

**Om vilkåret "annet passende arbeid" i
arbeidsmiljøloven § 15-7 (2)**

Kandidatnummer: 642
Leveringsfrist: 25.04.2008

Til sammen 14343 ord

23.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning	1
1.2	Rettslig problemstilling	2
1.3	Avgrensning av oppgaven.....	4
1.4	Den videre fremstilling.....	6
<u>2</u>	<u>BEGREPSAVKLARINGER, RETTSKILDEBILDET, OM STYRINGSRETTE</u>	<u>7</u>
<u>OPPSIGELSESVERNET</u>	<u>.....</u>	<u>7</u>
2.1	Begrepsavklaring.....	7
2.1.1	Virksomhetsbegrepet	7
2.1.2	Arbeidsgiverbegrepet.....	7
2.1.3	Omplasseringsplikten	8
2.2	Rettskildebildet	8
2.3	Styringsretten.....	9
2.4	Oppsigelsesvernet	10
2.4.1	Historie og bakgrunn	10
2.4.2	Generelt	10
2.4.3	Gjeldende rett	11
<u>3</u>	<u>ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å TILBY ANNET ARBEID -</u>	<u>12</u>
<u>OMPLASSERINGSPLIKTEN.....</u>	<u>.....</u>	<u>12</u>
3.1	Problemstilling.....	12
3.2	Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-7 (2)	12

3.2.1	Historie og bakgrunn	12
3.2.2	Nærmere om § 15-7 (2)	12
3.3	Omplasseringsplikten	13
3.3.1	Innledning	13
3.3.2	Tidspunkt for når arbeidsgiver skal vurdere omplassering	14
3.3.3	Har arbeidsgiver plikt til å opprette nye stillinger?	16
3.3.4	Forutsetning for omplasseringsplikt hos arbeidsgiver	17
3.4	Nærmere om grensene for hva arbeidsgiver kan gjøre i en omstillingsprosess	18
3.4.1	Grensen for omplasseringsplikten i forhold til andre ansatte	18
3.4.2	Kan arbeidsgiver tilby dårligere lønn og arbeidsvilkår?	20
3.4.3	Hva anses som ”passende” arbeid?	24
4	<u>TILRETTELEGGING OG OPPLÆRINGSPLIKT</u>	<u>26</u>
4.1	Problemstilling	26
4.2	Nærmere om arbeidstakers skikkethet	26
4.3	Har arbeidsgiver opplæringsplikt?	29
4.4	Forholdet til prøvetid	31
5	<u>FORHOLDET TIL VIRKSOMHETSBEGREPET</u>	<u>33</u>
5.1	Problemstilling	33
5.2	Utvikling av begrepet ”virksomhet”	33
5.3	Ulik organisering av virksomheten	34
5.4	Nærmere om virksomhetsbegrepets avgrensning	36
5.4.1	Forholdet til arbeidsgiverbegrepet	36
5.4.2	Forholdet til delt arbeidsgiveransvar	39
6	<u>DRØFTING MED ARBEIDSTAKER OG TILLITSVALGTE</u>	<u>42</u>

6.1	Problemstilling	42
6.2	Er drøfting en del av plikten til å tilby ”annet passende arbeid”?	42
6.3	I hvilken grad må arbeidstaker delta i omstillingsprosessen?	44
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>46</u>
7.1	Konsekvensen dersom arbeidstaker avslår tilbudet fra arbeidsgiver om ”annet passende arbeid”	46
7.2	Domstolenes prøvelsesrett	47
7.3	Avsluttende merknader	48
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>
8.1	Bøker	51
8.2	Artikler	51
8.3	Lover	52
8.4	Dommer	52
8.4.1	Høyesterett.....	52
8.4.2	Lagmannsrett	53
8.4.3	Norsk arbeidsrettslig domssamling	53
8.4.4	Arbeidsretten	53
8.4.5	Upublisert tingretten	53
8.5	Forarbeid	53
8.5.1	Odelstingsproposisjon.....	53
8.5.2	Norges Offentlige Utredninger	54
8.6	Lovkommentarer	54

1 INNLEDNING

1.1 Innledning

Norsk arbeidsliv er i dag i stadig utvikling, og arbeidslivet preges av omstilling og nedbemanning. Arbeidsgivere vil gjøre sitt ytterste for å spare penger og ha rasjonell drift for å være konkurransedyktige. Kravet til spesiell kunnskap og kompetanse blant de ansatte øker, og gjør at både de ansatte og arbeidsgivere må utvikle seg, innenfor en økonomisk ramme. "Overtallighet" er et begrep som benyttes i arbeidslivet. Med dette menes at det er for mange ansatt i forhold til behovet for arbeidskraft. Bedrifter vil søke å spare penger blant annet ved å redusere arbeidsstokken, eventuelt "bytte ut" ansatte med andre som innehar spesialkompetanse. Selv om arbeidsgivere vil ønske å gå til oppsigelse på denne bakgrunn, vil ikke enhver oppsigelse nødvendigvis være berettiget etter norsk arbeidsrett.

I lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62 i §§15-7 følgende, er det regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsforhold. Det er interessant å se nærmere på denne lovreguleringen om vern mot usaklig oppsigelse, og hva dette innebærer for arbeidsgiver og arbeidstaker. Oppsigelsesvernet står sterkt i norsk arbeidsrett. Det å ha et lovfestet vern mot å bli sagt opp uten saklig grunn, gir en stabilitet og forutsigbarhet for den enkelte arbeidstaker. Å ha en fast inntekt er et nødvendig gode, og derfor er det oppstilt regler i lovverket som skal sikre arbeidstakeres oppsigelsesvern.

Det er tatt inn en bestemmelse i arbeidsmiljøloven i § 15-7 som direkte regulerer vern mot usaklig oppsigelse. Første ledd angir utgangspunktet; *"Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold."*

I denne oppgaven vil jeg først og fremst se på oppsigelse med grunnlag i *virksomhetens forhold*. Det kan være flere grunner til at en virksomhet har saklig grunn til å gå til

oppsigelse av arbeidstakere. Eksempelvis vil dårlige økonomiske resultat ved virksomheten, kunne være en saklig grunn til å starte nedbemanning blant de ansatte.

Annet ledd i bestemmelsen om vern mot usaklig oppsigelse, bestemmer imidlertid at en oppsigelse som skyldes slik driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak *ikke* er saklig begrunnet "(...) dersom arbeidsgiver har et *annet passende arbeid* i virksomheten å tilby arbeidstaker".

Det er plikten arbeidsgiver har til å vurdere annet passende arbeid, som er tema for oppgaven. En virksomhet har ikke anledning til å si opp arbeidstakere hvis det er behov for arbeidskraft i virksomheten. Det er ingen grunn til at et arbeidsforhold skal avbrytes dersom det finnes annet arbeid som den ansatte kan gjøre. Som regel vil arbeidstakeren være tjent med å få en annen tilsvarende stilling, enn å stå helt uten arbeid. Arbeidstaker skal i alle tilfelle gis valget mellom å få tilbud om et alternativt arbeid eller å bli sagt opp.¹

1.2 Rettslig problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å finne ut hva som ligger i vilkåret "annet passende arbeid" jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2). Det fremgår av denne bestemmelsen at en oppsigelse som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak ikke er 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.*"

Uttrykket "annet passende arbeid" må tolkes for å finne hva som ligger i dette. Dette er et alternativ som må vurderes før arbeidsgiver eventuelt kan gå til oppsigelse. Verken arbeidsgiver eller arbeidstaker er tjent med en oppsigelsessak i retten. En vid tolking av begrepet "annet passende arbeid" innebærer et utvidet oppsigelsesvern for arbeidstaker. Motsatt vil en snever fortolkning av uttrykket gjøre at arbeidsgiver lettere kommer unna

¹ *Omstilling og nedbemanning* (2003) s. 202

med oppsigelsen. Spørsmålet er hvor langt plikten strekker seg for arbeidsgiver til å tilby annet arbeid. Arbeidsgiver vil under en nedbemanning eller ved rasjonaliseringstiltak prøve å unngå å komme i konflikt med oppsigelsesvernet. I forbindelse med saklighetsvurderingen av oppsigelsen vil det være nødvendig å vurdere hvorvidt det finnes slikt passende arbeid. Dersom det er tilfelle, vil en oppsigelse ikke være saklig.

Det heter videre i bestemmelsen i § 15-7 (2) at oppsigelsen ikke er saklig dersom arbeidsgiver kan tilby "(...) annet passende arbeid *i virksomheten*". Plikten for arbeidsgiver til å tilby annet passende arbeid er begrenset til "virksomheten". Begrepet "virksomhet" må tolkes for å finne rekkevidden av arbeidsgivers plikt til å tilby annet arbeid. En vid tolking av begrepet vil innebære et vidt stillingsvern for arbeidstaker, en større sjanse for at det finnes annet arbeid, og derfor en fordel. Motsatt vil en snever tolking føre til at området for arbeidsgiver til å tilby annet arbeid vil være mindre, og dermed et svekket stillingsvern for arbeidstakeren.²

Det reises flere spørsmål som må besvares for å finne det nærmere innholdet av hva som ligger i vilkåret "annet passende arbeid".

På hvilket tidspunkt i en oppsigelsesprosess må arbeidsgiver vurdere annet passende arbeid? Har arbeidsgiver en plikt til å vurdere annet passende arbeid?

Hva er grensen for omplasseringsplikten i forhold til andre ansatte? Kan arbeidsgiver tilby dårligere lønn eller arbeidsvilkår, uten å komme i konflikt med oppsigelsesvernet? Hvor annerledes kan stillingen som tilbys være? Hva er "passende" arbeid?

Hvor mye må arbeidsgiver tilrettelegge for at det alternative arbeid skal være passende? Har arbeidsgiver opplæringsplikt?

Det heter i bestemmelsen at arbeidsgiver skal tilby annet passende arbeid *i virksomheten* – hva ligger i dette? Må arbeidsgiver gi tilbud om annet arbeid dersom det innebærer at arbeidstaker må flytte til et annet sted geografisk eller til en annen filial?

² Storeng m.fl, 2006, s. 335

Har arbeidsgiver plikt til å drøfte en omplassering med arbeidstaker? Er det en del av omplasseringsplikten?

1.3 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven omhandler oppsigelse som skyldes *virksomhetens* forhold. Det avgrenses derfor naturlig mot saklig oppsigelse på grunn av *arbeidstakers* forhold. Saklighetsvurderingen av en oppsigelse kan deles opp i flere ledd. Denne oppgaven omhandler vurderingen av om det finnes annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren.

For det første avgrenses det mot saklighetsvurderingen av hvorvidt virksomheten i det hele tatt har saklig grunn til å gå til oppsigelse, for eksempel med grunnlag i behov for nedbemanning.

Det avgrenses videre mot den individuelle vurdering av hvilke enkeltpersoner som sies opp ut fra en saklig grunn. Det gjøres ikke rede for de ulike utvelgelseskriterier som gjør seg gjeldende ved en slik vurdering, så som kvalifikasjonskrav og ansiennitet. Dette kan av hensyn til oppgavens lengde ikke behandles. Videre vil ikke vurderingen av utvelgelseskretsen oppsigelsen skal skje for, behandles. Med utvelgelseskretsen menes hvilke personer som tas i betraktning ved vurderingen av hvem som skal sies opp; alle ansatte i virksomheten eller eventuelt bare en filial eller avdeling. Heller ikke interesseavveiningen i siste pkt i annet ledd i § 15-7 blir behandlet. Det er det siste leddet i vurderingen av oppsigelsens saklighet som er tema for oppgaven; en oppsigelse er likevel ikke saklig begrunnet dersom ”arbeidsgiver har et *annet passende arbeid* i virksomheten å tilby arbeidstaker”.

Oppgaven avgrenses mot en generell behandling av oppsigelsesvernet idet det favner for vidt. En kort redegjørelse for hva oppsigelsesvernet er, foretas imidlertid i pkt.

2.4.

Når det gjelder de tilsvarende bestemmelser om oppsigelsesvern i sjømannsloven og tjenestemannsloven, vil jeg av hensyn til plassmessige begrensninger ikke behandle disse.

I forbindelse med behandlingen av plikt til å tilby annet arbeid, reises det en del tilgrensende problemstillinger. Det blir for omfattende å ta med disse i oppgaven i sin helhet, men for sammenhengens skyld vil problemstillingene bli nevnt her.

En av problemstillingene som knyttes til oppsigelsesvernet og plikten til å tilby annet arbeid, er reglene om fortrinnsrett til ny stilling. Dette er situasjonen hvor man er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold, jf arbeidsmiljøloven § 15-7. Fortrinnsretten er regulert i arbeidsmiljøloven § 14-2. Fristen for arbeidstaker til å svare på tilbudet er 14 dager, jf. 5. ledd. Hvis ikke faller fortrinnsretten bort.

Videre finnes det andre alternativ til oppsigelse, herunder arbeidsgivers adgang til å permittere arbeidstakere eller foreta endringsoppsigelse. Permittering er aktuelt i det tilfellet hvor arbeidsgiver ikke har saklig grunn til å gå til oppsigelse. Det kan spørres om permittering er en mulig utvei i forbindelse med driftsinnskrenkninger og masseoppsigelser. Professor Henning Jakhelln har uttalt at det er ”en midlertidig løsning på et midlertidig problem”.³ Det kan jeg si meg enig i. Det kan diskuteres om permitteringer er en unnvikelse av oppsigelsesvernet. Imidlertid er permittering lagt opp slik at etter en viss tid gjeninntre lønnsplikten, dette for å hindre at man blir gående i permittering på ubestemt tid.

Endringsoppsigelse er en oppsigelse i kombinasjon med et nytt tilbud på andre vilkår, typisk dårligere. Også her gjelder kravet om saklig grunn. Det vil for en arbeidstaker likevel være mer fordelaktig å få muligheten til å fortsette på dårligere vilkår, enn et fullstendig opphør av arbeidsforholdet. Oppsigelsesvernet er her ivaretatt gjennom kravet til saklig grunn.

