de formelle regler jf § 15-5. Den viktigste virkningen er imidlertid at om arbeidstakeren går til søksmål innen fire måneder etter at oppsigelsen fant sted, skal oppsigelsen som hovedregel kjennes ugyldig. Unntak fra dette kan kun gjøres dersom det foreligger omstendigheter som gjør dette åpenbart urimelig jf § 15-4(1). Formfeil som ikke har hatt betydning for arbeidstakeren vil være et typisk

⁷³ Jakhelln s.358

⁷⁴ Bowers s.312

eksempel. Praksis viser at dersom den oppsagte tar kontakt med advokat umiddelbart etter oppsigelsen, vil hans interesser være tilstrekkelig ivaretatt og formfeil uten betydning. Dette gjelder også dersom arbeidstakeren av andre grunner har kjennskap til lovens regler.⁷⁵

Som vi ser er virkningene av at de formelle krav ikke er overholdt betydningsfulle i begge lands rettssystemer, likevel slik at England på dette punkt har lagt seg på en strengere linje enn hva som er tilfellet i Norge. Etter engelsk rett finnes det ikke unntak fra ugyldighetsregelen slik det opereres med i Norge. Videre utdeles det en tilleggskompensasjon der oppsigelsen er "unfair" på bakgrunn av ikke - overholdt formregler. Slik er det ikke i Norge.

5.3 Retten til å kreve forhandlinger/anke over oppsigelsesbeslutningen

Både etter engelsk og norsk lovgivning har arbeidstakeren, etter en beslutning om oppsigelse, en rett til å kreve forhandlinger. Dette er uttrykt noe forskjellig i de respektive lover, men regelen synes imidlertid å være sammenfallende.

Etter norsk rett gir § 17-3 arbeidstaker som vil gjøre gjeldende at oppsigelsen er ulovlig en rett til å kreve forhandlinger med arbeidsgiver. Hensikten med bestemmelsen er å gi den enkelte mulighet til å avklare hvorvidt det kan være grunnlag for å få saken prøvet for domstolen. Kravet må leveres arbeidsgiver skriftlig og innen 14 dager fra arbeidstaker mottok oppsigelsen. Bestemmelsen inneholder imidlertid ingen plikt til å kreve forhandlinger. Arbeidstaker kan bringe saken direkte inn for retten. Dersom det er tilfellet kan imidlertid arbeidsgiver kreve forhandlinger med plikt for arbeidstaker å delta.

Ifølge Employment Act 2002 sc.2 chapter 2 kan arbeidstakeren anke over beslutningen om oppsigelse. Vedkommendes ønske om å anke må informeres til arbeidsgiveren og arbeidsgiveren må på denne bakgrunn invitere til et nytt møte der avgjørelsen blir tatt opp

⁷⁵ NAD 1981-83 s.672.

til fornyet behandling. Dette møtet må finne sted før oppsigelsen blir effektivisert. I motsetning til den norske bestemmelsen kan ikke arbeidstaker gå til domstolen før ankeforhandlingen er gjennomført. Hensikten med bestemmelsen er å begrense saker som kommer for retten, og gi partene en ny mulighet til å løse tvisten utenrettslig.⁷⁶

Bestemmelsene har noen ulikheter hva gjelder utforming og innhold, likevel slik at det overordnede formål med bestemmelsene er sammenfallende - å få løst konflikten uten å trekke inn domstolen. I den engelske bestemmelsen er dette i større grad synliggjort da den utgjør første steg i ankeprosessen. Forhandlinger etter norsk rett er ikke et nødvendig mellomsteg, likevel vil den i realiteten være det pga. arbeidsgivers rett til å gjennomføre forhandlingene der arbeidstaker ikke krever dette.

5.4 Retten til å stå i stillingen

Etter norsk rett har arbeidstakeren en rett til å stå i stillingen under sakens gang. Den norske arbeidslovgivningen er særegen på dette punkt. Etter engelsk rett må arbeidstakeren fratre i det øyeblikk oppsigelsestiden er ute.

Regelen følger av aml § 15- 11 og var en viktig nydannelselse da den kom i 1977. Forutsetningen er at søksmål er reist innen de angitte frister i § 15- 3 og at det er nedlagt påstand om ugyldighet.

Retten kan gjøre unntak fra regelen dersom det vil føre til et urimelig resultat, jf § 15-11(2). At det foreligger et motsetningsforhold mellom partene er ikke et godt nok grunnlag, da dette vil være en naturlig følge av tvisten. Retten må foreta en konkret interesseavveining der fratreden kun skal skje unntaksvis.

Retten til å stå i stillingen er av vesentlig betydning for arbeidstakeren. Regelen innebærer at den oppsagte har rett til å utføre arbeid så lenge tvisten pågår og arbeidsgiveren har plikt

⁷⁶ Bowers s.321

til å utbetale lønn. Rettigheten sikrer for det første kontinuitet i arbeidsforholdet. Videre gjør den det lettere å fastholde stillingen dersom oppsigelsen blir tilsidesatt. For arbeidstakeren er denne retten den viktigste brikken ved forhandlinger om oppsigelse. Ofte tar det lang tid før en rettskraftig dom foreligger, og lønnsplikten vil av den grunn være en økonomisk belastning for arbeidsgiver. Ved et forlik kan saksbehandlingstiden av den grunn brukes som et argument ved forhandlinger om størrelsen på en økonomisk kompensasjon.

Dette punktet synliggjør en merkbar ulikhet i den norske og engelske lovgivningen som påvirker graden av arbeidstakervernet. Utslaget er særlig tydelig når det kommer til virkningene av at det foreligger en usaklig oppsigelse. Dette skal behandles i det følgende og konsekvensen av retten til å stå i stillingen vil da bli kommentert.

6 Virkninger av en ulovlig oppsigelse

6.1 Innledning

Spørsmålet i dette kapittelet er hvilke virkninger som følger ved en ugyldig oppsigelse. Her har begge rettssystemer klare regler på hvilke rettigheter en arbeidstaker har. Hvilke regler dette er og hvordan de blir praktisert skal illustreres i det følgende.

6.1.1 Hovedgrupper av virkninger

I norsk rett kan virkningene av en usaklig oppsigelse deles inn i to hovedgrupper. For det første vil en arbeidstaker kunne kreve at oppsigelsen kjennes ugyldig jf aml § 15-12(1). Dette innebærer at arbeidstakeren skal fortsette i stillingen⁷⁷ og vedkommende skal bli behandlet som om en oppsigelse aldri hadde funnet sted. Arbeidsforholdet skal bestå. For det andre kan arbeidstakeren kreve erstatning jf. bestemmelsens andre ledd. Den ene virkningen utelukker imidlertid ikke den andre slik at arbeidstakeren kan velge både å kreve ugyldighet og erstatning.

I engelsk rett er virkningene av "unfair dismissal" inndelt i tre hovedgrupper jf. ERA s 114, 115 og 118. Den engelske domstolen kan for det første beordre arbeidstakeren gjeninnsatt i arbeidet. På engelsk kalt "an order of reinstatement". Arbeidsgiver må her behandle arbeidstaker som om en oppsigelse aldri hadde funnet sted. Engelsk og norsk rett er her sammenlignbare. For det andre kan en domstol alternativt gi "an order of re-engagement". Dette er en mer fleksibel løsning og betyr at arbeidstakeren ikke nødvendigvis kommer tilbake til sin opprinnelige stilling. Arbeidstaker kan bli satt i en annen stilling med andre egnede oppgaver. Arbeidstakeren kan bli gjeninnsatt hos samme arbeidsgiver eller en

⁷⁷ Ot.prp. nr.41(1974-76)s.75

arbeidsgiver i en tilknyttet bedrift. Med andre ord vil arbeidstaker i en slik situasjon måtte innfinne seg med nye arbeidsoppgaver, nye medarbeidere og eventuelt en ny arbeidsgiver. Dette alternativet kan være en løsning i de tilfeller der gjeninnsettelse er praktisk lite gjennomførbart tatt i betraktning forholdet til arbeidsgiveren og de øvrige ansatte. En tredje virkning er at retten kan tilkjenne arbeidstakeren erstatning jf ERA s 118 og 119.

