

Arbeid i oppsigelsestid

Rett, plikt eller noe som kan "avbestilles"?

Kandidatnummer: 627

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 16 354



Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	1
1.1 Presentasjon av problemstillingen	1
1.2 Det materielle utgangspunkt	2
1.3 Avgrensninger.....	2
1.4 Begrepsbruk og sentrale rettskilder	3
1.5 Den videre fremstilling	4
2 SÆREGENHETER VED ARBEIDSFORHOLDET SOM AVTALEFORHOLD .	5
3 STILLINGSVERNSINSTITUTTET I NORSK ARBEIDSRETT	7
3.1 Vern mot usaklig oppsigelse.....	8
3.2 Hovedregler om oppsigelsestid.....	8
3.3 Avskjeds- og suspensjonsinstituttet	10
3.4 Gyldighetssøksmål og erstatningssøksmål	11
4 RETTEN TIL Å STÅ I STILLING VED TVIST OM OPPSIGELSENS	
 GYLDIGHET	12
4.1 Innholdet i arbeidsmiljøloven § 15-11	13
4.2 Hensyn bak regelen i arbeidsmiljøloven § 15-11	16
5 HOVEDREGEL: RETT TIL ARBEID I OPPSIGELSESTID	18
5.1 Hensyn bak hovedregelen.....	20
5.1.1 Hensynet til arbeidstakerens lønn.....	20
5.1.2 Hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet	21
5.1.3 Hensynet til arbeidets egenverdi.....	21
5.2 Omfanget av retten til arbeid i oppsigelsestid	24
5.2.1 Arbeidsgiverens styringsrett generelt	25

6 UNNTAK FRA HOVEDREGELEN OM RETT TIL ARBEID I	
OPPSIGELSESTIDEN	29
6.1 Delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse: Arbeidsgiverens styringsrett i oppsigelsestiden spesielt.....	29
6.1.1 Særlig om nytt arbeid i konkurrerende virksomhet.....	31
6.1.2 Opplæring av påtroppende arbeidstaker	34
6.1.3 Grensen mot endringsoppsigelse	34
6.2 Forhåndsavtale etter arbeidsmiljøloven § 15-16.....	35
6.3 Fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse: Høyesteretts avgjørelse i ”Investeringsrådgiverkjennelsen”.....	37
6.3.1 Unntaksregelens innhold: Vurderingstema	40
6.3.2 Unntaksregelens innhold: Nærmere om ”særlig tungtveiende grunner”	40
6.3.3 Særlig om nytt arbeid i konkurrerende virksomhet	47
6.3.4 Betydningen av arbeidstakerens stilling	49
6.3.5 Betydningen av at arbeidstaker selv har sagt opp sin stilling.....	50
6.4 Oppsummering: ”Særlig tungtveiende grunner”	51
6.5 Prosessuelle regler ved krav om gjeninntreden i oppsigelsestid versus krav om gjeninntreden etter utløpet av oppsigelsestid.....	52
6.6 Konsekvensene av Investeringsrådgiverkjennelsen.....	54
6.7 ”Særlig tungtveiende grunner”: Styringsrettsbetraktning eller et nytt rettslig grunnlag?	55
7 ARBEIDSTAKERENS RETT TIL Å IKKE ARBEIDE I OPPSIGELSESTIDEN	
.....	56
7.1 Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse	57
8 AVSLUTNING.....	58
9 KILDER.....	60
9.1 Lover	60
9.2 Forarbeider	60