En annen problemstilling som oppstår i forbindelse med plikten til å tilby annet passende arbeid, er situasjonen ved overføring av virksomhet, herunder eierskifte. Et eierskifte i seg selv er ikke saklig grunn for å gå til oppsigelse. Det er kun dersom overføring av virksomheten vil føre til driftsinnskrenkninger i neste runde, at det vil være grunnlag for oppsigelser. I forbindelse med vurderingen av hva arbeidsgiver må gjøre for å finne annet passende arbeid, må det tillegges vekt at arbeidstakeren er tilbudt å forsette i arbeidet som ansatt hos den nye arbeidsgiver.⁴

Virkningene av en eventuell usaklig oppsigelse tas ikke med. Dette anses for å falle utenfor oppgavens ordlyd. Det kan likevel nevnes at spørsmål som reises i denne

³ Forelesning arbeidsrett høst 2007

⁴ Jakhelln, 2007, s. 528

sammenheng, vil kunne være om retten til å fortsette i stillingen, krav på erstatning/oppreisning, og ansiennitetsproblematikk hvis man får tilbake stillingen.

1.4 Den videre fremstilling

Pkt. 2 inneholder begrepsavklaringer og et metodekapittel. Videre gis det i pkt. 2.3 og 2.4 noe bakgrunnsstoff for den videre lesning, herunder om arbeidsgivers styringsrett og oppsigelsesvernet.

Punktene 3 til og med 6 er oppgavens hoveddel. Først i pkt. 3 skisseres bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-7 (2), som er hjemmelen for arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid. Her vil det bli redegjort for hva som ligger i vilkåret ”annet passende arbeid”. Videre redegjøres det generelt for arbeidsgivers plikt til å tilby annet arbeid - omplasseringsplikten.

I oppgavens pkt. 4 redegjøres det nærmere for hvilken eventuell plikt arbeidsgiver har til å gi opplæring og hvor mye arbeidsgiver må tilrettelegge for å finne annet arbeid i virksomheten. Dette er en del av omplasseringsplikten til arbeidsgiver.

Opgavens pkt. 5 tar for seg forholdet til virksomhetsbegrepet. Arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid er begrenset til å gjelde ”i virksomheten”, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2).

Sist i oppgavens hoveddel, pkt. 6, vurderes det hvorvidt arbeidsgiver har plikt til å drøfte en omplassering med arbeidstakeren, og om dette er en del av omplasseringsplikten.

I avslutningskapittelet, pkt. 7, forklares konsekvensen av at arbeidstaker avslår tilbud om annet arbeid fra arbeidsgiver. Videre nevnes kort i hvilken grad domstolen kan vurdere hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har vurdert vilkåret om ”annet passende arbeid”, se pkt. 7.2. Helt til slutt i pkt. 7, gjøres det noen avsluttende merknader om omplasseringsplikten hos arbeidsgiver, og hva en kan forvente av omstillinger og nedbemanning i dagens arbeidsliv.

2 BEGREPSAVKLARINGER, RETTSKILDEBILDET, OM STYRINGSRETTE OG OPPSIGELSESVERNET

2.1 Begrepsavklaring

2.1.1 Virksomhetsbegrepet

Begrepet ”*virksomhet*” er brukt flere steder i arbeidsmiljøloven, som en betegnelse for de driftsmessige aktiviteter som ledes av arbeidsgiver innen en organisatorisk ramme, og som kan være geografisk avgrenset i større eller mindre grad.⁵

2.1.2 Arbeidsgiverbegrepet

Hva som ligger i *arbeidsgiverbegrepet* må også defineres, i og med at dette i noen grad faller sammen med vurderingen av begrepet virksomhet. I motsetning til virksomhetsbegrepet har arbeidsgiverbegrepet fått en egen definisjon i arbeidsmiljøloven, § 1-8 (2). Loven bygger på et funksjonelt arbeidsgiverbegrep⁶ og det heter i forarbeidene at det blant annet skal ”*legges vekt på hvem som i praksis har opptrådt som arbeidsgiver og som har utøvet arbeidsgiverfunksjoner*”.⁷ Videre bygger arbeidsgiverbegrepet på at det ”*etter gjeldende rett er åpning for at arbeidsgiveransvaret etter en konkret vurdering kan plasseres hos flere dersom det foreligger et særskilt grunnlag for det, for eksempel at andre reelt har opptrådt som arbeidsgiver og utøvet arbeidsgiverfunksjoner.*”⁸

Om arbeidsgiverbegrepet heter det videre i forarbeidene: *Som alminnelig regel vil det rettssubjekt som er arbeidsgiver være sammenfallende med arbeidsgivers virksomhet. For*

⁵ Jakhelln, 2007 s. 46

⁶ Arbeidsrett.no Note 4 til § 1-8 i arbeidsmiljøloven av 2005

⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 76 (avsnitt 6.2)

⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 76 (avsnitt 6.2)

*de fleste praktiske tilfeller vil en virksomhet være det som etter alminnelig språkbruk er en bedrift. Hovedregelen er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet.*⁹

2.1.3 Omplaseringsplikten

Begrepet omplaseringsplikt blir benyttet i oppgaven. Med omplaseringsplikt menes den plikten arbeidsgiver har til å tilby arbeidstakeren annet passende arbeid i virksomheten. Omplaseringsplikten som begrep er ikke benyttet i lovteksten, men det følger av bestemmelsen i § 15-7 (2) at en oppsigelse ikke er saklig begrunnet dersom det finnes passende arbeid. I teorien er denne plikten for arbeidsgiver omtalt som en ”omplaseringsplikt.”¹⁰

2.2 Rettskildebildet

Vilkåret ”annet passende arbeid” må tolkes for å finne hva som ligger i dette. Etter en naturlig språklig forståelse av uttrykket ”annet passende arbeid”, jf. annet ledd, første punktum, vil ”passende arbeid” innebære noe som ligner det man har gjort før. Det må være innenfor bedriften, herunder forholdet til virksomhetsbegrepet. En tolking av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 15-7 (2) alene, gir ingen nærmere forståelse av hva som ligger i begrepet ”annet passende arbeid”, og man må derfor vurdere de andre rettskildefaktorene for å avgjøre hva som ligger i vilkåret.

§ 15-7 i arbeidsmiljøloven av 2005 er i stor grad en videreføring av den tilsvarende bestemmelse i tidligere Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v av 1977. Forarbeidene til denne lov vil således være relevante. Den tilsvarende bestemmelse om vern mot usaklig oppsigelse var tatt inn i loven fra 1977 i § 60 første ledd nr. 2. Det sentrale forarbeid til denne bestemmelsen er Ot.prp nr. 41 (1975-1976).

Videre vil rettspraksis rundt bestemmelsen § 15-7 (2) om vern mot usaklig oppsigelse være relevant ved fastleggelsen av hva som ligger i ”annet passende arbeid”. Rettsavgjørelser

⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 74

¹⁰ Se eksempelvis Storeng m.fl., 2006, s. 331

som vedrører vilkåret ”annet passende arbeid” knytter seg hovedsakelig til oppsigelsessaker. Det finnes ikke mange rettsavgjørelser fra Høyesterett som gjelder anvendelsen av § 15-7 (2) og vilkåret ”annet passende arbeid”, men jeg vil bruke de som finnes. Det er for det meste underrettsdommer (avgjørelser fra hovedsakelig lagmannsrett og tingrett) som drøfter hva som ligger i ”annet passende arbeid” og jeg vil hovedsakelig se hen til disse.

Når det gjelder avgrensningen av virksomhetsbegrepet, vil dette hovedsakelig løses ut fra den rettspraksis som finnes på området, og det vil bli vist til en rekke dommer, hovedsakelig fra Høyesterett.

2.3 Styringsretten¹¹

Arbeidsgiver innehar en styringsrett ovenfor virksomheten og de ansatte. Styringsretten defineres i dommen inntatt i Rt. 2000 s. 1602, som arbeidsgivers rett til å organisere, lede, fordele og kontrollere arbeidet. Arbeidsgivers styringsrett innebærer blant annet at man kan ta avgjørelse om å gå til oppsigelse med grunnlag i arbeidstakers, arbeidsgivers eller virksomhetens forhold. I arbeidsgivers styringsrett ligger et krav om å lede driften lønnsomt og effektivt. Arbeidsgiver må for eksempel vurdere å gå til oppsigelse dersom det er nødvendig for å rasjonalisere driften.

Bestemmelsen i § 15-7 (2), som hjemler plikten arbeidsgiver har til å tilby annet passende arbeid, innebærer en begrensning i arbeidsgivers styringsrett.

Generelt sett vil de beslutninger arbeidsgiver kan ta ut fra styringsretten, begrenses ut fra det arbeidsrettslige prinsipp ”saklighetskravet”. Det heter i Rt. 2001 s. 418 om dette:

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

¹¹ Jakhelln, 2007 s. 48-50

organisasjonsendringen. En slik beslutning er etter mitt syn ikke brudd på den allmenne saklighetsnorm¹².”

Saklighetskravet kan sees som en konsekvens av arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold til arbeidsgiver som avtalen etablerer. Beslutninger fra ledelsen kan være inngripende for de ansatte. For at dette skal kunne aksepteres av rettsordenen, må disse beslutninger fra arbeidsgiver være på et ordentlig og aktverdig grunnlag, slik at en avgjørelse om å gå til oppsigelse må være saklig og skje på en forsvarlig måte.

I forhold til vilkåret ”annet passende arbeid” innebærer dette en konkret begrensning i styringsretten, begrunnet i saklighetskravet. For det tilfelle at arbeidsgiver har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren, vil en oppsigelse ikke være saklig. Dette fremgår eksplisitt av bestemmelsen i § 15-7 (2).

2.4 Oppsigelsesvernet

2.4.1 Historie og bakgrunn

Reglene om vern mot usaklig oppsigelse har vært lovfestet siden arbeidervernloven fra 1936. Lovfesting av reglene om at en oppsigelse skulle ha saklig grunn for å være gyldig, innebar en styrking av oppsigelsesvernet. Kravet til ”saklig grunn” har gjennomgått en betydelig utvikling siden lovfestingen i 1936-loven.¹³ ”Saklig grunn” kan karakteriseres som en rettslig standard. Med dette menes at standarden for hva som er ”saklig grunn” vil endre og utvikle seg i takt med rettstilstanden. Det som var saklig grunn til oppsigelse tidligere, er ikke nødvendigvis saklig grunn i dag, og motsatt.

2.4.2 Generelt

Med oppsigelsesvern mener man at arbeidstakeren har et vern mot å bli sagt opp uten saklig grunn. Dette omtales også som stillingsvern. Stillingsvernet står sterkt i norsk arbeidsrett. Det er et krav til saklig grunn for at man skal kunne bli sagt opp. Dersom det finnes ”annet passende arbeid” jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2), vil plikten til å tilby dette

¹² Min understrekning

¹³ Jakhelln, 2007, s. 428

være et alternativ til oppsigelse som følge av driftsinnskrenkninger eller lignende. Hvis annet passende arbeid finnes, må arbeidsgiver gi tilbud om et slikt alternativ for å unngå at en oppsigelse skal kunne bli kjent ugyldig.

2.4.3 Gjeldende rett

Oppsigelsesvernet er lovfestet med den sentrale bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-7 om vern mot usaklig oppsigelse. Første ledd angir den generelle regel: ”*Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.*” Det er en forutsetning at det finnes saklig grunn dersom man skal kunne foreta en gyldig oppsigelse overfor en arbeidstaker. Bestemmelsen i § 15-7 bygger på prinsippet om individuell saklighet. Det er dermed ikke tilstrekkelig å begrunne oppsigelsen generelt, i for eksempel et behov for nedbemanning. Sakligheten må vurderes individuelt i forhold til den enkelte arbeidstaker som det er tale om. Kravet om saklig grunn gir rom for en skjønnsmessig vurdering.¹⁴

¹⁴ Jakhelln, 2007, s. 429

3 ARBEIDSGIVERS PLIKT TIL Å TILBY ANNET ARBEID - OMPLASSERINGSPLIKTEN

3.1 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i oppgaven er å finne hva som kan utledes av den plikten arbeidsgiver har til å finne ”annet passende arbeid” i virksomheten (omplasseringsplikten). Bestemmelsen i § 15-7 (2) hjemler omplasseringsplikten, og denne innebærer også en tilretteleggingsplikt og opplæringsplikt for arbeidsgiver. (Se nærmere om dette i pkt. 4). I det følgende drøftes grensene for arbeidsgivers omplasseringsplikt.

3.2 Om bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-7 (2)

3.2.1 Historie og bakgrunn¹⁵

Kravet til at arbeidsgiver før oppsigelse skal gi tilbud om annet passende arbeid innebærer en lovfesting av tidligere praksis om omplasseringsplikt. Før 1960 finnes det ikke noe i praksis om at det forelå en plikt til å finne alternative løsninger enn oppsigelse. Det kunne imidlertid utledes en plikt til å vurdere andre løsninger enn oppsigelse ut fra saklighetskravet i arbeidervernloven av 1956 § 43. I første halvdel av 1970-årene kunne man utlede av rettspraksis, at det var gjeldende rett at arbeidsgiver hadde plikt til å vurdere andre løsninger enn oppsigelse, i hvert fall for eldre arbeidstakere. Plikten til å tilby annet arbeid ble nedfelt i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60 punkt 2. Bakgrunnen for dette var å lovfeste den oppfatning Høyesterett hadde lagt til grunn i praksis.