6.1.2 Forholdet mellom "reinstatement" og retten til å fortsette i stillingen.

Det norske og engelske stillingsvernet har en markert ulikhet på et punkt. Dett er omtalt ovenfor i punkt 5.4 og gjelder arbeidstakers rett til å stå i stillingen under en oppsigelsestvist jf § 15-11. Da dette ikke er en rettighet etter engelsk lovgivning vil arbeidstakeren av den grunn alltid måtte fratre arbeidet under en tvist. Uttrykket "reinstatement" er derfor benyttet for å uttrykke at arbeidstakeren, ved en ugyldig oppsigelse, skal *returnere* til det arbeidet han hadde før oppsigelsen. I norsk rett er hovedregelen at arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen under søksmålet. Ved en dom for ugyldig oppsigelse vil arbeidstakeren aldri ha vært ute av arbeidet og det vil av den grunn ikke være snakk om en gjeninntredelse, men en *fortsettelse* i den stillingen han er i.

Har retten av en eller annen grunn truffet kjennelse om fratreden under saken etter § 15-11 (2) vil ugyldighetsvirkningen derimot være som i engelsk rett, at arbeidsgiver er pliktig til å gjeninnta vedkommende i stillingen. Er ikke dette mulig, for eksempel fordi stillingen i mellomtider er besatt av en annen, fremkommer det av forarbeidene⁷⁸ at en ugyldighetsdom likevel vil kunne avsies dersom det finnes en "tilsvarende stilling". Dette vil for eksempel være tiltredelse i samme stilling, men ved andre filialer eller avdelinger. Dette alternativet synes å være snevrere enn overfor omtalte "re-engagement" etter engelsk rett der arbeidstakeren vil kunne bli gjeninnsatt til en annen stilling.

⁷⁸ Ot.prp. nr.41(1975-76)s.78

6.1.3 Prosessuelle spørsmål

I begge lands rettsystemer stilles det krav til søksmålsfrister for å fremsette ugyldighetsvirkninger.

Etter norsk rett må søksmålet fremmes innen en frist på åtte uker regnet fra forhandlingens avslutning, jf. aml. § 17-4 (2). Er ikke forhandlinger holdt er fristens utgangspunkt oppsigelsestidspunktet. Dersom arbeidstakeren kun krever erstatning er søksmålsfristen seks måneder jf. bestemmelsens første ledd. Kravet til arbeidstakers gjeninntreden tilsier en rask saksgang.

I den engelske lovgivningen må søksmål reises innen tre måneder etter utløpet av oppsigelsestiden. Oppsigelsestiden er avhengig lengden på utført tjenestetid der man har krav på en ukes avviklingstid pr. år i tjeneste ved tjenestetid over to år. En arbeidstaker ansatt i fem år har derfor en oppsigelsestid på fem uker og søksmålsfristen løper fra utløpet av denne perioden. Et vanskelig tolkningsspørsmål kan imidlertid oppstå ved det tilfellet at arbeidsgiver sier opp arbeidstakeren og vedkommende må gå på dagen, men får lønn i oppsigelsestiden. Står vi overfor et umiddelbart opphør eller fritak for arbeidsytelse i oppsigelsestiden? Her viser jeg til punkt 1.4.3.1 hvor problemstillingen er behandlet.

Etter norsk rett er det en forutsetning for å kreve ugyldighet at arbeidstaker har nedlagt påstand om det, jf. aml § 15-12 (2) Etter engelsk rett vil gjeninntreden bli tatt i betraktning dersom arbeidstaker på spørsmål fra retten uttrykker et ønske om dette jf. s 112 (2)(b). Spørsmål om erstatning har retten plikt til å ta stilling til dersom gjeninntreden ikke blir beordret uavhengig av om det er nedlagt påstand om det.

6.2 Hovedregel – fortsettelse eller gjeninntredelse i stillingen

Både etter den engelske og norske lovgivningen er hovedregelen at arbeidstakeren skal fortsette eller gjeninntas i stillingen ved en ugyldig oppsigelse. Tanken bak regelen er at en slik løsning vil styrke og effektivisere arbeidstakers stillingsvern.

Arbeidstakers rett til å fortsette eller gjeninntre i stillingen ved en ugyldig oppsigelse synes imidlertid å være større etter den norske lovgivningen enn etter den engelske. Dette fordi den norske bestemmelsen kun åpner for å avvike hovedregelen dersom retten finner det ”åpenbart urimelig”⁷⁹ at arbeidsforholdet fortsetter. Dette må i tillegg følge av en påstand fra arbeidsgiver. Unntaksregelen er å betrakte som en sikkerhetsventil og skal bare anvendes i særlige tilfeller.⁸⁰ Vurderingen skal skje etter en konkret avveining av partenes interesser.

Etter den engelske bestemmelsen har retten større diskresjon i hvorvidt det skal beordres gjeninnsettelse etter et ønske fra arbeidstaker. Dette følger av bestemmelsens ordlyd ”may make”.⁸¹ Arbeidstakers ønske er her kun et moment i den helhetsvurderingen retten skal foreta. Andre momenter som skal tas i betraktning er om det er praktisk gjennomførbart og om det faktisk vil være rettferdig overfor arbeidsgiveren å kreve gjeninnsettelse. Disse momentene er uttrykkelig nedfelt i ERA s 116 (1) a, b, c. Adgangen til å avvike hovedregelen er av den grunn betydelig større i engelsk rett. Dersom retten etter en helhetsvurdering kommer til at et krav om gjeninnsettelse ikke vil være passende, skal retten etter en ny vurdering med de samme momenter avgjøre hvorvidt det i stedet er passende å kreve ”re-engagement”.

At arbeidstakere etter den norske lovgivningen i større grad blir hørt med ønsket om å beholde stillingen har sammenheng med deres rett til å stå i stillingen under saken. Retten

⁷⁹ aml § 15-12

⁸⁰ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

⁸¹ ERA s.112(3)

til å stå i stillingen gjør det lettere å gjennomføre ugyldighet som en virkning. Stillingen er ikke blitt besatt på nytt og arbeidstakeren har jobbet på arbeidsstedet under tvisten. At forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver har blitt dårligere som følge av tvisten vil etter forarbeidene⁸² ikke være nok til at hovedregelen kan fravikes. I de tilfeller hvor arbeidstaker har vært borte fra stillingen og hvor en annen fungerer i denne vil et opphør av arbeidsforholdet derimot kunne rettferdiggjøres. Retten til å stå i stillingen etter norsk rett styrker i stor grad arbeidstakers posisjon ved en usaklig oppsigelse, og gir et synbart utslag sammenlignet med det engelske vernet på dette punkt.

6.3 Erstatning

Selv om arbeidstakeren som hovedregel skal fortsette i arbeidsforholdet ved dom for usaklig oppsigelse er det tildeling av erstatning som blir utfallet i majoriteten av sakene.

6.3.1 Erstatningsreglene

Etter norsk rett kan arbeidstakeren i tillegg til ugyldighet kreve erstatning. Arbeidstakeren kan også begrense søksmålet til kun å gjelde et krav om erstatning. Dette kommer frem av aml. § 15-11 annet ledd.