9.3	Rettspraksis	61
9.4	Bøker	62
9.5	Artikler	62
9.6	Internetsider	63

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

Sett fra et arbeidsgiverperspektiv kan det være flere grunner til at det er ønskelig å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Et praktisk tilfelle er hvor arbeidstaker planlegger overgang til konkurrerende virksomhet. Her vil det ofte være viktig for arbeidsgiver å hindre at den oppsagte tar med seg sensitive opplysninger om bedriftens forhold til sin nye arbeidsgiver. Arbeidsgiverens motiv vil dermed være å beskytte virksomhetens fremtid. Arbeidsgiver kan også ønske å frasi seg arbeidstakerens arbeidsytelser fordi det hevdes at arbeidstakeren kan utgjøre en trussel mot virksomhetens kunder eller renommé. I andre tilfeller kan virksomheten stå overfor en omfattende nedbemanning med den konsekvens at det ikke finnes noen stilling for den oppsagte arbeidstakeren å fortsette sitt arbeid i. Ofte vil arbeidstaker si seg fornøyd med å motta lønn og samtidig være fritatt for å prestere arbeidsytelsen. Utestengelse fra arbeidsplassen kan imidlertid utgjøre en stor belastning dersom arbeidet er av særlig betydning for arbeidstakeren, både når det kommer til selvfølelse, opprettholdelse av kunnskap og andre forhold. Hvor arbeidstaker senere bestrider oppsigelsens gyldighet, vil en rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden sikre kontinuitet i arbeidsforholdet, og på den måten effektivere gjeninntreden hvor oppsigelsen kjennes ugyldig.

Ved oppsigelse av et arbeidsforhold vil partenes gjensidige rettigheter og plikter i henhold til arbeidsavtalen bestå inntil utløpet av oppsigelsestiden. Disse består hovedsakelig av arbeidstakerens plikt til å utføre arbeidsoppgavene, samt arbeidsgiverens plikt til å utbetale lønn. Etter oppsigelsestidens utløp har arbeidstakeren ikke lenger de rettigheter og plikter som følger av arbeidsforholdet og må følge fratrukket.

Opgavens problemstilling er hvorvidt arbeidstaker har en ubetinget rett til å utføre sine arbeidsoppgaver under oppsigelsestiden, eller om arbeidsgiver i visse tilfeller kan ”avbestille” arbeidstakerens arbeidsytelse mens oppsigelsestiden løper. På bakgrunn av oppgavens ordlyd vil behandlingen følge to hovedspor: En fullstendig avbestilling og en delvis avbe-

stilling av arbeidstakerens arbeidsytelse. Videre vil spørsmålet om arbeidstaker kan ha en rett til å ikke arbeide i oppsigelsestiden behandles kort.

1.2 Det materielle utgangspunkt

Innledningsvis vil de materielle regler som ligger til grunn for behandlingen av oppgavens problemstilling kort bemerkes.

Arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestid omhandles ikke direkte i arbeidsmiljøloven, men er anerkjent som hovedregel av Høyesterett.¹ Som det vil fremgå kan unntak fra hovedregelen hvile på to ulike rettsgrunnlag; henholdsvis styringsretten og den ulovfestede unntaksregelen som fremgår av Høyesteretts avgjørelse i Investeringsråd-giverkjennelsen.

Arbeidstaker har videre en rett til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsens gyldighet, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11. Dersom retten finner det ”urimelig” at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling, kan den likevel beslutte fratreden. Etersom bestemmelsen omhandler situasjonen etter oppsigelsestidens utløp kan den ikke anvendes direkte på oppgavens problemstilling. Ved spørsmålet om arbeidsgiver unntaksvis kan foreta en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestid, vil imidlertid det samme vurderingstema som ved pålegg om fratreden etter arbeidsmiljøloven § 15-11 anvendes. Bestemmelsen vil derfor ha betydning ved drøftelsen av oppgavens problemstilling.

1.3 Avgrensninger

Opgavens problemstilling behandles med henblikk på de rene arbeidsgiver-/arbeidstakerforhold. Fremstillingen behandler arbeidsforhold som omfattes av *arbeidsmiljøloven*.

¹ Jfr. punkt 5 og Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 25.

jøloven av 17 juni 2005 nr. 62. Det avgrenses følgelig mot sjømannsloven² og tjenestemannsloven.³

Ettersom rammene for fremstillingen er begrensede, vil problemstillinger relatert til midlertidig ansettelse ikke bli behandlet. Det samme gjelder hvordan retts situasjonen stiller seg ved en eventuell konkurs. Videre avgrenses det mot oppdragsforhold, da dette faller utenfor oppgavens definisjonsområde.