3.2.2 Nærmere om § 15-7 (2)

Det vil som nevnt kunne være saklig grunn til oppsigelse med grunnlag i virksomhetens forhold, dersom bedriften for eksempel står ovenfor driftsinnskrenkninger, jf. annet ledd i bestemmelsen, men bare dersom det ikke finnes annet passende arbeid i virksomheten. Det

¹⁵ Fanebust, 2001, s. 138 flg.

kan være mange grunner til at arbeidsgiver ser at det er nødvendig med nedbemanning og driftsinnskrenking i virksomheten, eksempelvis ønske om å rasjonalisere driften. Dersom det foreligger slike forhold, vil det kunne være saklig grunn for oppsigelse slik at nedbemanning eventuelt kan finne sted.

Dette innebærer en forpliktelse hos arbeidsgiver overfor arbeidstakerne til å vurdere om det finnes *annet passende arbeid*, og da gi tilbud om dette. Å vurdere muligheten for annet passende arbeid er en del av den totale saklighetsvurdering som må foretas i forbindelse med oppsigelsen. En oppsigelse i forbindelse med driftsinnskrenkninger vil ikke være saklig dersom det er muligheter for å finne annet passende arbeid. Det er ikke noe poeng at arbeidsgiver sier opp en ansatt dersom annet passende arbeid finnes i bedriften, og den ansatte har derfor oppsigelsesvern i en slik situasjon. Det skal heller ikke være slik at arbeidsgiver kan ”kvitte” seg med ansatte som man ikke lenger ønsker i arbeid, for så å ansette noen nye. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at en oppsigelse er saklig.

3.3 Omplasseringsplikten

3.3.1 Innledning

Utgangspunktet i forbindelse med plikten til å tilby annet passende arbeid, er at det er opp til virksomheten selv å vurdere hvilke stillinger de til enhver tid skal ha i virksomheten. Det er arbeidsgiver som oppretter, nedlegger og omrokkerer på stillinger i virksomheten. Organiseringen av driften av virksomheten tilligger arbeidsgiver.¹⁶ Dette følger av arbeidsgivers styringsrett, se punkt 1.6. Selv om utgangspunktet er at arbeidsgiver kan bestemme hvilke stillinger de skal ha i bedriften, begrenses denne styringsretten ut fra saklighetskriterier, så som kravet til saklig grunn ved oppsigelse.

Det fremgår av bestemmelsen § 15-7 (2) at en oppsigelse ikke er saklig begrunnet dersom ”arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker.” Som nevnt

¹⁶ Fanebust, 2001, s. 332

under begrepsavklaringen i pkt. 2.1.3, vil dette også kunne omtales som arbeidsgivers omplasseringsplikt.

For at det skal foreligge en omplasseringsplikt hos arbeidsgiver, er det en forutsetning at arbeidsgiver faktisk har annet arbeid å tilby. I omplasseringsplikten ligger det også en forutsetning om at det er et reelt tilbud som gis. Bevisbyrden for at det ikke finnes annet passende arbeid tilligger arbeidsgiver.¹⁷ I denne forbindelse kan det være hensiktsmessig for arbeidsgiver å gi et skriftlig tilbud til arbeidstakeren. Det er ikke oppstilt noe formkrav om dette, men det kan være avgjørende som dokumentasjon ved en eventuell oppsigelsessak.

3.3.2 Tidspunkt for når arbeidsgiver skal vurdere omplassering

Det kan spørres på hvilket tidspunkt vurderingen av om det foreligger saklig grunn til driftsinnskrenkning og rasjonaliseringstiltak skal foretas. Dette forholder seg også til hvilket tidspunkt arbeidsgiver plikter å fremsette tilbudet om annet arbeid.

Det er forholdene på oppsigelsestiden som er utgangspunktet for om en oppsigelse er saklig. Dette rettslige utgangspunktet modifiseres imidlertid noe i praksis hva gjelder arbeidsgivers plikt til å tilby annet arbeid. Eksempel på dette finnes i RG 1991 på s. 1283. Faktum i denne saken var at 3 arbeidstakere ble oppsagt som ledd i rasjonaliseringstiltak. Det ble imidlertid ansatt 5 personer et halvt år tidligere. Retten fant at bedriften allerede på dette tidligere tidspunkt var klar over at det nye EDB/økonomistyringssystemet som skulle innføres, ville føre til redusert behov for bemanning. Det uttales i dommen på s. 1293:

”Det er tilstrekkelig for retten å konstatere at rederiet ved større grad av fleksibilitet kunne ha organisert sitt arbeidskraftbehov på regnskapsavdelingen på en annen måte enn ved nyansettelser sommeren/høsten 1989 når man på dette tidspunkt var klar over at arbeidsoppgavene på avdelingen kort tid deretter ville bli redusert.”

Dersom bedriften på et dette tidligere tidspunkt hadde redusert nyansettelsene, ville de ikke kommet i en situasjon hvor de ansatte ble overtallige. Oppsigelsene av de 3 ble derfor kjent

¹⁷ Se note 8 i arbeidsrett.no til § 15-7

usaklige og ugyldige. Av denne dommen kan vi slutte at dersom det på oppsigelsestidspunktet er behov for nedbemanning, vil det nødvendigvis ikke være en saklig oppsigelse hvis arbeidsgiver kunne unngått å komme i en slik situasjon på et tidligere tidspunkt.

I forlengelsen av dette kan det spørres hvor lenge arbeidsgiver kan vente med å gi tilbud til en arbeidstaker som vurderes oppsagt. Det fremgår av rettspraksis at plikten arbeidsgiver har til å fremsette tilbud om annet arbeid bør gis så tidlig som mulig i en oppsigelsesprosess.¹⁸ Dette bør gjøres for at arbeidstakeren skal kunne vurdere alle momentene i saklighetsvurderingen av oppsigelsen, også hvorvidt det fremsettes tilbud om annet arbeid. Se for eksempel dom fra Asker og Bærum tingrett 20.april 1993 hvor det heter:

”Prosessøkonomiske hensyn tilsier også at arbeidsgiver ikke kan vente med å fremsette slike tilbud inntil slutfasen i den rettslige overprøving av oppsigelsen. På det tidspunkt hvor en oppsagt arbeidstaker må ta standpunkt til om han skal anlegge sak etter arbeidsmiljøloven § 61, bør alle momenter i en saklighetsvurdering være lagt på bordet. Det må også gjelde spørsmålet om arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til å skaffe annet arbeid utfra det faktiske grunnlag for slikt arbeid som måtte foreligge på dette tidspunkt.”

Det følger av rettspraksis at omplasseringsplikten etter § 15-7 (2) omfatter mer enn at arbeidsgiver skal finne en annen passende stilling til arbeidstakeren. Det essensielle er at det å gå til oppsigelse er en inngripende og alvorlig handling, slik at arbeidsgiver er pliktig til å vurdere andre løsninger.¹⁹ Eksempler på dette kan være arbeid på redusert tid eller lønn, eventuelt andre arbeidsvilkår. Dette er forhold som utdypes nærmere i oppgaven, se blant annet pkt.3.4.2 nedenfor.

¹⁸ Dege, 2003, s. 606

¹⁹ Fanebust, 2001, s. 150

3.3.3 Har arbeidsgiver plikt til å opprette nye stillinger?

Det første spørsmålet som reises i forbindelse med omplasseringsplikten, er hvorvidt arbeidsgiver har plikt til å opprette nye stillinger, eller å opprettholde de som allerede finnes, for å unngå oppsigelse av arbeidstaker. Dette selv om virksomheten ikke har behov for disse stillingene. Har arbeidsgiver i kraft av omplasseringsplikten en slik plikt? Det følger direkte av forarbeidene at arbeidsgiver ikke plikter å gjøre dette.²⁰

Det interessante i denne sammenheng er dermed grensen andre veien, hva arbeidsgiver må gjøre for å holde seg innenfor omplasseringsplikten. Ovenfor fremgår det at arbeidsgiver ikke plikter å opprette nye stillinger. Arbeidsgiver vil imidlertid måtte gjøre noe mer enn å gå til oppsigelse bare fordi stillingen ikke fins mer. I de tilfeller hvor en omorganisering i seg selv kan føre til at man slipper å gå til oppsigelse, vil arbeidsgiver ha en viss plikt til å gjøre dette. Dette innebærer at arbeidsgiver må se om arbeidstakerne kan brukes i andre stillinger enn den de opprinnelig var ansatt i. Som en følge av dette, vil arbeidstakere muligens måtte akseptere redusert stillingsprosent eller lønn, endog flytte til et annet sted geografisk. Dersom det finnes en ledig stilling i virksomheten, vil en oppsigelse kunne bli underkjent. Det samme gjelder dersom det som følge av omlegning innad i bedriften opprettes andre nye stillinger.²¹ Oppsigelsen vil da kunne være usaklig fordi det finnes alternativt arbeid for den aktuelle ansatte, med mindre andre ansatte med bedre ansiennitet eller kvalifikasjoner vil ha fortrinnsrett til stillingen. Poenget er at arbeidsgiver må vurdere andre løsninger før han/hun går til oppsigelse, selv om det ikke finnes en klar stilling for den ansatte å tre inn i. Dersom det fra arbeidsgivers side godtgjøres at en slik passende stilling faktisk ikke finnes, vil oppsigelsen kunne være saklig begrunnet. Av bevismessige hensyn bør arbeidsgiver kunne dokumentere dette.

²⁰ Se s. 72 i Ot.prp nr. 41 (1975-1976)

²¹ Fanebust, 2001, s. 147

3.3.4 Forutsetning for omplasseringsplikt hos arbeidsgiver

Det fremgår av bestemmelsen § 15-7 (2) at arbeidsgiver skal gi tilbud om annet passende "arbeid". I dette ligger ikke at det må være en formelt opprettet og ledig stilling for arbeidstaker å tre inn i, se forrige pkt.(3.3.3).

Forutsetningen for at omplasseringsplikten skal utløses hos arbeidsgiver, er at det i virksomheten finnes "*passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov*".²² Med andre ord er det tilstrekkelig for at det skal foreligge en omplasseringsplikt hos arbeidsgiver, at det finnes behov for arbeidskraft i bedriften som den ansatte kan utføre.

I forlengelsen av spørsmålet om arbeidsgivers omplasseringsplikt, der hvor det er et *udekket arbeidskraftbehov*, kommer en problemstilling om bruk av vikarer. Er det slik at virksomheten er forpliktet til å tilby arbeidstakeren annen stilling, dersom den har et udekket arbeidskraftbehov som den søker å dekke gjennom vikaransettelser?²³ Hvor går grensen for omfanget av vikarbruk slik at virksomheten må anses for å ha et udekket arbeidskraftbehov?

Problemstillingen var oppe i Eidsivating lagmannsrett 28. oktober 2005²⁴, hvor to ansatte ved Posten Norge ble sagt opp som overtallige i forbindelse med rasjonaliseringstiltak. De oppsagte anførte at oppsigelsene var usaklige idet det fantes annet passende arbeid i bedriften. Resultatet i saken var imidlertid at oppsigelsene ble kjent gyldige. De to oppsagte anførte at det gjennom omfattende bruk av vikarer og overtid forelå et fast og påregnelig behov for arbeidskraft. Det ble for retten blant annet vist til en tidligere dom, Rt. 1989 s. 1116. I den saken hadde bruken av en vikar blitt ansett for å være i strid med en bestemmelse i tidligere arbeidsmiljølov § 58 nr 7-2 om vikariater. Dette førte imidlertid ikke frem i den foreliggende sak, fordi det i saken fra 1989 var et "*fast og konstant behov for vikarer*". Dette var ikke tilfellet i Posten Norge, hvor det var variasjon i

²² Se s. 72 i Ot.prp nr. 41 (1975-1976)

²³ Note 575 gyldendal rettsdata, arbeidsmiljøloven av 2005

²⁴ LE-2004-102906

arbeidsmengden fra dag til dag. Posten Norge fikk derfor medhold i at oppsigelsene var saklige. Rettens flertall mente dessuten at det var en sammensatt vurdering og la blant annet vekt på at det var en betryggende beslutningsprosess som lå til grunn for oppsigelsene. I fall gjennomføringen av oppsigelsene ikke hadde vært betryggende, ville det *”være mindre grunn for retten til å vise tilbakeholdenhet med å sette arbeidsgiverens vurdering til side.”* Mindretallet, på sin side, mente at det ikke var tilstrekkelig godtgjort at variasjoner i arbeidsmengden var så store og uforutsette at det ville tilsi bruk av en stor andel vikarer og overtid. Dette ble begrunnet med at det reelle behovet for vikarer ville vært minst ca. 20 %. De mente at det måtte være mulig å organisere arbeidet for de faste for å kunne møte utfordringene variasjon i arbeidsmengden skaper.

Dommen viser at det ikke nødvendigvis kan brukes % -tall i forhold til udekket arbeidskraft og behov for vikariater. Flertallet i lagmannsrettsdommen bemerker at det

”(...)ikke er mulig å operere med en felles målestokk for hva som er ”lovlig” andel vikar- og overtidsbruk. Dette avhenger helt av virksomhetens karakter og omfang.”

Det kan leses ut av dommen at lovligheten av bruk av vikarer i forhold til arbeidskraftbehovet må avgjøres ut fra en mer konkret helhetlig vurdering, ikke bare statistikk og prosenter, og hvor prosessen rundt oppsigelsenes gjennomføring også tas i betraktning. Dette får betydning for vurderingen av hvorvidt det foreligger et udekket arbeidskraftbehov som igjen avgjør muligheten for å tilby annet passende arbeid.

I det videre vurderes det nærmere hvilken adgang arbeidsgiver har til å velge ut hvem han ønsker å beholde, og grensene for hvordan arbeidsgiver kan gjennomføre omplasseringsplikten, der hvor det er behov for arbeidskraft.

3.4 Nærmere om grensene for hva arbeidsgiver kan gjøre i en omstillingsprosess

3.4.1 Grensen for omplasseringsplikten i forhold til andre ansatte

Arbeidsgiver må gjøre visse tiltak for å avhjelpe en mulig oppsigelsessituasjon selv om det er behov for nedbemanning og rasjonalisering. Oppsigelse skal være siste utvei. På den annen side kan arbeidsgiver ikke pålegges det umulige.