Etter engelsk rett kan en arbeidstaker ikke både få innfridd ønske om gjeninnsettelse etter ERA s. 114 og erstatning etter ERA s. 118 til 124. Dette kommer frem av lovens s. 112;

”If no order[of reinstatement] is made under section 113, the tribunal shall make an award of compensation for unfair dismissal....”

Som lovteksten uttrykker er gjeninnsettelse og erstatning alternative virkninger. Dette betyr imidlertid ikke at en arbeidstaker som blir gjeninnsatt ikke får en økonomisk kompensasjon. Siden arbeidstakeren ved gjeninnsettelse i arbeidet skal bli behandlet som

⁸² Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

om en oppsigelse aldri hadde funnet sted innebærer dette at arbeidstakeren automatisk får erstatning for lønn i tiden vedkommende var borte. Videre vil vedkommende få erstatning for andre tapte goder som bonuser, lønnstillegg og pensjonspoeng i den aktuelle perioden. Dette er uttrykt i ERA s.114 (2)(3). Har arbeidstakeren fått ytelser som følge av oppsigelsen, for eks. dagpenger, skal dette imidlertid trekkes fra ved utregningen jfr. bestemmelsens fjerde ledd. Med dette understrekes det at arbeidstakeren ikke skal bli tilgodesett i større grad enn om arbeidsforholdet aldri hadde opphørt.

I de tilfeller der retten ikke beordrer arbeidsgiveren om å ta tilbake arbeidstakeren så skal retten i stedet tilkjenne en erstatningssum til arbeidstakeren. Det er dermed ikke et vilkår at arbeidstakeren selv krever dette slik det er etter norsk rett.

6.3.2 Erstatningsutmålingen.

Bestemmelsene som regulerer erstatningsutmålingen i oppsigelsessaker er av svært ulik karakter i engelsk og norsk rett. Dette gjelder både utformingen av lovbestemmelsene og dets innhold.

Reglene i norsk rett er basert på en ren skjønnsmessig utmåling som retten skal foreta. Bestemmelsen i § 15-12 (2)2. pkt lyder:

” Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.”

Bestemmelsen gir retten stor diskresjon i erstatningsutmålingen. Den gir videre uttrykk for at utmålingen ikke begrenses til å gjelde det økonomiske tapet arbeidstakeren er påført. Også forhold av ikke-økonomisk kan iberegnes. Dette er understreket i forarbeidene⁸³ der det uttales at erstatningen skal være en ”billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold

⁸³ Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

skal tas i betraktning”. Dette vil være en erstatning for selve krenkelsen ved oppsigelsen. Videre kan denne erstatningen også ses på som en slags straffereaksjon mot arbeidsgiver som følge av den urettmessige handlingen en usaklig oppsigelse representerer. I praksis er det imidlertid forutsatt at tilkjenning for ikke – økonomiske skade forutsetter at oppsigelsen skiller seg fra ”normaltilfellet”.⁸⁴ Eksempler på slike tilfeller kommer jeg nærmere innpå nedenfor under punk 6.3.2.1 Erstatningen kan av den grunn overstige det økonomiske tap. Det er videre ingen forutsetning for erstatning etter arbeidsmiljøloven at det er påvist skyld.

I norsk rett er det er ingen nedre grense for tilkjenning av erstatning. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene at der det ikke er særlig å bebreide arbeidstaker skal tilkjent erstatning ikke være mindre enn det økonomiske tap arbeidstaker har lidt.

Andre momenter som skal tas i betraktning i helhetsvurderingen er tapt lønn, fremtidig tap sammenholdt med utsikter til nytt eller annet arbeid.⁸⁵ Ved fastsettelse av erstatningen gjelder det heller ingen grense oppad for erstatningens størrelse.

I ERA er erstatningsutmålingen nøye regulert. I følge s.118 består utmålingen av to komponenter. For det første gis det en standard erstatning, på engelsk kalt ” basic award”, og for det andre gis det en skjønnsbasert erstatning kalt ”compensatory award”. Disse vil i det følgende bli behandlet separat.

a) ”Basic award”

Denne erstatningen blir kalkulert etter klare regler i lovgivningen jfr ERA s. 119. Det er en standart utmåling basert på objektive kriterier. Utmålingen skjer på den måten at det tas utgangspunkt i arbeidstakers gjennomsnittlige brutto ukelønn som multipliseres med antall år i tjeneste som igjen multipliseres med ½, 1 eller 1 ½ avhengig av arbeidstakers alder. Jo høyere alder desto høyere blir erstatningen. Tjenestetiden begrenses oppad til 20 år. Erstatningen kan imidlertid reduseres prosentvis ved tilfeller der arbeidstakeren uten grunn har avvist et tilbud om gjeninnsettelse fra arbeidsgiveren eller arbeidstakers oppførsel

⁸⁴ Fanebust s.359

⁸⁵ Jakhelln s.403.

tilsier en reduksjon i standard erstatningen. Et eksempel på sistnevnte vil være der arbeidstakeren selv er noe å bebreide for oppsigelsen.

b) ” The compensatory award”

Dette er en skjønnsmessig erstatning som retten kan tilkjenne i tillegg til ”the basic award”. I ERA s. 123 (1) er det nedfelt retningslinjer for utmålingen av denne typen kompensasjon. Beløpet skal være

”such amount as the tribunal considers just and equitable in all the circumstances having regard to the loss sustained by the complainant.....in so far as that loss is attributable to action taken by the employer.”

Bestemmelsen indikerer at retten er gitt et vidt spillerom ved denne utmålingen i motsetning til ved utmålingen av ” the basic award”. Det er imidlertid etablert prinsipper for denne utmålingen i praksis. ”Norton Tool Co v. Tewson fra 1972⁸⁶ er den ledende dom i dette tilfellet. I følge dommen skal disse momentene tas i betraktning ved utmålingen:

- a) Umiddelbart tap av lønn
- b) Fremtidig tap av lønn
- c) Tap av goder
- d) Utgifter ved jobbsøking
- e) Tap av pensjon
- f) Tap av fremtidig arbeidsbeskyttelse, ”qualifying period”

Den største forskjellen mellom engelsk og norsk rett hva gjelder erstatning i oppsigelsessaker er at den engelske bestemmelsen ikke åpner for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap. Dette ble stadfestet i overfor nevnte dom der dommer Donaldson uttaler:

⁸⁶ I.R.L.R.86

”loss” in the context of section 116 [ERA 1996 s. 123] does not include injury to pride or feelings”

Formålet med erstatningen er å tilbakebetale det økonomiske tap oppsigelsen har medført. Erstatningen skal ikke brukes for å straffe arbeidsgiver. En oppreisning i forbindelse med en ugyldig oppsigelse vil derfor være utelukket etter den engelske bestemmelsen. I den senere tid er det imidlertid blitt fremmet at dette er en feil løsning. Dette skal jeg behandle nærmere under punkt 6.3.2.1.

I motsetning til norske lovgivningen er erstatningen oppad begrenset til et beløp på £ 58,400. Dette tilsvarer ca. kr 700.000.

Ved den engelske erstatningsutmålingen er det videre pålagt en absolutt tapsbegrensningsplikt på arbeidstaker. En arbeidstaker som har fått en ny og bedre betalt jobb umiddelbart etter oppsigelsen har ikke krav på ”compensatory award”. Han vil da ikke ha lidt et tap som er en forutsetning etter bestemmelsen. Har arbeidstakeren ikke skaffet seg en annen jobb vil det likevel føre til en reduksjon i erstatningen dersom han ikke har gjort hva som med rimelighet kan forventes for å prøve å få en annen jobb. Imidlertid vil arbeidstakeren fortsatt kunne ha krav på ”basic award”. Etter norsk rett er denne plikten ikke like streng. Ifølge forarbeidene⁸⁷ vil tapsbegrensningsplikten inntre først når arbeidstakeren har vært ute av stillingen ”forholdsvis lenge”. Hvor lenge dette er, beror på en konkret vurdering. I Rt 1997 s. 1506 ble det lagt til grunn at det måtte være ”påregnelig at ankemotparten etter en viss tid skaffet seg annen inntekt”. Tapet ble i saken knyttet til en periode på to år. I Rt 1999 s. 184 ble arbeidstaker imidlertid tilkjent erstatning for hele perioden på 35 måneder som hun hadde vært ute av arbeidet. Dette viser at det ikke er fastsatt noen eksplisitt grense for når tapsbegrensningsplikten inntre. Tanken bak regelen er at automatiske fradrag kan lede til et system som oppfordrer til lediggang.⁸⁸

⁸⁷ Ot.prp.nr.41(1975-1976)s.78

⁸⁸ Ibid

6.3.2.1 Kritikkverdig gjennomføring av oppsigelsen

Et eksempel på et forhold som etter norsk rett kan gi arbeidstaker erstatning for ikke-økonomisk tap er arbeidsgivers krenkende opptreden i forbindelse med oppsigelsen og andre uheldige forhold rundt oppsigelsen. En slik erstatning kan imidlertid også bli gitt der oppsigelsen er saklig. Erstatningen blir da gitt på grunnlag av vanlige erstatningsregler. Det vil i det følgende bli vist eksempler på begge grunnlag. Nedenfor vil det også bli illustrert hvordan liknende situasjoner blir håndtert etter den engelske lovgivningen.

Rt 2001 s 1253 Usaklig oppsigelse – Erstatning for ikke – økonomisk skade.

Saken omhandler en kommunalt ansatt sykepleier som ble oppsagt på et tidspunkt da hun var sykmeldt. Da hun ble friskmeldt møtte hun likevel opp på arbeidsplassen, men ble avvist. Hun ble suspendert og meddelt tjenestefrihet med lønn. Oppsigelsen ble ansett som uberettiget. Sykepleieren ble tilkjent 170.000 kr i erstatning for økonomisk tap og 50.000 kr i oppreisning.

Grunnlaget for tilkjenning for ikke – økonomisk tap var måten kommunen hadde håndtert saken. Kommunen hadde stengt henne ute fra arbeidet på uhjemlet grunnlag. Retten legger til grunn at måten dette ble gjort på måtte ha kommet som et sjokk for sykepleieren. Kommunen hadde ikke opptrådt så profesjonelt som forventet. At hun selv hadde et vesentlig ansvar for samarbeidsproblemene måtte her tre i bakgrunnen.

Erstatning for ikke – økonomisk tap ble i denne dommen tilkjent fordi oppsigelsen ble gjennomført på en klanderverdig måte som atskiller seg fra det som normalt må kunne forventes i slike situasjoner. Erstatningen er hjemlet i arbeidsmiljøloven da oppsigelsen var usaklig. Utmålingen ble gjort på grunnlag av skjønn bygget på omstendighetene i saken.

Rt. 1937 s. 62 Saklig oppsigelse – Erstatning for ikke- økonomisk skade.

Dette er en gammel dom, men like fullt gått over i rettshistorien som en illustrerende sak. Den omhandler avskjed, men er av like stor betydning for oppsigelsessaker. En soussjef ble gitt avskjed fordi han uaktsomt hadde røpet forretningsheimligheter i samtale med en

representant for en konkurrerende bedrift. Arbeidstakers bedrift hadde i denne sammenheng satt opp oppslag på kontorene om at soussjefen var oppsagt på grunn av kontraktsbrudd, uten gasje i oppsigelsestiden og uten pensjon.

Retten kom her til at arbeidsgiveren hadde rett til å avskjedige arbeidstakeren fordi han hadde røpet hemmeligheter uaktsomt. Likevel ble arbeidsgiver dømt til å betale arbeidsgiver kr. 50.000 i erstatning. Grunnen var fordi avskjedsvedtaket var kunngjort på en måte som var egnet til å bekrefte verserende rykter om at vedkommende hadde gjort seg skyldig i utroskap. Etter dagens konsumprisindeks vil beløpet utgjøre rundt kr 1.280.000.⁸⁹

Dommen er egnet til å vise at en arbeidsgiver ikke kan utnytte og misbruke sin rett. Det må ikke gis en avskjed eller oppsigelse på en unødige sårende eller hardhendt måte. Like viktig er det at det ikke må gis en misvisende fremstilling av grunnlaget for avskjeden.

Der det kreves erstatning ved en saklig oppsigelse er ikke arbeidsmiljølovens bestemmelser anvendbare. Disse forutsetter en usaklig oppsigelse. Grunnlaget for erstatning må da søkes i de alminnelige erstatningsregler jfr. skadeerstatningsloven § 3-5.⁹⁰ Disse to regelsett er ulike på det punkt at det etter arbeidsmiljøloven ikke eksisterer et skyldkrav for arbeidsgiver. Etter skadeerstatningsloven kreves det forsett eller grov uaktsomhet for at et slikt ansvar skal inntreffe. Arbeidsmiljøloven gir derfor en videre adgang til erstatning da skyld ikke må påvises.

Spørsmålet er så hvordan nevnte forhold blir behandlet i England. Som nevnt ovenfor så hjemler ikke den engelske lovbestemmelsen erstatning for ikke- økonomisk tap ved ugyldig oppsigelse. Senere rettspraksis har imidlertid tatt opp spørsmålet på nytt. Et spørsmål er også hvorvidt det på andre grunnlag kan tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap i oppsigelsessaker. Flere avgjørelser fra House of Lords er her illustrerende.

⁸⁹ Beløpets verdi i mars 2003 jf Dege s.908.

⁹⁰ Lov av 1969, 13.juni.Nr.25.

Malik v BCCI (1997)⁹¹

Saken gjaldt to ansatte som hadde arbeidet i en bank som ble nedlagt. Det var enighet i alle rettsinstanser om at banken hadde opptrådet på en uhederlig måte, og at de to saksøkerne ikke hadde skyld i dette. Saksøkerne påstod at det forelå kontraktsbrudd som et resultat av deres oppsigelse. Bakgrunnen var at det hadde funnet sted en stigmatisering ved at de ble forbundet med bankens korruperte og uærlige opptreden som ville medføre vanskeligheter med å få nye stillinger innen finans. Retten gav dem medhold. Begrunnelsen for erstatningen lå derimot ikke i selve oppsigelsen, men på bakgrunn av arbeidsgivers brudd på kravet om gjensidig lojalitet i et arbeidsforhold.

Som det fremgår av dommen ble erstatningen gitt som følge av et brudd på kontrakten som ikke hadde sammenheng med oppsigelsen. Like fullt skapte avgjørelsen en mulig vei å gå for å kreve erstatning for krenkende og uhederlig fremferd i oppsigelsessaker ved å påstå brudd på plikten til gjensidig tillit og lojalitet i et arbeidsforhold. Dette ble prøvd i saken *Johnson v Unisys Ltd (2001)*.⁹²

Johnson v Unisys Ltd (2001).