I de tilfeller hvor en hel avdeling må legges ned, vil det kunne bli vanskelig å finne andre jobber til samtlige ansatte, eksempelvis ved masseoppsigelse, jf § 15-2 i arbeidsmiljøloven. Masseoppsigelse vil si oppsigelse av minst 30 arbeidstakere innenfor 30 dager.

Ved behov for oppsigelse av flere arbeidstakere på samme tid, kan det bli spørsmål om hvem som må gå. Arbeidsgiver vil kanskje ha mulighet til å finne annet passende arbeid for noen av dem, men ikke alle. Det er da opp til arbeidsgiver å vurdere hvem som skal få beholde jobbene, men som eventuelt må omplasseres. Arbeidsgivers plikt til å finne alternativ til oppsigelse er en begrensning av styringsretten.

Et eksempel på at arbeidsgiver selv kan vurdere hvilke ansatte som skal få beholde jobben og hvem som må gå ut fra kvalifikasjoner og ansiennitet, finner vi i dom fra Eidsivating lagmannsrett fra 2005.²⁵ Saken gjaldt oppsigelse i forbindelse med omorganisering og rasjonaliseringstiltak begrunnet i overtallighet. Resultatet i dommen ble at oppsigelsen av en kontormedarbeider var saklig. I forbindelse med plikten til å tilby annet passende arbeid, kom retten til at denne plikten ikke:

”(...) omfatter en plikt til, om nødvendig, å si opp andre ansatte, for eksempel med dårligere ansiennitet, for på den måten å frigjøre et passende arbeid til den som ellers står foran en oppsigelse.”

Saken ble avgjort på den mer sammensatte vurdering av om det var en forsvarlig saksbehandlingsprosess i forbindelse med oppsigelsen, hvilket retten kom til at det var. Saken viser at dersom arbeidsgiver vurderer å si opp en person, skal plikten til å tilby annet arbeid ikke gå så langt at det går på bekostning av andre ansatte som arbeidsgiver ønsker å beholde. Arbeidsgiver skal gjøre så mye som mulig for å beholde sine ansatte, men det er går en grense når dette går ut over øvrige ansatte.

Eksempel på dette finner vi også i Rt. 1995 s. 227. Saken gjaldt riktignok tidligere arbeidsmiljølov § 13 nr 2 (inntatt i nåværende arbeidsmiljølov § 4-6), som omhandler arbeidsgivers plikt til å finne passende arbeid til arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Det uttales i dommen på s. 232 om muligheten for å omplassere vedkommende;

²⁵ RG 2005-920 – LE-2004-40232

”Jeg finner det for min del vanskelig å tolke § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmede. Noe slikt ville etter min mening ha krevd klar tale i lovtekst eller i alle fall i forarbeider.”

Det kan utledes av disse dommene at plikten arbeidsgiver har til å finne annet arbeid ikke er så vidtrekkende at gjennomføringen av den skal gå på bekostning av andre ansatte.

3.4.2 Kan arbeidsgiver tilby dårligere lønn og arbeidsvilkår?

Det neste spørsmålet det er naturlig å se nærmere på, er hvor grensene går i forbindelse med arbeidsgivers tilbud til arbeidstaker om arbeid med dårligere lønn og arbeidsvilkår. Vil dette anses som ”annet passende arbeid”?

I henhold til forarbeidene²⁶ vil arbeidsgiver som utgangspunkt ikke være fri for ansvar hvis han ”tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enten med hensyn til lønn eller til stillingsinnhold enn det han hadde.” Det tilbud som arbeidsgiver gir skal være så likt innholdsmessig og lønnsmessig som mulig i forhold til den tidligere stilling. Dersom en slik tilsvarende stilling med like vilkår ikke finnes, vil arbeidsgiver likevel ha plikt til å forespørre arbeidstakeren om vedkommende ønsker en jobb med *andre* vilkår og eventuelt dårligere lønn, dersom arbeidsgiver har en slik stilling. Omplasseringsplikten kan altså i slike tilfeller likevel være oppfylt selv om det tilbys dårligere lønn eller arbeidsvilkår. Dette betyr at arbeidsgiver i første omgang må søke å finne tilsvarende arbeid i forhold til tidligere stilling, og deretter se om det finnes dårligere alternativ med hensyn til lønn og vilkår. I denne sammenheng er arbeidsgiver forpliktet til å drøfte dette med arbeidstaker. De fleste vil foretrekke å få en mindre interessant eller dårligere betalt stilling, enn å stå helt uten arbeid. Selv om det er lite sannsynlig at det alternative arbeidet som tilbys vil bli akseptert av arbeidstaker, vil arbeidsgiver klart ha en plikt til å tilby kvalitativt dårligere

²⁶ Ot.prp. nr 41 (1975-1976) s. 72

arbeid. Det er opp til arbeidstaker å velge hvorvidt han eller hun ønsker å beholde jobben med dårligere vilkår eller å bli sagt opp.²⁷

I Rt. 1962 s. 888 ble en oppsigelse kjent ugyldig fordi en arbeidstaker ikke ble tilbudt arbeid av ”*tyngre og av mer underordnet art enn det han hadde utført tidligere*”. Retten utelukket ikke at den tidligere ansatte ville ha akseptert et eventuelt tilbud fra arbeidsgiver;

”Når jeg ser hen til de opplysninger som foreligger om Ellingsens arbeidsforhold i tiden fra rasjonaliseringstiltakene ble satt i verk våren 1958 og frem til oppsigelsen, er det meget som taler for at partene - såfremt Ellingsen hadde fått tid og anledning til i ro å tenke over et eventuelt tilbud fra bedriften om annet arbeid, og etter at saken hadde vært undergitt regulær organisasjonsmessig drøftelse – hadde kunnet finne frem til en ordning som Ellingsen ville ha godtatt. Ansvar for at tilbud ikke ble fremsatt, må i hvert fall falle på bedriften.”

Plikten til å forespørre arbeidstaker om vedkommende ønsker en jobb med dårligere betingelser, fremkommer videre i Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) og Rt. 1972 s. 1330.²⁸ Det uttales av flertallet i førstnevnte dom på s. 396;

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

I Rt. 1972 s. 1330 på s. 1334 uttaler flertallet at styret skulle ha forelagt spørsmålet om oppsigelse for arbeidstakeren. En arbeidstaker ble sagt opp på grunn av rasjonalisering som følge av en brann på et hotell. Vedkommende hadde vært bokholder i lang tid ved hotellet. Det heter i dommen på s. 1334:

²⁷ Note 8 arbeidsrett.no til § 15-7 i arbeidsmiljøloven

²⁸ Ot.prp. nr 41 (1975-1976) s. 72

”(…)dersom spørsmålet om oppsigelse var blitt forelagt Pettersen på forhånd, er det etter min mening nærliggende å tro at det kunne vært funnet en løsning som tok rimelig hensyn til Pettersen uten å medføre vesentlige ulemper for bedriften.”

Vurderingstemaet vedrørende hvorvidt en stilling uten tilsvarende ansvars- og lønnsnivå kan være ”annet passende arbeid”, kommer også til uttrykk i en dom fra Agder lagmannsrett, se RG 1993 s. 1007.²⁹ Saken gjaldt en kvinnelig produksjonsmedarbeider, Nygård, som ikke fikk tilbud om arbeid i bedriftens kantine i forbindelse med nedbemanning som skyldtes nedgang i etterspørsel etter bedriftens produkter. Imidlertid ble en annen kvinne ansatt i stillingen samtidig som det var kjent at Nygård om kort tid ville bli oppsagt. I nevnte sak uttaler retten at

”Etter lagmannsrettens lovforståelse må kantinearbeidet anses som ”annet passende arbeid” hvis Nygård kunne ha utført det på en rimelig god måte, selv om andre måtte antas å ville kunne ha utført det bedre.”

I en lagmannsrettsdom fra 2001³⁰ kom flertallet til at lovens krav *ikke* var oppfylt i forhold til arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid. Her ble en datakonsulent tilbudt jobb ved en hjelpedisk. Dette innebar vesentlig endringer i den ansattes tidligere stilling med hensyn til arbeidsform og arbeidsområde. Videre representerte dette arbeidet en annen retning med hensyn til faglig utvikling sammenlignet med tidligere oppgaver innen programmering. Det heter i dommen:

”Utgangspunktet er at arbeidstakeren må tilbys arbeid som mest mulig svarer til det han har når det gjelder lønn, arbeidsoppgaver og stillingsinnhold ellers.”

I og med at arbeidet var betydelig nedgradering av tidligere jobb, ble oppsigelsen kjent ugyldig.

Saken viser at arbeidsgiver ikke kommer unna omplasseringsplikten ved å tilby en vesentlig dårligere stilling. Arbeidsgiver må tilby noenlunde samme innholdsmessige

²⁹ Gyldendal rettsdata arbeidsmiljøloven av 2005 note 575

³⁰ LG 2000-207

utfordringer, hvis dette finnes, slik at den ansatte ikke blir ”satt tilbake” i forhold til tidligere oppgaver.

Heller ikke i Borgarting lagmannsretts dom fra 2007³¹ ble arbeidsgiver ansett for å ha gjort tilstrekkelig for å finne annet passende arbeid. Oppsigelsen ble derfor kjent ugyldig. Sakens faktum var at arbeidstaker (A) hadde vært ansatt i Peppes Pizza i 13 år. A startet opprinnelig som kokk, men fikk etter hvert mer ansvar og jobbet som kjøreleder og vaksjef, og senere distribusjonsleder. I forbindelse med rasjonalisering av bedriften ble A tilbudt stilling som kokk, noe vedkommende avsto. Vedrørende spørsmålet om stilling som kokk var å anse som annet passende arbeid, uttaler lagmannsretten at

”Arbeidet som kokk er vesensforskjellig fra arbeidet som distribusjonsleder med hensyn til innhold og ansvar, og er også et arbeid som A kun har utført i den aller første tiden av sitt 13-årige ansettelsesforhold hos Peppes. At han er tilbudt å opprettholde sin nåværende lønn, endrer ikke dette.”

Tilbudet fra Peppes ble her derfor ikke ansett for å være tilstrekkelig for å overholde omplasseringsplikten etter loven. Det neste spørsmålet retten måtte vurdere, var om Peppes hadde gjort tilstrekkelig for å finne et annet passende arbeid i bedriften, annet enn som kokk. I denne forbindelse uttaler retten at Peppes ikke hadde godtgjort at de hadde gjort tilstrekkelige anstrengelser for å avklare om det fantes passende arbeid for A. Konsekvensen var at oppsigelsen var usaklig. Lagmannsretten uttaler om dette at arbeidsgivers plikt til å tilby annet arbeid ikke er begrenset til eksisterende stillinger,

”men også innebærer en viss plikt til å tilpasse organiseringen av sin virksomhet slik at plikten omplasseringsplikten kan oppfylles, dersom dette er mulig. I denne forbindelse må arbeidsgiver gjennomføre åpne drøftelser med arbeidstager for å avklare om det finnes annet passende arbeid” og referer til teorien.

Dette viser at selv om en arbeidsgiver tilbyr en dårligere jobb med hensyn til innhold og ansvar, så er ikke dette nødvendigvis nok selv om lønnen vil være den samme. I saken referert til ovenfor uttaler retten at arbeidsgiver i tillegg må gjøre noe aktivt for å finne

³¹ LB-2007-3738

annet arbeid. Arbeidsgiver må organisere virksomheten slik at det er mulig å oppfylle omplasseringsplikten.

De refererte dommer viser at et tilbud med dårligere lønn og arbeidsvilkår vil være passende arbeid, dersom fortsettelse av arbeidet på like vilkår ikke lar seg gjøre.

Utgangspunktet er at arbeidsgiver vurderer likeverdig arbeid, men dersom dette ikke finnes, vil arbeidsgiver ha oppfylt sin omplasseringsplikt ved å tilby alternative vilkår. Det kan videre legges til grunn at arbeidsgiver i alle tilfelle vil ha plikt til å forespørre og vurdere et slikt alternativ før en eventuell oppsigelse.

3.4.3 Hva anses som "passende" arbeid?

Det vil som et utgangspunkt være opp til arbeidsgiver sitt skjønn å avgjøre *hva slags* annet passende arbeid som tilbys arbeidstakerne. Likevel vil ikke ethvert tilbud om annet arbeid tilfredsstillende lovens krav til "annet passende arbeid". Dette kan leses ut av praksis, jf. nedenfor. Spørsmålet er da hvor langt arbeidsgiver kan gå ved å tilby arbeid som ikke passer med hva den ansatte har gjort tidligere, og hvor langt arbeidsgiver skal tilpasse seg arbeidstakernes ønsker.

I en nedbemanningssituasjon vil arbeidstakerne eksempelvis komme med ønsker om hva slags tilsvarende stilling de kunne tenke seg i virksomheten. Det vil kunne være tilstrekkelig for å oppfylle den lovfestede omplasseringsplikten, at arbeidsgiver gir et tilbud om annet passende arbeid, selv om arbeidstaker ønsker seg en annen stilling enn det som tilbys. Dette ble tatt opp i dommen i Agder lagmannsrett fra 2001.³² Saken gjaldt 4 ansatte på en offshore-innretning i Nordsjøen. Som følge av at engasjementet opphørte, ble en rekke stillinger overtallige. Driftsinnskrenkningene førte til oppsigelser. De oppsagte ble tilbudt arbeid på skip i stedet for en tilsvarende offshore-innretning, noe som ville innebære tilsvarende oppsigelse av ansatte med kortere ansiennitet på denne offshore-innretningen. Det uttales av lagmannsretten at man kan,

³² LA-2001-799

”i en situasjon der oppsagte arbeidstakere er tilbudt stilling i virksomheten som tilfredsstillende lovens krav til ”passende arbeid”, ikke tillegge de oppsagte arbeidstakerers ønske om et annet arbeidstilbud avgjørende vekt, i hvert fall ikke når det tilbudet arbeidstakeren ønsker påfører arbeidsgiveren vesentlige ulemper, herunder å måtte si opp andre ansatte.”