Saksøkeren hadde i tidligere rettsinstanser fått tilkjent maksimum kompensasjon etter ERA 1996 for ugyldig oppsigelse. Han hadde imidlertid også fremsatt krav om kompensasjon på grunnlag av hans mentale sammenbrudd som følge av arbeidsgivers opptreden ved oppsigelsen. Saksøker påstod at krenkelsen var et resultat av brudd på kravet til gjensidig tillit og lojalitet i et arbeidsforhold. Dette ble ikke tatt til følge av underrettene.

House of Lords avviste anken på grunnlag av to forhold. For det første mente retten det var tvilsomt om det var ønskelig å utvide omfanget av kravet til gjensidig tillit og lojalitet, da dette vilkåret kun var ment å skulle gjelde i et pågående arbeidsforhold og ikke ved opphør av et arbeidsforhold. For det andre var det uheldig at domstolen skulle utvide ”common law” i situasjoner hvor lovgiver allerede hadde satt opp et system via arbeidsrettsdomstolen

⁹¹ I.R.L.R.462

⁹² I.R.L.R.279

og tilhørende lovgivning. ”Common law” skulle ikke kunne påberopes for å omgå reglene i ”The Employment Right Act.

Dommer Lord Hoffmann uttrykte imidlertid i obiter dicta at det at ikke- økonomiske forhold ikke var erstatningsberettiget etter loven muligens var en feil løsning. Siden lovteksten uttrykte en ”just and equitable” kompensasjon foreslo han at det kunne være hensiktsmessig å innvilge erstatning for ydmykelse og skade på rykte og familieliv.

På tross av denne uttalelsen ble det tatt en endelig avgjørelse i motsatt retning i *Dunnachie v Kingston – upon – Hull City Council* i 2003⁹³ I saken ble det uttrykkelig sagt at denne type forhold *ikke* ville komme innenfor erstatningsgrunnlaget i ”The employment Right Act”. Retten fastholdt avgjørelsen i *Nortoon Tool* fra 1972, omtalt ovenfor. Det ble videre understreket at Dommer Hoffmanns uttalelse om det motsatte i *Johnson* saken ikke kunne ha noen vekt da kommentaren var et obiter.

Etter overfor nevnte dommer virker det nå klart at ikke-økonomiske forhold ikke omfattes av erstatningsbestemmelsen i ERA s. 123. Når det gjelder å kreve slik erstatning på annet grunnlag synes det også å være klart at kontraktbrudd som følge av brudd på gjensidig tillit og lojalitet ikke kan anvendes som et grunnlag for erstatning i forbindelse med oppsigelsen. I saken *McCabe v Cornwall CC* i 2003⁹⁴ ble det fastslått at kun hvor den identifiserbare skaden grunnet brudd på lojalitetsprinsippet ikke kan føres tilbake til forhold vedrørende oppsigelsen kan det gis erstatning på dette grunnlag.

⁹³ I.R.L.R.384

⁹⁴ I.R.L.R.87

7 Kravet til saklighet og "fairness": 2 typetilfeller

Hvilket oppsigelsesvern arbeidstakere reelt sett har, avgjøres av domstolene.⁹⁵ Rettspraksis vil av den grunn være sentral ved vurderingen av om det faktisk foreligger en ulik standard i norsk og engelsk rett. I avhandlingen er det gitt fortløpende eksempler fra praksis der dette har vært hensiktsmessig. Oppgavens omfang tillater imidlertid ikke en fullstendig behandling av dette. I det følgende vil to tilfeldige valgte oppsigelsesårsaker behandles mer grundig med det formål å illustrere hvorvidt rettsystemenes særegenheter får utslag i praksis.

7.1 Arbeidsgivers rett til å foreta endringer i arbeidstakers arbeidsområde

Problemstillingen her er i hvilken grad arbeidstaker kan nekte arbeidsgiver å foreta endringer i arbeidstakers arbeidsområde. Vil en oppsigelse pga samtykkenektelse være lovlig?

Dersom endringen ligger innenfor arbeidsgivers styringsrett vil en nektelse av å følge et slikt pålegg innebære et brudd på den lydighetsplikt som blir etablert ved inngåelsen av arbeidsavtalen. Brudd på lydighetsplikten kan gi grunnlag for oppsigelse. På engelsk er dette uttrykt som "disobedience to reasonable instructions"⁹⁶ og er en undergruppe av "conduct", som er opplistet i ERA s 98 (2) som en potensielt gyldig grunnlag for oppsigelse. Det avgjørende spørsmålet i oppsigelsessaker på grunn av samtykkenektelse er om arbeidsgiveren var berettiget til å foreta endringen.

⁹⁵ Fanebust s.56

⁹⁶ Bowers s.301

7.1.1 Forholdet til arbeidsavtalen

Både i engelsk og norsk rett må arbeidsgivers ensidige rett til å foreta endringer av arbeidstakers arbeidsområde bestemmes med utgangspunkt i arbeidsavtalen.⁹⁷ Arbeidsavtalen må på denne bakgrunn tolkes. I engelsk rett vil en endring av arbeidsområde, utenfor det som er tilskrevet i arbeidsavtalen, normalt føre til at en oppsigelse pga samtykkenektelse anses som uberettiget.

Redbridge LBC v Fishman [1978] ICR 569 – Bibliotekarsjef – undervisning utenfor avtalen.

Saken gjaldt en ansatt ved "comprehensive school" som skulle være sjef for skolens bibliotek. Dette var i utgangspunktet et fulltids arbeid. Da skolen fikk ny rektor ble hun spurt om å undervise 12 timer i uken i tillegg. Dette gikk hun med på, men nektet å ta ytterligere 6 timer da det ble påkrevd. Hun ble derfor oppsagt. Både i førsteinstans, "the tribunal" og i ankeinstansen fikk den ansatte medhold i at oppsigelsen var "unfair." Retten mente at hun hadde blitt tilsatt for å utføre særskilte plikter som ikke innebar å utføre generelle undervisningstimer. Pålegget var av den grunn ikke innenfor hennes kontraktmessige plikter og hun hadde en rett til å nekte.

Tatt i betraktning denne dommen, praktiseres det i engelsk rett en streng linje når det gjelder arbeidsoppgaver og forholdet til arbeidskontrakten.⁹⁸

I norsk rett er også utgangspunktet at arbeidsgiver ikke kan kreve at arbeidstaker skal utføre oppgaver som ikke inngår i arbeidsavtalen. Imidlertid er det slik at dersom avtalen partene imellom ikke angir klart hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker skal ha, kan

⁹⁷ Bowers s.302/Storeng, Beck, Due Lund Nils s.163

⁹⁸ Dommeren, Philips J, advarte imidlertid mot å holde en altfor streng linje. Flexibilitet måtte kunne forventes, særlig i små bedrifter.

arbeidstaker være forpliktet til å utføre arbeidsoppgaver av lignende art som de arbeidstaker vanligvis utfører. Kun vesentlige endringer i arbeidstakers arbeidsoppgaver vil arbeidsgiver være avskåret fra å foreta. Retten har imidlertid i ulik grad vektlagt dette momentet.

RG- 1987 s. 678 – Kafeteriahjelp – vanlig renhold utenfor avtalen.

Saken gjaldt oppsigelse av en kafeteriahjelp. På ansettelsestidspunktet benyttet kafeen et byrå til det vanlige rengjøringsarbeid i lokalene. Ved eierskifte ble byrået sagt opp og en ny kafeteriahjelp ble ansatt som også skulle foreta rengjøring. Den nye eieren krevde imidlertid at de andre kafeteriahjelperne også skulle foreta dette arbeidet en til to ganger i måneden når den nyansatte hadde fri. Dette arbeidet ble nektet utført. Lagmannsretten konkluderte her med at et slikt arbeid lå utenfor det som var fastsatt i arbeidsavtalen.

Retten tok i denne saken ikke spørsmålet om endringene var vesentlige eller om arbeidsoppgaven var av lignende art som de vanligvis utfører. I likhet med den engelske saken nøyde retten seg med å klarlegge hva som var avtalt. Retten anså avtalen for å være helt klar på det omstridte punkt, noe som kan forklare hvorfor de ikke tok i betraktning hvorvidt arbeidet medførte vesentlige endringer av arbeidsområde.

En sak der retten går langt i å godta pålegg om endringer i arbeidsforholdet er den såkalte ”nøkk saken”:

RT 2000 s. 1602 ”Nøkk saken” – Arbeidsoppgaver av lik karakter som tidligere

Saken gjaldt to ansatte som jobbet som maskinister på en brannbåt tilhørende Stavanger kommune. Båten inngikk i brannvesenets uttrykningsstyrke og var ment å skulle slukke brann i havneområdet til Stavanger og bebyggelse rundt havnen. Kommunen traff vedtak om at brannbåten skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Maskinistene mente dette lå utenfor arbeidsgivers styringsrett. Integreringen medførte en ikke ubetydelig endring av arbeidsavtalen. Det fulgte flere tilleggsoppgaver blant annet en tredobling av

uttrykninger. Maskinistene ville beholde graden som brannmestere, men ville ikke få oppgaver som tilsvarte graden. I tillegg måtte de gå gjennom en ny opplæringsprosess.

Retten ga arbeidsgiverne medhold og fant at endringene ikke var så store at arbeidstakerne kunne nekte. Utgangspunktet var en tolkning av arbeidsavtalen. Et vektlagt moment var at det nye arbeidsområdet hadde tilknytning til det gamle arbeidsområdet. Andre momenter som retten trekker frem er sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og rimelighetsbetraktninger i lys av samfunnsutviklingen.

Også her ser vi at det er arbeidsavtalen som er utgangspunktet for vurderingen. Likevel blir andre momenter avgjørende der omfanget av endringer i arbeidsområdet særlig står sentralt. Her var endringene ikke store nok til at de falt utenfor arbeidsgivers styringsrett. Hadde retten i ovenfor nevnte dom, om de ansattes plikter på kafeteriaen, vurdert hvorvidt endringene medførte at kafeteriahjelpenes arbeidsområde ble vesentlig endret er det mulig utfallet hadde blitt et annet, tatt i betraktning utfallet av denne dommen.

7.1.2 Endringens rimelighet

I engelsk rett fokuseres det på rimeligheten av arbeidsgivers endring i tillegg til dens lovlighet. Med andre ord; lovligheten av en endring er et relevant moment, men ikke avgjørende ved bedømmelsen av arbeidstakers samtykkenektelse. Det arbeidsgiver subjektivt trodde var riktig kan gi grunnlag for oppsigelse selv om det i ettertid viser seg å være feil. Dette har vært behandlet ovenfor jf. Punkt 4.6. En dom kan illustrere dette.

Farrant v Woodroffe School [1998] ICR 184

Spørsmålet var om det å nekte samtykke til det nye arbeidsreglementet, som lå utenfor arbeidskontrakten, medførte en rett til å si opp arbeidstakeren.

Arbeidstakeren ble ansatt som assistent i et laboratorium. I tillegg skulle han noen ganger hjelpe til i teknologi og design avdelingen. Etter hvert opphørte pliktene i disse avdelingene og arbeidstakeren jobbet kun i laboratoriet. Da firmaet gjennomgikk en reorganisering ble

arbeidstakerens arbeid i laboratoriet opphørt og han ble flyttet til avdelingene for teknologi og design. Arbeidstakeren nektet dette, og fikk advarsel om oppsigelsen om han ikke fulgte instruks. Han ble oppsagt. Retten kom til at selv om endringen av arbeidsområde var i strid med det som var inngått i avtalen, var arbeidsgivers avgjørelse om å si opp arbeidstakeren ikke ”unfair”. Dette fordi arbeidsgiver feilaktig hadde trodd at instruksene lå innenfor arbeidsavtalen. Retten mente at arbeidsgiver opptrådte ”reasonable” tatt i betraktning hans subjektive syn.

I norsk rett ville antakelig et slikt synspunkt ikke fått avgjørende gjennomslag. Dersom det faktiske grunnlaget viser seg å være feil vil forutsetningen for oppsigelsen svikte og den vil som hovedregel bli satt til side. Dersom denne saken hadde kommet for domstolen i Norge ville spørsmålet antakelig vært hvorvidt instruksene førte til en vesentlig endring av arbeidsområdet. En lignende sak kan her være til illustrasjon;

NAD 1984-85 s. 667, Lagerarbeid – arbeidsoppgaver av en helt annen karakter.

Hovedspørsmålet for retten i denne saken var hvorvidt det nye arbeidsområdet som arbeidstakeren fikk utdelt var vesentlig forskjellig fra det gamle.

Saken gjaldt en lagerarbeider hos et utstyrsfirma som flere ganger hadde vært sykemeldt som følge av en trafikkulykke. Da han kom tilbake på jobb ble han beordret til lettere arbeid i utstyrsavdelingens pakkedisk. Dette nektet han og ble sagt opp. Det ordinære arbeidet var preget av sjauing og bæring der han ikke hadde noe form for kontakt med kunder. Etter endringen skulle han putte lette utstyrsvarer i plastikkposer. Dette arbeidet ble utført blant kunder. Retten la vekt på at det nye arbeidet bar preg av butikk- og ekspedisjonsfunksjonærer, mens det ordinære arbeidet var rent lagerarbeid. Dette kunne ikke være å regne som likeartede arbeidsoppgaver. Oppsigelsen ble kjent usaklig.

I begge sakene er det klart at de endrede arbeidsoppgavene faller utenom det som var avtalt på ansettelsestidspunktet. Arbeidstakerne fikk i begge saker endret sine arbeidsoppgaver på vesentlige punkter. Utfallet ble likevel forskjellig. Forklaringen på dette kan for det første

være fremgangsmåten de ulike domstolene bruker. Den engelske domstolen vurderer saken ut hva arbeidsgiveren trodde var riktig og om opptreden var rimelig i denne sammenheng. Hvorvidt forholdet objektivt sett er ”unfair” blir ikke vektlagt. Dette kan understrekes ved at dommeren i førsteinstans uttrykker: ”although we had considerable sympathy for the applicant's point of view....”. I den norske saken var det sentrale hvorvidt arbeidstakers arbeidsoppgaver ble vesentlig endret. At arbeidsgiver var skeptisk til om han klarte det tunge lagerarbeidet etter ulykken ble ikke vektlagt. I Norsk rett er det av mindre relevans hva arbeidsgiver subjektivt mente var riktig og rimelig. Det sentrale er motivets saklighet.

7.2 Oppsigelse etter press fra de ansatte eller kunder

Det kan oppstå en situasjon der press fra arbeidstakerne eller kunder gjør at arbeidsgiveren sier opp arbeidstakeren. Problemstillingen er da hvorvidt arbeidsgiveren har en tilstrekkelig grunn til å gjøre dette.

Dersom man legger til grunn at arbeidstakeren som ønskes oppsagt ikke har gjort noe klanderverdig blir spørsmålet hvilket grunnlag dette kan begrunnes i.