De ansatte aksepterte ikke de skipsstillinger som de ble tilbudt. Tilbudet ble imidlertid ansett tilstrekkelig etter arbeidsmiljølovens § 60 nr 2 om å tilby ”annet passende arbeid”, og oppsigelsene var dermed saklige.

Dommen viser at arbeidsgiver til syvende og sist har det avgjørende ord i forhold til hvilken type stilling som tilbys arbeidstakerne. Det kan, som i saken ovenfor, være at arbeidstakerne har andre forslag og ønsker om stillinger de kan omplasseres til, men hvor arbeidsgiver finner det mest hensiktsmessig å gå imot disse ønskene. Hensynet til arbeidsgiver taler i slike tilfelle sterkere enn arbeidstakernes, så lenge arbeidsgiver oppfyller lovens krav til å tilby annet arbeid.

Arbeidsgiver er i kraft av sin styringsrett den nærmeste til å avgjøre spørsmålet om hvilke stillinger som skal tilbys, der hvor det finnes flere alternativ, og alternativene oppfyller lovens krav til ”passende arbeid”. Særlig må hensynet til arbeidsgiver veie tyngst i forhold til de tilfelle hvor alternativet vil innebære en ulempe for arbeidsgiver.

For det tilfelle at arbeidsgiver faktisk har annet arbeid å tilby, oppstår spørsmålet om arbeidstaker er *skikket* til denne stillingen. Med andre ord må det spørres om arbeidstaker kan passe i den aktuelle stillingen. Dette må vurderes konkret, hvor man ser på kvalifikasjonene til arbeidstaker. I det videre drøftes dette nærmere, herunder arbeidsgivers opplæringsplikt.

4 TILRETTELEGGING OG OPPLÆRINGSPLIKT

4.1 Problemstilling

I forlengelsen av spørsmålet om arbeidsgivers omplasseringsplikt, oppstilles følgende problemstilling: Hva kreves av arbeidsgiver i forhold til opplæring av arbeidstaker og tilrettelegging av arbeidet, slik at det dermed vil finnes passende arbeid i virksomheten?

Det forutsettes at det i virksomheten ikke finnes tilsvarende arbeid som arbeidstaker har hatt, men at det gjennom tilrettelegging og opplæring av vedkommende arbeidstaker, likevel er mulighet til å finne en slik stilling, for dermed å unngå oppsigelse. Hvor går i så fall grensen for hvor lite arbeidsgiver trenger å tilrettelegge, uten å komme i konflikt med omplasseringsplikten og vernet mot usaklig oppsigelse? Motsatt kan det spørres hvor mye opplæring arbeidsgiver må gi slik at arbeidstaker skal ha mulighet for å omplasseres til en annen stilling.

4.2 Nærmere om arbeidstakers skikkethet

Det første spørsmålet som reises, er om arbeidstaker er *skikket* til det arbeidet som arbeidsgiver tilbyr. For å kunne vurdere om det alternative arbeidet er passende, må det foretas en konkret helhetsvurdering av arbeidstakers skikkethet til arbeidsoppgavene, herunder se på arbeidstakers kvalifikasjoner og om vedkommende er egnet til å utføre arbeidsoppgavene.³³

Veiledning til hva som ligger i uttrykket ”skikket” finnes i dommen inntatt i Rt. 2003 s. 1754. Her var spørsmålet særlig om den oppsagte var ”skikket” til en stilling. Saken gjaldt fortrinnsrett til stilling, men vurderingstemaet har overføringsverdi også for denne drøftelse. Førstvoterende som representerte flertallet (3 mot 2), uttaler etter å ha lagt til grunn at det ikke finnes særlig rettspraksis om vurderingen av uttrykket ”skikket”, at:

”Jeg ser det som klart – slik også partene er enige om – at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstakeren kan utføre sine egne

³³Jakhelln, 2007, s. 442

arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen. Det kan for eksempel gjelde evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, eller overtalelsesevner i relasjon til en stilling som selger.”

Arbeidstaker må fylle de krav som med rimelighet kan stilles til kvalifikasjoner og personlig egnethet hos den som skal tilbys stillingen.³⁴ Personlig egnethet er et viktig moment for vurderingen av om vedkommende er skikket til en tilbudt stilling.

Vurderingen av om en arbeidstaker er skikket til alternativt arbeid må gjøres av *arbeidsgiver*. I forbindelse med en omlegning av driften vil arbeidsgiver måtte legge til rette for at ansatte kan brukes i alternative stillinger ved bedriften. Arbeidsgiver vil måtte vurdere den enkelte stilling og arbeidstaker konkret, og prøve å se om vedkommende kan passe i en annen stilling. Enkelte utgangspunkt er klare. En sekretær vil for eksempel neppe kunne utføre et arbeid i en lederstilling i en bedrift, noe som krever høyere utdanning og andre kvalifikasjoner enn hva som er nødvendig for en sekretærjobb. Motsatt vil det ved tilbud om en mindre krevende jobb på et lavere nivå i bedriften, være større sannsynlighet for at en ansatt vil kunne utføre dette. Her ville det være mindre behov for opplæring og tilrettelegging. Dersom en ansatt eksempelvis går tilbake til en stilling som vedkommende har hatt tidligere, er det mindre behov for opplæring. Uansett er det slik at arbeidsgiver må foreta en vurdering av om den ansatte vil være skikket. Denne vurderingen må tas ut fra personlige egenskaper som utdanning, kvalifikasjoner, alder og annet. Dersom arbeidsgiver ikke foretar denne vurderingen, vil oppsigelsen kunne bli satt til side som usaklig.

Eksempel på at arbeidsgiver må vurdere om en ansatt er skikket til å fungere i en alternativ stilling, finner vi i RG 1993 s. 1007 (også nevnt ovenfor i pkt. 3.4.2). Saken gjaldt en kvinne som ble oppsagt fra en produksjonsavdeling i en bedrift sammen med 24 andre. Retten kom til at oppsigelsen var usaklig idet den ansatte ikke var blitt tilbudt en ledig stilling i bedriftskantinen. Dommen gir uttrykk for at kantinearbeidet måtte bli ansett for å

³⁴ Storeng m.fl., 2006, s. 332 og Fanebust, 2001, s. 153

være ”annet passende arbeid” i dette tilfellet. Arbeidsgiver hadde overhodet ikke bedømt omplassering av vedkommende som et aktuelt alternativ, om hun kunne være skikket til et annet arbeid. Retten uttaler at:

”(...) bedriften, på et i beste fall utilstrekkelig grunnlag, har ansett Nygård som ukvalifisert for et alternativt arbeid i bedriften som kunne ha vist seg å være ”annet passende arbeid” om hun hadde fått mulighet til å prøve seg.”

Konsekvensen av dette ble derfor at oppsigelsen ble kjent usaklig. Saken viser at arbeidsgiver må gjøre en vurdering av om den ansatte er skikket til et annet arbeid, eventuelt gi vedkommende en mulighet til å prøve seg i en annen stilling, før en eventuell oppsigelse.

Et annet eksempel på arbeidsgivers vurdering av arbeidstakeres skikkethet, finner vi i en dom fra Gulating lagmannsrett.³⁵ I dommen diskuteres det hva som ligger i ”annet passende arbeid”. Resultatet, under dissens 5-2, ble at det var foretatt usaklige oppsigelser. 2 dommere fra henholdsvis flertall og mindretall var imidlertid enig i forståelsen av hva som lå i ”annet passende arbeid” i denne konkrete saken. De nevnte dommere mente det var bedriftens skjønn å vurdere hvorvidt arbeidstakerne passet i en annen stilling. De oppsagte var opprinnelig vakter ved en restaurant. Spørsmålet var om ikke disse kunne fungere som bartendere. Dommerne representert i flertallet mente det var opp til bedriften å vurdere

”en arbeidstakers personlige forutsetninger, (...) det kan være nokså forskjellige egenskaper som er viktige for henholdsvis en vakt og en bartender.”

Dommerne fant derfor at det var bedriften som i utgangspunktet stod fritt til å vurdere personlig hvorvidt vaktene var de rette personer til å bli bartendere i bedriften. Saken viser at arbeidsgiver vil være nærmest til å vurdere hvilke kvalifikasjoner og egenskaper de ansatte har, og hvorvidt disse passer i en annen stilling. Arbeidsgiver vil som leder fortrinnsvis bruke de arbeidstakere som på best mulig måte gjennomfører arbeidsoppgavene i virksomheten. Domstolen vil være tilbakeholden med å overprøve³⁶

³⁵ LG-2005-125262

³⁶ Se om domstolenes prøvelsesrett i pkt. 7.2

arbeidsgivers vurderinger i slike saker, men heller se hen til om den øvrige saksbehandling har vært forsvarlig.

Det kan etter dette legges til grunn at arbeidsgiver har plikt til å vurdere om den ansatte er skikket til å fungere i en annet passende stilling. Dette vil være en del av omplasseringsplikten.

4.3 Har arbeidsgiver opplæringsplikt?

Den neste problemstilling som reises, er hvorvidt arbeidsgiver har en opplæringsplikt. Spørsmålet er hvor mye tid og penger arbeidsgiver må legge i en opplæring og omstillingsperiode, for at en arbeidstaker skal kunne bli skikket for det alternative arbeidet. En tilsvarende stilling i virksomheten vil kunne anses som ”passende” dersom den ansatte får gjennomgå opplæring og tilrettelegging for den aktuelle stillingen.

Det er naturlig at en ansatt som skal omplasseres, ikke har kompetanse til å gå rett inn i alle stillingene ved bedriften. Det ville være enkelt for arbeidsgiver å anføre at arbeidstaker ikke passer i noen andre stillinger fordi vedkommende ikke har forutsetning for å utføre de nye arbeidsoppgavene. Dersom dette hadde vært tilfelle, ville regelen om omplasseringsplikt vært illusorisk. Som et utgangspunkt må det derfor antas at arbeidsgiver, i en situasjon hvor det kan finnes annet arbeid, må belage seg på å gi arbeidstaker en viss opplæring.

I vurderingen av hvor langt arbeidsgivers opplæringsplikt går, må det sees hen til bedriftens ulemper i forhold til arbeidstakers behov for å fortsette ved bedriften.³⁷ Det må foretas en avveining. Den aktuelle stilling må vurderes konkret i den enkelte situasjon.

På den ene siden vil arbeidsgiver neppe pålegges å gi arbeidstaker helt ny utdanning eller omfattende opplæring.³⁸ Det ville føre for langt å tolke ”annet passende arbeid” til å omfatte et så annerledes arbeid at det ville forutsette helt ny utdanning for den ansatte.

³⁷ Storeng m.fl., 2006, s. 332

Videre kan vilkåret trolig heller ikke forstås slik at ”passende arbeid” omfatter arbeidsoppgaver som den ansatte verken har forutsetninger eller kvalifikasjoner for å klare. Dette følger også av drøftelsen i pkt. 4.2 om at arbeidstaker må være ”skikket” til arbeidet. Det vil ikke være noe poeng å gi opplæring hvis ikke vedkommende vil være skikket til dette.

Se i denne retning uttalelse av lagmannsrettens mindretall i dommen inntatt i Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) på s. 404:

”Jeg anser det utvilsomt at en mann som skulle kunne fylle denne stilling måtte ha materialkunnskap(...). Det er mulig at han - etter en tids opplæring - ville kunne tilegne seg sådan kunnskap, men jeg kan ikke se at bedriften - under de foreliggende forhold - hadde noen plikt til å sette i gang slik opplæring, likesom den ikke hadde noen ansatt til å foreta opplæringen.”

På den annen side vil arbeidsgiver måtte belage seg på å gi noe innføring i arbeidsoppgaver, slik som det er nødvendig å gjøre i for eksempel en nyansettelse. Dersom en virksomhet eksempelvis har god økonomi vil det kunne påregnes en lenger omstillingsperiode enn hva som ville vært tilfelle for en virksomhet med stram økonomi.³⁹ I fall bedriften har god økonomi, skal det mer til for at denne skal kunne unndra seg opplæring, som ville gi den ansatte forutsetning for å omplasseres til et ”passende” arbeid. Er det slik at bedriften har ressurser til å gi en slik opplæring, er det liten grunn til at man skal gå til oppsigelse av en arbeidstaker for så i stedet ansette en helt ny person.

Kravene til hvor mye arbeidsgiver må tilrettelegge må videre sees i sammenheng med behovet arbeidstaker har for å fortsette ved bedriften. Ulempene for bedriften ved å gi opplæring må avveies mot arbeidstakerens behov for å fortsette. Bedriften må ha plikt til å ta hensyn til den omstendighet at det eksempelvis for eldre ansatte vil kunne være vanskelig å finne alternativt arbeid utenfor bedriften. Hensynet gjør seg gjeldende for

³⁸ Se Henning Jakhelln i LoR 1967 s. 122-34 på s. 131

³⁹ Fougner m.fl., 2003, s. 204

tilsvarende omstendigheter, så som stor forsørgelsesbyrde eller hvis vedkommende ville ha problemer med å få jobb andre steder.

Selv om arbeidsgiver ikke plikter å gi ny opplæring og utdanning, må kravet til hvor mye arbeidsgiver skal tilrettelegge, også sees i sammenheng med hvor lang ansiennitet arbeidstaker har⁴⁰. Det vil for en eldre arbeidstaker kunne ta lenger tid å læres opp i en ny stilling i bedriften. Dette må hensyntas i en omstillingsperiode.⁴¹ En oppsigelse må kunne settes til side i fall bedriften velger å ansette yngre og/eller bedre kvalifiserte folk i stedet for å gi nødvendig opplæring til den som er ansatt fra før.

I en vanlig ansettelsessituasjon vil en ny arbeidstaker ha behov for en viss innkjøringsperiode og opplæring. Dette bør således også gjelde, om ikke mer, for en som er ansatt fra før.

4.4 Forholdet til prøvetid

Spørsmålet er om arbeidsgiver ved omorganisering og driftsinnskrenkninger har adgang til å ansette en som er ansatt fra før, på prøve i ny stilling. Har arbeidsgiver da oppfylt sin omplasseringsplikt?

Utgangspunktet er at det *ikke* er anledning til å avtale ny prøvetid i slike tilfelle.

Arbeidsgiver har plikt til å gi tilbud om annet passende arbeid uten krav om prøvetid, se Rt. 1999 s. 1694. Det uttales generelt i dommen at arbeidsgiver ved driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak som *alminnelig regel* vil ha plikt til å tilby dette *uten* pålegg om prøvetid.⁴² Videre uttaler førstvoterende at situasjonen ved omplasseringer etter arbeidsmiljøloven § 13 nr. 2 eller § 60 nr. 2 er vesensforskjellig fra den som gjelder ved nyansettelser. Det heter videre:

”Arbeidsgiveren vil i sistnevnte tilfeller normalt være uten nærmere kjennskap til den person det er tale om og derved ha ent legitimt behov for en prøvetid, nær sagt

⁴⁰ Se Henning Jakhelln i LoR 1967 s. 122-34 på s. 131

⁴¹ Fanebust, 2001, s. 152

⁴² Rt. 1999 s. 1694 på s. 1699

uavhengig av stillingens art. (...) Ved omplasseringer vil derimot utgangspunktet være at arbeidstakeren har hatt et ordinært stillingsvern i bedriften, men at han av grunner som han ikke bærer ansvaret for må forlate sin stilling.”

I saken var det imidlertid etter førstvoterendes oppfatning grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen fordi den nye stillingen var ” *av en slik karakter at det ikke uten en prøvetid vil kunne la seg konstatere om bedriften har annet passende arbeid å tilby.”*

Hovedregelen om at det ikke er anledning til å stille prøvetid som vilkår ved omplassering fremheves også av mindretallet i dommen på s. 1702;

”Bruk av prøvetidsvilkår ved omplassering i annen passende stilling vil etter min mening innebære at lovens oppsigelsesvern undergraves.”

Ut fra det som er redegjort for ovenfor, kan det legges til grunn at prøvetid ikke kan stilles som vilkår idet arbeidsgiver tilbyr annet passende arbeid. Unntak fra dette kan tenkes dersom stillingen er vesentlig annerledes.

5 FORHOLDET TIL VIRKSOMHETSBEGREPET

5.1 Problemstilling

Det heter i § 15-7 (2) at en oppsigelse ikke er saklig begrunnet "(...) dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid *i virksomheten* å tilby arbeidstaker." Arbeidsgivers plikt til å tilby annet passende arbeid er begrenset til å gjelde annet arbeid *i virksomheten*.

Problemstillingen som oppstilles i denne sammenheng, er hva lovteksten mener med "i virksomheten". Hva vil være innenfor og hva vil eventuelt falle utenfor "virksomheten"?

Det er nødvendig å tolke uttrykket "i virksomheten" for å avgjøre rekkevidden og avgrensning av begrepet i forhold til arbeidsgivers omplasseringsplikt. Arbeidsgiver har som et utgangspunkt ikke plikt til å vurdere omplassering en arbeidstaker til arbeid utenfor sin virksomhet.

5.2 Utvikling av begrepet "virksomhet"

En ren språklig tolking av ordlyden i seg selv, gir ingen nærmere veiledning for hva som anses for å være "i virksomheten".

Veiledning til hva som ligger i begrepet "virksomhet" finnes i forarbeidene⁴³. I forbindelse med forberedelsen av arbeidsmiljøloven av 1977 ble "virksomhet" brukt i stedet for "bedrift", som ble benyttet i arbeidervernloven av 1956 og tidligere arbeidervernlover. Det fremgår imidlertid av forarbeidene⁴⁴ til arbeidsmiljøloven av 1977 at det med dette ikke var tilsiktet realitetsendringer:

"idet bedriftsbegrepet i de senere år er blitt fortolket sterkt utvidende. Det er for eksempel helt på det rene at offentlig forvaltning har vært dekket av bedriftsbegrepet,

⁴³ NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v. kap. 3 s. 31 flg.

⁴⁴ Ot.prp. nr 3 (1975-1976) s. 101 jf. s. 18-19

selv om et offentlig kontor ikke vil bli karakterisert som "bedrift" etter alminnelig språkbruk. Begrepet virksomhet vil omfatte både industrielle bedrifter, transportvirksomhet, bygg- og anleggsvirksomhet, forretningsvirksomhet, offentlig forvaltning og immateriell virksomhet. Det er ikke avgjørende om virksomheten drives ervervsmessig."

Arbeidsmiljølovens virksomhetsbegrep bygger med andre ord videre på bedriftsbegrepet i de tidligere lover. Forarbeidene til arbeidervernloven av 1936 omtaler den nedre grense for bedriftsbegrepet, jf. Ot.prp nr 31 (1935) s.7 flg. For å komme inn under utkastets bestemmelser måtte "foretagende" betegnes som en "ordnet bedrift".

"Både virksomhetens varighet og betydning vil kunne gi en veiledning (...) Rent tilfeldige, løse og forbigående arbeidsforhold vil således etter nærværende utkast ikke komme inn under dets bestemmelser." Etter dette må en virksomhet for å falle innenfor begrepet i loven ha en viss grad av organisasjon og varighet, og ikke være rent ubetydelig.

5.3 Ulik organisering av virksomheten

I mange tilfeller vil det ikke være vanskelig å avgjøre hva som er én og samme virksomhet. I et selskap som bare består av én enhet, og hvor eieren av virksomheten også er arbeidsgiver, vil hele selskapet være "virksomheten". Et tilbud om annet arbeid innenfor dette selskapet er uproblematisk i forhold til avgrensningen "i virksomheten" i bestemmelsen i § 15-7 (2).

Problemet oppstår hvor virksomheten organisatorisk er delt i flere deler. Spørsmålet er om arbeidsgiver er forpliktet til å tilby annet arbeid i alle de ulike delene av virksomheten.

Både loven og forarbeidene gir liten eller ingen veiledning for forståelsen av virksomhetsbegrepet når virksomheten er bygget opp på ulike måter organisatorisk. Det kan for eksempel være opprettet hovedkontor med avdelingskontor, kanskje til og med spredt rundt geografisk. Hvor en arbeidsgiver driver flere virksomheter, må det avgjøres ut fra en tolking av den aktuelle bestemmelse, hvorvidt virksomheten omfatter alle disse

virksomhetene, eller om det begrenses til en del av arbeidsgivers totale virksomhet, som innen en organisatorisk ramme utgjør en driftsmessig enhet.⁴⁵

Det kan etter dette ikke utledes noe klar regel om hvordan virksomhetsbegrepet er å forstå når arbeidsgiver driver ulike virksomheter.

I NOU 2004:5 (Arbeidslivslovutvalget) heter det på s. 149 at det imidlertid fremkommer i praksis og teori, at begrepets rekkevidde må tolkes på bakgrunn av formålet med den enkelte bestemmelse. I dom fra Borgarting lagmannsrett⁴⁶ heter det i forbindelse med spørsmål om opprettelse av arbeidsmiljøutvalg og hovedverneombud for en kommune:

”Det er (...) klart at virksomhetsbegrepet er nært knyttet til arbeidsgiverfunksjonen, slik at man som utgangspunkt må anse hele arbeidsgiverens organisasjon som én virksomhet. Hvordan den enkelte kommune har organisert seg med hensyn til delegering av arbeidsgiverfunksjoner, kan ikke være avgjørende. At arbeidsgiverfunksjoner er delegert til de enkelte etater og bydeler, gjør ikke disse til arbeidsgivere, på samme måte som etatene og bydelene i utgangspunktet ikke blir egne virksomheter. Den konkrete avgrensning må bero på fortolkning av de aktuelle verneregler og de hensyn som bærer dem.”⁴⁷

Oslo kommune vant ikke frem med sin påstand om at de kommunale etatene måtte anses som egne virksomheter i arbeidsmiljølovens forstand. Kommunen ble sett under ett i forhold til virksomhetsbegrepet.

Poenget er at virksomhetsbegrepet fortolkes ulikt etter hvilken bestemmelse som gjelder. For verneregler, i dette tilfelle regler om arbeidsmiljøutvalg og hovedverneombud, var det nødvendig å se hele Oslo kommune som en virksomhet.

⁴⁵ Jakhelln, 2007, s. 46

⁴⁶ LB-1999-02678

⁴⁷ NOU 2004:5 s. 149-150

Når det gjelder bestemmelsen i § 15-7 (2) og plikten arbeidsgiver har til å tilby annet arbeid i virksomheten, kan det være grunn til å tolke denne utvidende. Formålet med omplasseringsplikten er å styrke stillingsvernet. En motsatt tolking ville føre til innskrenkning av dette vernet. I og med at stillingsvernet står sterkt i norsk arbeidsrett, kan det være gode grunner til at også virksomhetsbegrepet i denne bestemmelsen omfatter alle de ulike deler av arbeidsgivers virksomhet. Som følge av dette vil arbeidsgiver måtte kunne påregne og tilby den ansatte arbeid ved andre deler av sin virksomhet, herunder deler som er ligger andre steder geografisk.

5.4 Nærmere om virksomhetsbegrepets avgrensning

5.4.1 Forholdet til arbeidsgiverbegrepet

Det neste spørsmålet som oppstilles er hvorvidt arbeidsgiverbegrepet har samme avgrensning som virksomhetsbegrepet. I så tilfelle vil arbeidsgiverbegrepet være veiledende for hva som omfattes av arbeidsgivers omplasseringsplikt, jf. § 15-7 (2) i arbeidsmiljøloven.

I de tilfellene hvor flere selskap er organisert i *konsern*, vil det ved kravet for arbeidsgiver til å vurdere ”annet passende arbeid” under vurderingen av om en oppsigelse er saklig, være samme avgrensning mellom arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet.⁴⁸ Det kan imidlertid tenkes unntak. Utgangspunktet om at begrepene har samme avgrensning er modifisert i rettspraksis⁴⁹:

I Rt. 1992 s. 776 (Sparebanken Nord-Norge) uttales det i forbindelse med oppsigelser som følge av driftsinnskrenkninger, at arbeidsgiver ikke nødvendigvis måtte se de forskjellige selvstendige deler av virksomheten under ett. Høyesterett kom enstemmig til at hver avdeling av en sparebank måtte kunne vurderes for seg. Dette var på bakgrunn av det meget betydelige geografiske område som banken dekket, og at banken nylig hadde

⁴⁸ NOU 2004:5 s. 150

⁴⁹ NOU 2004:5 s. 152

gjennomført fusjoner av en rekke lokale banker. Banken besluttet i forhold til forpliktelsen til å tilby annet arbeid, at man ved filialnedleggelse skulle si opp de ansatte ved den nedlagte filial. Høyesterett aksepterte at passende arbeid ble søkt innenfor området til hvert avdelingskontor i banken, som på grunn av den kritiske økonomiske situasjonen, hadde sett seg nødt til å legge ned filialer. Dette ble ikke ansett for å være i strid med arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2. Det heter på s. 782 i dommen:

”Med det meget betydelige geografiske område som banken dekket, og på bakgrunn av at banken, slik den da forelå, hadde sitt utgangspunkt i nylig gjennomførte fusjoner av en rekke lokalbanker, var det ikke urimelig å vurdere hver avdeling for seg. Jeg nevner i denne sammenheng at ansettelsesmyndigheten var tillagt avdelingsbankene. I og med at ansettelsesforholdene for arbeidstakere ved filialene var knyttet til disse, var det også et naturlig utgangspunkt at det var de filialansatte som måtte fratruke når filialen ble nedlagt.”

Plikten til å tilby annet arbeid ble her begrenset til den enkelte avdeling. De ansatte ved filialen som ble nedlagt fikk således ikke tilbud om passende arbeid ellers i banken. Dette innebærer et unntak i forhold til utgangspunktet om at arbeidsgiverbegrepet følger virksomhetsbegrepet. Arbeidsgiver var Sparebanken Nord-Norge, men Høyesterett fant at omplasseringsplikten kunne begrenses til bankens ulike avdelinger. I saken var det konkrete omstendigheter som begrunnet unntak fra utgangspunktet om at arbeidsgiver skal tilby annet passende arbeid i hele virksomheten, det vil si hele Sparebanken Nord-Norge. Det var også et moment i saken at de enkelte avdelinger også var ansettelsesmyndighet og at de ansatte dermed var tilknyttet disse.

Det er flere eksempler i rettspraksis⁵⁰ på at Høyesterett har vurdert forholdet mellom arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet i forhold til *mor - og datterselskaper*.

Et eksempel er dommen inntatt i Rt. 1990 s. 1126 (Wärtsila). Utgangspunktet er at arbeidstaker er tilknyttet en juridisk enhet som er virksomheten. I denne saken ble

⁵⁰ Nærmere om rettspraksis i NOU 1996:6 pkt.3.8.2

morselskapet for et heleid datterselskap ansett som arbeidsgiver sammen med datterselskapet, og derfor solidarisk ansvarlig for krav om erstatning. Ut fra denne dommen kan det legges til grunn at begrepet virksomhet kan tolkes utvidende til å omfatte det område hvor det utføres arbeidsgiverfunksjoner.⁵¹

Poenget er at de som faktisk og reelt fatter beslutninger vedrørende arbeidstakerens arbeidsforhold, også må påta seg det ansvar som følger med å være arbeidsgiver.