I følge den engelske lovgivningen vil en oppsigelse av en arbeidstaker, som har sin årsak i press fra øvrige ansatte eller kunder, ikke kunne begrunnes i et av de fire opplistede grunnlag i ERA s 98 (2) (a)-(d). Dette er grunnlag som knytter seg til arbeidstakers egen oppførsel og til de situasjoner der arbeidstaker blir overflødig. Derimot vil en slik årsak kunne begrunnes i den femte kategorien av grunnlag nedfelt i 98 (1)(b), betegnet ” other substantial reason.” Et eksempel på at press fra tredjemann er blitt karakterisert som en ”fair” oppsigelse under dette grunnlag er denne dommen:

Dobie v Burns International Security Services Ltd⁹⁹

Saken var her at selskapet “Burns International Security” var ansvarlig for sikkerheten på Liverpool flyplass og saksøker var ansatt som sikkerhetsoffiser i dette selskapet. Som en

⁹⁹ [1984]I.C.R.812

følge av at det hadde oppstått flere uheldige episoder i forbindelse med sikkerheten krevde oppdragsgiveren, "Liverpool Airport" at saksøkeren ble fratatt muligheten til å jobbe der. Arbeidstakeren ble tilbudt alternative arbeidsoppgaver som medførte en redusert lønnsutbetaling og nektet av den grunn. Han ble da sagt opp. Til tross for at retten fant at hendelsene ikke kunne føres tilbake til saksøkers arbeid fant de likevel oppsigelsen lovlig begrunnet i "some other substantial reason" Arbeidsgiver hadde opptrådt "reasonable" da arbeidstakeren hadde blitt tilbudt alternativt arbeid.

Det som tydelig kommer frem av dommen er at de uheldige episodene i seg selv ikke hadde gitt arbeidsgiveren en rett til å si opp arbeidstakeren. Det dette viser er at press fra tredjemenn kan rettferdiggjøre en oppsigelse der årsaken til oppsigelsen ikke ville vært gyldig dersom den hadde kommet direkte fra arbeidsgiver.

Hvorvidt presset kommer fra kunder eller medarbeidere vil ikke påvirke vurderingen etter engelsk rett. Dette fordi trussel om streik fra arbeidstakere ikke skal tas i betraktning ved avgjørelsen av om oppsigelsen er rettferdig jf. ERA s. 108. Domstolen skal vurdere tilfellet som om trusselen ikke hadde funnet sted. Dette ble imidlertid oversett i *Buck v Letchworth place* (1986)¹⁰⁰ hvor en homoseksuell kinomaskinist ble sagt opp pga. at de øvrige medarbeiderne nektet å jobbe med ham på bakgrunn av en ubegrunnet frykt for å pådra seg AIDS.

På bakgrunn av norsk rettspraksis vil utgangspunktet være at press fra de ansatte og kunder ikke vil få avgjørende betydning i arbeidsgivers favør med mindre arbeidstakeren må ta på seg store deler av skylden for de oppståtte problemer. Press fra kunder og medarbeidere vil derfor kun være et moment blant flere ved den konkrete vurdering. *Fanebust* (Fanebust 2001) mener av den grunn at slike tilfeller må være begrunnet i arbeidstakers forhold. Trussel om streik fra arbeidstakere vil i motsetning til engelsk rett være et argument

¹⁰⁰ EAT 388/87(upublisert)/Pitt s.238

dersom det er god grunn til å regne med at det er alvor i truslene, og at dette vil medføre tap eller skade for bedriften.¹⁰¹

En dom som illustrerer utgangspunktet er den såkalte Henkidommen:

RT-1998-959

Her ble en hivsmittet bartender sagt opp med grunnlag i publikums frykt for smitte. Høyesterett satte oppsigelsen til side og uttalte i den sammenheng at ”det er store betenkeligheter ved å anerkjenne en ubegrunnet smittefrykt som grunnlag for oppsigelse.” Høyesterett utelukket likevel ikke at det kunne være situasjoner der en slik oppsigelse vil være rettmessig, likevel slik at det måtte ”kreves langt sterkere holdepunkter enn i denne sak.”

I motsatt retning kan merkes denne dommen:

RT-1953-607

Saken var her at en tysk statsborger bosatt i Norge siden 1918 og gift med en norsk kvinne, ble først suspendert og senere sagt opp fra sin stiling som trompetist i et orkester. Trompetisten kunne ikke bebreides for sin egen opptreden. Høyesterett fant likevel oppsigelsen lovlig med grunnlag i den negative holdningen som publikum, kolleger og Norsk rikskringkasting hadde overfor tyske statsborgere.

Press fra kunder og medarbeidere kan etter dette være grunnlag for en saklig oppsigelse etter norsk rett. Imidlertid skal det mye til og kun unntaksvis der det ikke er noe å bebreide arbeidstaker.

I enkelte dommer i norsk rett har retten unnlatt å legge vekt på presset fra de ansatte. Oppsigelsen er blitt kjent ugyldig og erstatning tilkjent. Imidlertid har retten tatt hensyn til

¹⁰¹ Storeng/beck/Due Lund s.195

de øvrige ansatte og i stedet funnet ” det åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter” jf aml. § 15-12 (1). Et eksempel på dette er NAD 1984-85 s.282. Retten fant det åpenbart at en gjeninntakelse ville lede til at arbeidsstokken ville forlate sine arbeidsplasser. Presset ble imidlertid ikke trukket inn i vurderingen. Arbeidstakeren fikk kritikk for manglende samarbeid og rasjonell arbeidsledelse, likevel slik at en oppsigelse ikke var berettiget.

Tilfellene illustrert ovenfor viser at press fra tredjemenn kan gi grunnlag for en gyldig oppsigelse. Det synes imidlertid som om dette grunnlag har større gjennomslagskraft etter engelsk rett, der rene tilfeller av press kan rettferdiggjøre en oppsigelse. Ifølge norsk rettspraksis må det som hovedregel være noe å bebreide arbeidstaker for at arbeidsgiver skal få gjennomslag.

8 Avslutning

Norsk og engelsk rett bruker til dels ulike virkemidler for å nå målet om en riktig begrunnet, saklig og rettferdig oppsigelse. Hvilket regelsett som gir den beste løsning for partene kan ikke fastslås ut fra behandlingen ovenfor. Imidlertid kan det pekes på særskilte momenter som utpeker seg i systemene.

a) Proporsjonalitetsprinsippet

Norsk rett legger til grunn at det skal være forholdsmessighet mellom mål og midler, altså det som utløser oppsigelsen og oppsigelsen og dens konsekvenser. Videre at det ikke skal anvendes mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig i forhold til bedriftens behov. Er det mulig å benytte andre virkemidler enn oppsigelse skal disse forsøkes før oppsigelse besluttes. Det må foreligge en balansegang mellom den ansatte og virksomhetens forhold.

Engelsk rett er blitt kritisert i teorien nettopp for ikke å anvende et slikt proporsjonalitetsprinsipp. Etter den engelske lovgivningen har arbeidsgiveren stor grad av diskresjon ved sine avgjørelser der domstolen i stor grad aksepterer arbeidsgivers rettferdiggjørelse av oppsigelsen uten nærmere undersøkelse av arbeidstakers interesser i forhold til arbeidstakers tvingende behov.

b) Retten til å stå i stillingen

Norsk rett er ganske enestående på det at arbeidsgiver har en rett til å stå i stillingen frem til tvisten er avklart. Dette effektiviserer oppsigelsesvernet, og gir arbeidstaker et meget bra forhandlingskort overfor arbeidsgiveren ved et eventuelt forlik.

c) Erstatning for ikke – økonomisk tap

Norsk rett, i motsetning til engelsk rett, åpner for å gi arbeidstakeren erstatning for ikke økonomisk tap ved en ugyldig oppsigelse. Dette skal kompensere for de situasjoner der oppsigelsen er skjedd på en slik måte at det har og kan føre til uforholdsmessig store påkjenninger for arbeidstakeren.

d) Automatisk kompensasjon

Engelsk rett har på sin side vektlagt arbeidstakers situasjon der oppsigelsen kommer som følge av arbeidsmangel. Her har arbeidstakeren krav på en automatisk kompensasjon. Arbeidstakere vil derfor i større grad være sikret økonomisk i denne situasjonen enn hva tilfellet er i norsk rett.