I forhold til plikten til å tilby annet arbeid synes avgjørelsen å legge til grunn at arbeidsgivers forpliktelser ikke er begrenset til det datterselskap hvor arbeidstakeren hadde sitt arbeid, men også omfatter alle de geografisk atskilte deler av arbeidsgivers virksomhet. På dette punkt var Høyesterett enstemmig.

Også i Rt. 1993 s. 345 (Matherson-Selig) måtte to selskaper Matherson-Selig European A/S og Norcolour A/S, anses som samme virksomhet. Her la Høyesteretts kjæremålsutvalg til grunn at mor - og datterselskap måtte anses som samme virksomhet i forhold til arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2. Den formelle arbeidsgiver hadde kort tid før oppsigelsen kjøpt aksjemajoriteten i et konkurrerende selskap. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at mor - og datterselskap måtte anses som samme virksomhet, og det var i følge kjæremålsutvalget ikke feil lovtolkning.

Avgjørelsen i Rt. 1937 s. 21 (Ulrikka-saken) bygger på at den som treffer de avgjørende disposisjoner vedrørende driften, slik at det fører til at arbeidsforhold opphører, vil være ansvarlig for kravene til de ansatte som følge av at arbeidsforholdet opphører. At arbeidsgiver og den som traff de avgjørende driftsmessige disposisjoner var forskjellige rettssubjekt, var ikke avgjørende. Ansaret ble ansett for å være solidarisk med den formelle arbeidsgiver og den som traff disposisjonene.

I forbindelse med plikten til å tilby annet arbeid i virksomheten, kan det etter dette legges til grunn at virksomhetsbegrepet i stor grad følger arbeidsgiverbegrepet. Det innebærer at

⁵¹ Storeng m.fl, 2006, s. 335-336

den som i virksomheten utøver arbeidsgiverfunksjoner, også har plikt til å tilby annet arbeid innenfor sitt område. Dersom arbeidstaker har sitt arbeid innenfor en del av et selskap, kan det således bli aktuelt å tilby arbeidstakeren arbeid innenfor en annen del av selskapet, slik det ble lagt til grunn i Wärtsila-dommen. Gode grunner taler for å ha et omfattende stillingsvern. Ved tvil om tolkingen av virksomhetsbegrepet, bør tvilstilfellet derfor være omfattet. Plikten til å tilby annet arbeid i virksomheten er imidlertid ikke absolutt, jf. dommen Sparebanken Nord-Norge, hvor konkrete omstendigheter førte til at retten tillot banken å vurdere ulike avdelinger for seg.

5.4.2 Forholdet til delt arbeidsgiveransvar

En neste problemstilling som reises i forarbeidene er spørsmålet om et utvidet arbeidsgiveransvar; forholdet til såkalt ”delt arbeidsgiveransvar”⁵². Spørsmålet som oppstilles er en forlengelse av drøftelsen av arbeidsgiverbegrepets avgrensning, i forrige pkt. 5.4.1. Omfatter omplasseringsplikten situasjonen hvor arbeidsgiverfunksjonene utføres av flere ulike rettssubjekter eller enheter? Vil det være rom for en utvidelse av omplasseringsplikten i slike situasjoner?

I rettspraksis har det vært lagt til grunn at flere rettssubjekter kan ha arbeidsgiveransvar hvor arbeidsgiverfunksjonene har vært delt mellom dem. I de saker hvor det er oppstilt slikt ansvar, har det etter en konkret vurdering vært et særskilt grunnlag for det. Det kan enten være tilfelle der hvor flere selskap har opptrådt som arbeidsgiver og utøvd arbeidsgiverfunksjoner, eller hvor arbeidsforholdet har kontraktsmessige uklarheter.

Bakgrunnen for et slikt ”utvidet ansvar” vil være for å styrke vernet mot oppsigelse og innebærer en utvidelse av omplasseringsplikten hos arbeidsgiver. For det tilfelle at arbeidsgiverfunksjonene er plassert på ulike steder, bør dette i hvert fall ikke innsnevre den lovfestede plikten arbeidsgiver har til å tilby annet arbeid. Det må imidlertid være særskilte momenter som begrunner et større ansvar enn det som i utgangspunktet følger av loven.

⁵² Ot.prp nr.49 (2004-2005) s. 74-75

Et eksempel på utvidet arbeidsgiveransvar finnes i Arbeidsrettens dom ARD 1980 s. 79 (Skolepsykologisk kontor). Saksforholdet var at flere kommuner samarbeidet om et skolepsykologisk kontor, og disse kommunene ble ansett for å ha arbeidsgiveransvar etter nedleggelsen av kontoret. Arbeidsretten fant at hver enkelt av kommunene var å anse som reelle arbeidsgivere med selvstendig arbeidsgiveransvar for de ansatte ved kontoret. Dette gjaldt selv om kontoret hadde opprettet et styre som foretok ansettelse og meddelte oppsigelse.⁵³ Kommunene hadde blant annet ansvar for bevilgning av midler til lønn. Selv om arbeidsgiverfunksjonene har vært utført av ulike enheter, vil dette likevel ikke alltid begrunne en utvidelse av arbeidsgiveransvaret, og dermed en utvidet omplasseringsplikt. Et eksempel på dette fra rettspraksis, er dommen inntatt i Rt. 1997 s. 623 (PPD-senter).⁵⁴ Her kom retten til at det *ikke* forelå et utvidet arbeidsgiveransvar. Spørsmålet i saken var om et PPD-senter (Pedagogisk-Psykologisk Distriktssenter) med 3 avdelinger skulle anses for å være et eget rettssubjekt. Det var 6 kommuner samt en fylkeskommune som hadde gått sammen for å opprette senteret. Senteret ble ledet av et styre på 9 medlemmer. Som følge av mindre aktivitet ved senteret, ble det besluttet å legge ned to avdelinger og de ansatte ved avdelingene ble oppsagt.

Høyesterett fant enstemmig at senteret skulle anses for å være et eget rettssubjekt og at arbeidsgiveransvaret tillå senteret alene. Høyesterett fant under dissens 4-1 at det ikke påhvilde kommunene og fylkeskommunen noe arbeidsgiveransvar. Alle de sentrale arbeidsgiverfunksjoner var tillagt og utøvd av styret ved senteret. Det var styret som ansatte arbeidstakerne, og styringsretten over de ansatte hadde både formelt og reelt tilligget styret.⁵⁵ Dette hadde som konsekvens at samarbeidskommunene som hadde opprettet senteret, ikke hadde plikt til å tilby de som var oppsagt, stilling i kommunen for øvrig.

Det kan etter dette legges til grunn at vurderingstema vedrørende delt arbeidsgiveransvar knytter seg til hvor selvstendig det rettssubjekt som utøver arbeidsgiverfunksjonene er. Sakene viser at retten foretar en konkret vurdering av den faktiske plasseringen av

⁵³ Ot.prp nr.49 (2004-2005) s. 74-75

⁵⁴ Jakhelln, 2007, s. 39

⁵⁵ Ot.prp nr.49 (2004-2005) s. 75

arbeidsgiverfunksjonene. Det må være konkrete omstendigheter som begrunner en eventuell utvidelse av arbeidsgiveransvaret, herunder plikten til å tilby annet passende arbeid.

6 DRØFTING MED ARBEIDSTAKER OG TILLITSVALGTE

6.1 Problemstilling

Den neste problemstillingen som reises, er spørsmålet i hvilken grad arbeidsgiver har plikt til å drøfte spørsmålet om ”annet passende arbeid” med arbeidstaker? Er dette en del av omplasseringsplikten etter § 15-7 (2)?

6.2 Er drøfting en del av plikten til å tilby ”annet passende arbeid”?

Det foreligger i en oppsigelsessituasjon en plikt for arbeidsgiver å diskutere med arbeidstaker hvorvidt det kan finnes annet passende arbeid, og drøfte seg frem til gode løsninger. Det følger direkte av loven, jf. arbeidsmiljøloven § 15-1, at arbeidsgiver skal foreta drøfting med arbeidstaker før det tas beslutning om oppsigelse.

Drøfting med arbeidstaker er en del av plikten til å finne annet passende arbeid. Allerede i rettspraksis fra 60-tallet fremkom det antydninger om at arbeidsgiver skulle foreta drøftinger med arbeidstaker i forbindelse med oppsigelse. I Rt. 1966 s. 393 (Papyrus Paper Mill) uttales det av flertallet:

”Det hadde etter min mening vært naturlig at bedriften før oppsigelsen ble foretatt, hadde trådt i direkte forbindelse med Høyaas og drøftet med ham spørsmålet om det var mulig å finne frem til en løsning.”

I forhold til prosesser rundt rasjonalisering og masseoppsigelse/omorganiseringer skal også tillitsvalgte være med på drøftelsene. Drøfting med tillitsvalgte er ikke i seg selv avgjørende for om oppsigelsen har saklig grunn. Det at tillitsvalgte er trukket inn viser imidlertid at prosessen rundt oppsigelsen har vært saklig og forsvarlig og er et moment for å anse en oppsigelse gyldig.⁵⁶

⁵⁶ Fanebust, 2001, s. 142

Det at plikten til å tilby annet arbeid også omfatter drøftelser med arbeidstaker om annet passende arbeid, kommer også til uttrykk i saken fra 2007 i Borgarting lagmannsrett⁵⁷ hvor det blant annet heter:

”I denne forbindelse må arbeidsgiver gjennomføre åpne drøftelser med arbeidstager for å avklare om det finnes annet passende arbeid”, og viser til teorien.

Videre heter det i dommen

”Slike drøftelser bør etter lagmannsrettens syn ta sikte på å avklare de muligheter som finnes når det gjelder eksisterende arbeidsoppgaver hos arbeidsgiver, forventet ledighet, mulighetene for på basis av tilgjengelige arbeidsoppgaver å lage en passende stilling som arbeidstager ville være skikket for, arbeidstagers kompetanse i forhold til slike mulige stillinger, samt arbeidstagers innstilling og muligheter ut fra hans særlige forhold.”

I saken ble oppsigelsen kjent ugyldig idet arbeidsgiver ikke hadde gjort tilstrekkelig for å tilby annet passende arbeid.

Det å foreta drøftelser med arbeidstaker i forbindelse med oppsigelse, vil styrke forsvarligheten av saksbehandlingen og dermed kravet til saklig oppsigelse. For at en oppsigelse skal være gyldig, må arbeidsgiver ha foretatt en saklig og forsvarlig saksbehandling. I forhold til plikten til å finne annet passende arbeid, vil drøfting med arbeidstaker være en del av dette. Drøftelse er et moment som taler for at arbeidsgiver har foretatt en saklig og forsvarlig saksbehandling.

En unnlatt drøftelse vil ikke i seg selv gi grunnlag for oppsigelse, men kan altså være et moment i saklighetsvurderingen av oppsigelsen generelt. Dette kommer til uttrykk i Rt. 2003 s. 1071, som gjaldt oppsigelse av en daglig leder i prøvetid. Saken omhandler den tidligere bestemmelse i arbeidsmiljøloven av 1977 § 57 nr. 1 om drøfting i forbindelse med oppsigelse. Det heter i dommen i avsnitt 49 at:

⁵⁷ LB-2007-3738, se nærmere om saksforholdet tidligere i oppgaven under pkt 3.4.2

”Ved vurderingen av oppsigelsen må det også ha vekt at det ikke kan legges til grunn at det før oppsigelsen er holdt møte for drøfting av oppsigelsen i samsvar med arbeidsmiljøloven § 57 nr.1. Unnlatelse av slik drøfting medfører ikke ugyldighet, men er et moment ved vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet, jf. Ot.prp.nr.50 (1993-1994) side 183.” Dette er en viktig saksbehandlingsregel som blant annet skal gi mulighet for å finne en løsning før tingene låser seg.”

Støtte til synspunktet om at drøfting er en del av omplasseringsplikten finnes i forarbeidene,⁵⁸ hvor det heter at det for å finne hva som anses som ”passende arbeid”, må foretas en ”*helhetsvurdering, hvor ikke minst arbeidstakerens egen vurdering må spille inn.*”

Det kan trolig ikke antas at plikten til å drøfte er absolutt i forhold til vurderingen av om det finnes passende arbeid. Likevel vil det være hensiktsmessig å drøfte dette med arbeidstakeren og la vedkommende ta standpunkt til hvorvidt han ønsker å fortsette i en tilsvarende stilling, eventuelt komme med forslag til andre type stillinger ved virksomheten. Slik sett er drøfting med arbeidstaker en viktig del av omplasseringsplikten.

6.3 I hvilken grad må arbeidstaker delta i omstillingsprosessen?

Det kan diskuteres om arbeidsgiver her skal vurdere situasjonen og gjennomføre omstillingsprosessen helt alene, eller om arbeidstaker også skal være med i prosessen.⁵⁹

Arbeidstakeren bør helst ikke forholde seg helt passiv. Selv om det er arbeidsgiver som skal komme med tilbud, vil arbeidstaker måtte bidra til å se på mulighetene for å finne en annen stilling i bedriften. I enkelte tilfelle vil det, kanskje spesielt på store arbeidsplasser, være arbeidstakeren som er nærmest til å se muligheter og komme med innspill i omstillingsprosessen. I noen tilfelle vet arbeidstakeren enda mer detaljert hvilke oppgaver

⁵⁸ Ot.prp nr 41 (1975-1976) s. 72

⁵⁹ Jakhelln, 2007, s. 442

som må gjøres, hvilket tempo som brukes og hva slags arbeidsoppgaver som for eksempel kan slås sammen og effektiviseres. Slike innspill vil være nødvendige og gode i en omstillingsprosess. Arbeidstakeren vil kunne ha behov for å drøfte med arbeidsgiver og den tillitsvalgte, sin rolle og den videre drift i en rasjonaliserings og omstillingsprosess. Spesielt hvor det er aktuelt å tilby arbeidstaker en stilling med dårligere lønn og arbeidsvilkår, vil det være nødvendig å drøfte dette med arbeidstaker. Det er bedriften selv som vurderer en slik løsning, men det vil være, som ledd i en forsvarlig og saklig oppsigelsesprosess, en plikt for arbeidsgiver til å ta dette opp med arbeidstaker. Som nevnt tidligere i oppgaven, er det en del av arbeidsgivers omplasseringsplikt å tilby arbeid med dårligere vilkår og lønn, hvis dette finnes, som et alternativ til oppsigelse.

Det er imidlertid ikke slik at arbeidstaker ikke har oppsigelsesvernet i behold, selv om vedkommende ikke bidrar til å løse situasjonen rundt nedbemanning. Det er derimot klart at det vil være til hjelp for arbeidsgiver, og det vil sannsynligvis være positivt for arbeidstaker selv, at han/hun gjør noe aktivt for å komme ut av situasjonen på en best mulig måte. Dersom arbeidsgiver har foretatt drøftelser i forbindelse med oppsigelser, vil dette være et moment som taler for at oppsigelsen har vært saklig og forsvarlig i en større helhetsvurdering av oppsigelsens gyldighet.

7 AVSLUTNING

7.1 Konsekvensen dersom arbeidstaker avslår tilbudet fra arbeidsgiver om "annet passende arbeid"

Konsekvensen av at et tilbud om annet passende arbeid avslås av arbeidstaker, er at arbeidsgiver vil kunne gå fri for ansvar. Dette forutsetter nødvendigvis at stillingen som ble tilbudt var "passende". Dette følger av forarbeidene.⁶⁰ Videre forutsettes det at tilbudet fra arbeidsgiver er reelt, hvis ikke vil oppsigelsen kunne være usaklig og dermed kunne bli kjent ugyldig. Hvis tilbudet er av en slik karakter at det er passende, og at tilbudet er reelt, vil omplasseringsplikten være oppfylt slik at en oppsigelse i neste runde vil være saklig.

Det følger av praksis at arbeidstaker vanskelig vil vinne frem med påstand om at en oppsigelse er usaklig dersom man har blitt tilbudt passende arbeid, og dette tilbudet er avslått. Se eksempelvis NAD 1998 s. 1222 hvor en edb-sjef fikk tilbud om stilling som edb-operatør og avslo dette.⁶¹ Arbeidstakeren påstod at oppsigelsen var usaklig, og flertallet uttalte:

"Flertallet finner (...) at Faack har fått akseptabelt tilbud om alternativ stilling (...). Tilbudet kom sent, men likevel som ledd i oppsigelsesprosessen og forut for saksanlegget. Tilbudet må etter dette anses som et reelt tilbud om alternativ stilling slik arbeidsmiljøloven § 60 nr.2 krever. Flertallet finner videre at tilbudet både hva angår lønn og arbeidsoppgaver var rimelig sett i forhold til den foreliggende situasjon. Som fagmann innen EDB ville Faack være fullt ut kvalifisert for stillingen og den reduksjon i status og arbeidsoppgaver som operatørstillingen innebar er ikke verre enn at han burde kunne leve med det. (...) Selv om derfor stillingen utvilsomt var dårligere enn den han hadde, fremstår likevel tilbudet som et rimelig

⁶⁰ NOU 1972:21 på s. 8

⁶¹ Storeng m.fl, 2006, s. 333

godt forsøk på å løse en vanskelig situasjon innenfor de begrensede muligheter man hadde.”

Når tilbud om annet passende arbeid er gitt av arbeidsgiver, vil det være nødvendig at arbeidstaker får tilstrekkelig tid og anledning til å vurdere tilbudet fra sin arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker ikke reagerer på tilbudet, vil virksomheten normalt gå fri. Fristen for arbeidsgiver til å vurdere andre løsninger enn oppsigelse (herunder gi tilbud om annet arbeid), må sees i sammenheng med begge parter interesse i å avklare situasjonen så fort som mulig.⁶² Hvor lang fristen skal være, må vurderes ut fra hva som er rimelig i den enkelte situasjon, herunder må det tas hensyn til hvilket behov virksomheten har for en avklaring.⁶³ I en presset situasjon vil det for arbeidsgiver være nødvendig at arbeidstaker er rask med å komme tilbake med svar på tilbud. På den annen side vil det ikke være noe poeng i å presse arbeidstaker for svar dersom oppsigelsesprosessen går over lenger tid, og arbeidsgiver kan vurdere situasjonen underveis. Det vil for arbeidstaker være rimelig at man blir gitt en viss betenkningstid.

7.2 Domstolenes prøvelsesrett⁶⁴

Problemstillingen er hva domstolen kan prøve i forhold til spørsmålet om ”annet passende arbeid”.

Domstolen vil kunne prøve om en oppsigelse er saklig. Det er ikke bare beslutningen i seg selv som kan etterprøves. Domstolen kan også vurdere om de ulike momenter i avgjørelsen har vært vurdert mot hverandre på en forsvarlig måte.

Av denne grunn vil også vurderingen av om arbeidsgiver på en tilstrekkelig måte har vurdert annet passende arbeid, være en del av det domstolen kan prøve. For det tilfelle at arbeidsgiver ikke har oppfylt omplasseringsplikten, vil domstolen kunne prøve dette i

⁶² Fanebust, 2001, s. 158

⁶³ Dege, 2003, s. 606

⁶⁴ Jakhelln, 2007, s. 63

forhold til om oppsigelsen er saklig. På den annen side vil domstolen være tilbakeholden med å overprøve en vurdering av om oppsigelsen er saklig, hvis det er foretatt en forsvarlig saksbehandling. En prøving av hvorvidt en oppsigelse er saklig, vil være mer vidtgående enn for eksempel en avgjørelse om en forfremmelse.

I Rt. 1984 s. 1058 (på s. 1067) er det uttalt om domstolenes prøvingsrett i forbindelse med en oppsigelsessak:

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

Saken gjaldt oppsigelse av en skuespiller fra et teater, og retten sier med dette at det er vid adgang for prøving av sakligheten av en oppsigelse.

Når det gjelder de mer driftsmessige disposisjoner og økonomiske vurderinger som ligger til grunn for nedbemanningen, vil domstolen være mer tilbakeholden. Det er likevel ofte slik at domstolen i hvert fall kontrollerer at det finnes forretningsmessige grunner til å foreta omstillings og nedbemanningstiltakene. Av denne grunn vil det være nødvendig for arbeidsgiver å ikke bare undersøke at det foreligger saklig grunn til oppsigelse, men også dokumentere dette.⁶⁵

7.3 Avsluttende merknader

Det er en større tendens i samfunnslivet til omstilling i dag enn tidligere. Enhver arbeidstaker må belage seg på å måtte være mer fleksibel i forhold til sin stilling. De ansatte vil i større grad måtte finne seg i endringer enn det som var tilfellet før. Dette kan for eksempel innebære at det vil være andre eller flere sjefer og kollegaer å forholde seg til enn tidligere. Det kan være at ansvarsområdet endrer seg for den enkelte ansatte, og at

⁶⁵ Fougner m.fl, 2003, s. 197

arbeidsoppgavene vil kunne endre seg over tid. Allerede i stillingsannonser vil arbeidsgiver i noen tilfelle varsle at det kan bli aktuelt med endrede arbeidsoppgaver i stillingen.

Når det gjelder omstilling til nye oppgaver, må også arbeidstaker selv følge med i tiden. Med dette menes at vedkommende muligens må etterutdanne seg, delta på kurs og annen opplæring for å holde tritt med de faglige utfordringene og forandringene som man møter i et hektisk arbeidsmarked. Spesialkompetanse kan bli nødvendig for å delta i konkurransen om jobber. En arbeidsgiver kan likevel ikke foreta oppsigelser som følge av manglende kunnskap blant de ansatte. Dette gjelder dersom det finnes annet arbeid den ansatte kan utføre, eller dersom den ansatte gjennom opplæring likevel kan utføre jobben. Arbeidsgivers opplæringsplikt gjør at oppsigelsen ikke vil være saklig dersom en slik opplæring kan gjennomføres. Dette må sies å være en del av omplasseringsplikten.

Videre kan det bli aktuelt for arbeidstakere å måtte flytte seg geografisk på grunn av jobben. Dersom eksempelvis flere avdelinger/kontor slås sammen eller legges ned, må den ansatte belage seg på å flytte. Alternativet kan bli at man mister jobben. Det at arbeidsmarkedet også har en stadig internasjonalisering, gjør at jobben vil kunne endres en del. Utenlandske selskap kjøper norske, og dette kan føre til flytting av lokaler, og kanskje til og med for enkelte ansatte, flytting til utlandet. Arbeidsgiver vil imidlertid være forpliktet til å tilby passende arbeid på det nye stedet. Flytting av en virksomhet er i seg selv ingen saklig grunn til å si opp de ansatte. Dette gjelder også i de tilfellene hvor virksomheten skifter eiere. Også helt konkret på arbeidsplassen må man kunne innfinne seg med endringer. Bytte av kontor og arbeid i åpent landskap er mer og mer vanlig.

Virksomheter og selskap er i dag ofte delt i hovedkontor og ulike avdelinger. Når dette er tilfelle, kan arbeidsgiverfunksjonene også være delt mellom flere, eller utøves av ulike personer. For den ansatte vil dette kunne innebære at det blir flere å forholde seg til. Der hvor arbeidsgiverfunksjonene deles mellom flere rettssubjekt, må det likevel være konkrete holdepunkter for at virksomhetsbegrepet skal omfatte mer enn det som følger av loven.

Dersom det skulle være tvil om hva som omfattes av virksomheten, kan det være grunn til å tolke begrepet utvidende. En vid omplasseringsplikt i forhold til virksomhetsbegrepet innebærer et sterkt stillingsvern, og dermed et gode for arbeidstakerne.

Arbeidslivet preges videre av bruk av vikariater, midlertidige stillinger og engasjement. Usikkerheten i forhold til variasjon i arbeidsmengden gjør at arbeidsgivere ikke vil ansette for mange, fordi det ville kunne innebære en stor, unødvendig utgift. Likevel er det slik at dersom det er et konstant, udekket behov for arbeidskraft, vil annet passende arbeid måtte bli vurdert.

Uansett hvilke usikkerhetsmomenter som oppstår i arbeidsmarkedet, vil ikke arbeidsgiver kunne foreta oppsigelser av denne grunn alene. Det må være en saklig grunn for å gå til oppsigelse. Driftsinnskrenkninger og rasjonalisering av virksomheten vil kunne være saklig grunn. Men en oppsigelse er ikke saklig dersom arbeidsgiver har et "annet passende arbeid" å tilby arbeidstakeren. Omplasseringsplikten foreligger så lenge det er behov for arbeidskraft. Arbeidsgiver må belage seg på å organisere driften slik at et slikt tilbud kan bli aktuelt. Vernet mot oppsigelse innebærer at arbeidsgiver ikke kan kvitte seg med arbeidstakere, bare fordi det ikke er en konkret ledig stilling i virksomheten.

Omplasseringsplikten krever noe mer. Lovfesting av regelen om at en oppsigelse ikke har saklig grunn dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid, styrker oppsigelsesvernet.

8 LITTERATURLISTE

8.1 Bøker

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

Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold* 4. utgave Oslo Universitetsforlaget 2001

Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven Kommentartutgave* Oslo Universitetsforlaget 2006

Jakhelln, Henning og Helga Aune *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* 2. utgave, Oslo 2007

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten* 4. utgave Damm 2006, 2. opplag 2007

Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund *Arbeidslivets spilleregler* Universitetsforlaget 2006

Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund *Arbeidslivets spilleregler II Endringer i arbeidsforholdet – stillingsvernsreglene* Universitetsforlaget 2003

Omstilling og nedbemanning, Jan Fougner, Eli Aasheim, Johan Kr. Øydegard, Marit B. Frogner, Espen Bergh, Tron Sundet Universitetsforlaget 2003

8.2 Artikler

Henning Jakhelln *Ansiennitetshensyn ved oppsigelse i arbeidsforhold*. Lov og Rett (1967), s. 122-134

8.3 Lover

1936 Lov om arbeidervern av 19. juni nr 8 (opphevet)

1956 Lov om arbeidervern av 12. juli nr 2 (opphevet)

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4
(opphevet)

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni
nr. 62

8.4 Dommer

8.4.1 Høyesterett

Rt. 1937 21

Rt. 1962 888

Rt. 1966 393 (Papyrus Paper Mill)

Rt. 1972 1330

Rt. 1984 1058

Rt. 1989 1116

Rt. 1990 1126 (Wärtsila)

Rt. 1992 776 (Sparebanken Nord-Norge)

Rt. 1993 345 (Matherson-Selig)

Rt. 1995 227

Rt. 1997 623 (PPD-senter)

Rt. 1999 1694

Rt. 2000 1602

Rt. 2001 418

Rt. 2003 1071

Rt. 2003 1754

8.4.2 Lagmannsrett

RG 1991 1283

RG 1993 1007

LB-1999-02678

LG-2000-207

LA-2001-799

LE-2004-102906

RG 2005 920

LG-2005-125262

LB-2007-3738

8.4.3 Norsk arbeidsrettslig domssamling

NAD 1998 1222

8.4.4 Arbeidsretten

ARD 1980 79 (Skolepsykologisk kontor)

8.4.5 Upublisert tingretten

Asker og Bærum tingrett 20. april 1993

8.5 Forarbeid

8.5.1 Odelstingsproposisjon

Ot.prp.nr.31 (1935) Om lov om arbeidervern

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

Ot.prp.nr.41 (1975-1976) 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)

8.5.2 Norges Offentlige Utredninger

NOU 1972:21 Oppsigelse ved nådd pensjonsalder etter lov om folketrygd

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v.

8.6 Lovkommentarer

Databasen Arbeidsrett.no

Gyldendal Rettsdata