Hvorvidt landene i fremtiden vil følge sine nåværende system vil avhenge av utviklingen i samfunnsforholdene ellers. At det i England er fremmet kritikk fra flere hold med hensyn til arbeidsgivers påvirkningskraft i disse sakene kan imidlertid tyde på at forandringer vil komme. Eventuelt når er likevel uvisst.

9 Kilder

Litteraturliste

- Anderman Steven D. Anderman. *The Law of Unfair Dismissal*. 3 utg. London 2001
- Bowers John Bowers. *Bowers on employment law*. 6 utg. London 2002
- Dege Jan Tormod Dege. *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo 2003
- Eckhoff *Rettskildelære*. Torstein Eckhoff og Jan Helgesen. 5. utgave Oslo 2001
- Fanebust Arne Fanebust. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4 utg. Oslo 2001
- Fougner Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg. *Arbeidsmiljøloven: lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.m.: kommentarutgave*. 8. utgave Oslo 2003
- Jakhelln Henning Jakhelln. *Oversikt over arbeidsretten*. 3. utgave Oslo 2005
- Johnsen Jakhelln... [et al.] *Arbeidsrett.no*. Oslo 2005
- Locton Deborah J. Lockton. *Employment law*” 3. utg. London 1999
- Pitt Gwyneth Pitt. *Employment Law*. 5 utg. London 2004

Storeng Nils Storeng. *Arbeidslivets spilleregler. Endringer i arbeidsforholdet- stillingsvernreglene*. Nils Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund. Oslo 2003.

Norske Lover

1936 Lov om arbeidervern av 19. juni Nr. 8 1936 (arbeidervernloven)

1969 Lov om skadeserstatning av 13.juni. Nr. 26. 1969 (Skadeserstatningsloven)

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar. Nr. 4. 1977 (Arbeidsmiljøloven)

1975 Sjømannslov av 30.mai. Nr. 18. 1975 (Sjømannsloven)

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4.mars. Nr.3. 1983 (Tjenestemannsloven)

2005 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 17. juni. Nr.62. 2005 (Arbeidsmiljøloven)

Engelske Lover

1971 (IRA) Industrial Relation Act 1971

1974 Rehabilitation of offenders Act 1974

1996 (ERA) Employment Rights Act 1996

2002 Employment Act 2002

2006 (TUPE) Transfer of undertakings (protection of employment) Regulations
2006.

Internasjonale rekommandasjoner

1963 ILO-rekommandasjonen nr. 119 1963

Forarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om
arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
(arbeidsmiljøloven)

Rettsavgjørelser

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1935 s. 467

Rt. 1937 s. 62

Rt. 1939 s. 53

Rt. 1953 s. 607

Rt. 1989 s. 1270

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 1998 s. 959

Rt. 1999 s. 184

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 1253

Rettsens Gang (RG)

RG. 1983 s. 768

RG. 1987 s. 678

Dommer og kjennelser fra Arbeidsretten (ARD)

NAD 1981-83 s. 672

NAD 1984-85 s. 667

NAD 1984-85 s. 282

Engelske avgjørelser

Devis v Atkins [1977] IRLR 314

Dobie v Burns International Security Services Ltd [1984] ICR 812

Dunnachie v Kingston-upon-Hull City Council [2003] IRLR 384

Farrant v Woodroffe School [1998] ICR 184

Iceland Frozen Foods vs Jones [1983] IRLR 439

Hotson v Wisbech Conservative club [1984] IRLR 422

Johnsen v Unisys Ltd [2001] IRLR 279

McCabe v Cornwall CC [2003] IRLR 87

Malik v BCCI [1997] IRLR 462

Moon v Homeworthy Furniture (Northern) Ltd [1977] ICR 117

Norton Tool Co v Tewson [1972] IRLR 86

Redbridge LBC v Fishman [1978] ICR 569

RS Components v Irwin [1973] IRLR 239

Sherrier v Ford Motor Co. [1976] IRLR 146

Trust Houses Forte Leisure Ltd v Aquilar [1976] IRLR 186

Williams v Compair Maxam Ltd [1982] IRLR 82

Upubliserte rettsavgjørelser

Buck v Letchworth place [1986] EAT 388/87

Andre kilder

ACAS – Disciplinary and Grievance Procedures – Codes of practice 1

10 Vedlegg

Aml § 15-7

Vern mot usaklig oppsigelse.

§ 15-7. Vern mot usaklig oppsigelse

(1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

(2) Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.

(3) En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens drift på oppdrag ved bruk av selvstendige oppdragstakere, er ikke saklig med mindre det er nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift.

(4) Oppsigelse med fratreden før fylte 70 år som alene skyldes at arbeidstaker har nådd pensjonsalder etter folketrygdloven, skal ikke anses å være saklig begrunnet. Etter at arbeidstaker er fylt 66 år, men ikke senere enn seks måneder før pensjonsalderen inntreer, kan arbeidsgiver skriftlig spørre om arbeidstaker ønsker å fratre sin stilling ved nevnte pensjonsalder. Forespørselen må besvares skriftlig senest tre måneder før arbeidstaker når pensjonsalderen. Dersom det uttrykkelig er gjort oppmerksom på det i forespørselen, medfører oversittelse av svarfristen at oppsigelsesvernet etter dette ledd faller bort.

Fairness

General. **98.** - (1) In determining for the purposes of this Part whether the dismissal of an employee is fair or unfair, it is for the employer to show-

(a) the reason (or, if more than one, the principal reason) for the dismissal, and

(b) that it is either a reason falling within subsection (2) or some other substantial reason of a kind such as to justify the dismissal of an employee holding the position which the employee held.

(2) A reason falls within this subsection if it-

(a) relates to the capability or qualifications of the employee for performing work of the kind which he was employed by the employer to do,

(b) relates to the conduct of the employee,

(c) is that the employee was redundant, or

(d) is that the employee could not continue to work in the position which he held without contravention (either on his part or on that of his employer) of a duty or restriction imposed by or under an enactment.

(3) In subsection (2)(a)-

(a) "capability", in relation to an employee, means his capability assessed by reference to skill, aptitude, health or any other physical or mental quality, and

(b) "qualifications", in relation to an employee, means any degree, diploma or other academic, technical or professional qualification relevant to the position which he held.

(4) Where the employer has fulfilled the requirements of subsection (1), the determination of the question whether the dismissal is fair or unfair (having regard to the reason shown by the employer)-

(a) depends on whether in the circumstances (including the size and administrative resources of the employer's undertaking) the employer acted reasonably or unreasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee, and

(b) shall be determined in accordance with equity and the substantial merits of the case.

(5) Where the employee is taken to be dismissed for the purposes of this Part by virtue of section 96, subsection (4)(a) applies as if for the words "acted reasonably" onwards there were substituted the words "would have been acting reasonably or unreasonably in treating it as a sufficient reason for dismissing the employee if she had not been absent from work, and".

(6) Subsections (4) and (5) are subject to-

(a) sections 99 to 107 of this Act, and

(b) sections 152, 153 and 238 of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (dismissal on ground of trade union membership or activities or in connection with industrial action).