1.4 Begrepsbruk og sentrale rettskilder

Innledningsvis presiseres det at begrepet ”rett til å stå i stilling” reserveres for arbeidsmiljøloven § 15-11. ”Rett til arbeid i oppsigelsestid” benyttes i det følgende om oppgavens problemstilling.

Begrepet ”avbestilling” anvendes for å beskrive situasjonen hvor arbeidsgiver frasier seg arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Begrepet vil også benyttes i tilknytning til spørsmålet om arbeidstaker kan ha en rett til å ikke utføre arbeid i oppsigelsestid. Det sondres mellom fullstendig og delvis avbestilling. Et eksempel på delvis avbestilling er der virksomhetens økonomisjef ikke blir bedt om å ta seg fullstendig fri i oppsigelsestiden (fullstendig avbestilling), men blir satt til å gjøre vesentlig andre oppgaver enn hva som må antas å høre til stillingen som økonomisjef.

Det sentrale lovverket i denne fremstillingen er arbeidsmiljøloven. Arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden omhandles ikke direkte i loven, men vurderingstemaet etter arbeidsmiljøloven § 15-11 vil ha relevans. Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 at den foreliggende rettstilstand vedrørende retten til å stå i stilling under 1977-

² Sjømannsloven av 30.05.1975 nr. 18.

³ Lov om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven) av 03.04.1983 nr. 3.

loven skal videreføres.⁴ Forarbeidene og rettspraksis tilknyttet 1977-loven vil følgelig fortsatt ha relevans ved tolkningen av gjeldende regler.⁵

Rettspraksis utfyller reglene i arbeidsmiljøloven. Som følge av at det foreligger sparsomt med høyesterettspraksis i tilknytning til spørsmålet om arbeid i oppsigelsestid, vil undertiden underrettspraksis benyttes for å illustrere gjeldende rett. Den rettskildemessige verdi av underrettspraksis er begrenset, men som følge av det sparsommelige rettskildebildet som foreligger i tilknytning til oppgavens problemstilling kan det likevel tenkes at slik praksis kan tillegges vekt.⁶

1.5 Den videre fremstilling

Med det formål å plassere oppgavens problemstilling i sin rettslige kontekst vil innledningsvis særegenheter ved arbeidsforholdet som avtaleforhold behandles. Punkt 3 er viet stillingsvernsinstituttet i arbeidsmiljøloven. Ettersom stillingsvernsreglene regulerer selve oppsigelsessituasjonen vil disse stå sentralt ved behandlingen av oppgavens problemstilling vedrørende arbeid i oppsigelsestid.

Det vil bli redegjort for retten til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11 i punkt 4, før det i punkt 5 gjøres et dypdykk i *hovedregelen* om rett til arbeid i oppsigelsestid. Hovedregelens rettslige forankring og de ulike hensyn den bygger på vil bli behandlet. I forbindelse med drøftelsen av hovedregelen vil omfanget av retten til arbeid i oppsigelsestiden undersøkes nærmere. En gjennomgang av styringsretten vil stå sentralt i denne sammenheng.

⁴ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235 (kap. 19.1).

⁵ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 748.

⁶ Se eksempelvis drøftelsen av LB-2010-152755 og LB-2010-160933 under punkt 6.3.2.1 nedenfor.

Punkt 6 er viet *unntak fra hovedregelen* om rett til arbeid i oppsigelsestid. Det vil her bli trukket et hovedskille mellom delvis avbestilling med grunnlag i arbeidsgiverens styringsrett, og en fullstendig avbestilling på bakgrunn av den ulovfestede unntaksregelen oppstilt av Høyesterett i Investeringsrådgiverkjennelsen. Kjennelsen gjelder et inngrep i stillingsvernet hvor skjønnstemaet er uklart. Et spørsmål som oppstår er om avgjørelsen har skapt en ny rettsituasjon til fordel for arbeidsgiver og tilsvarende ulempe for arbeidstaker. Avslutningsvis under punkt 7 redegjøres det kort for arbeidstakerens rett til å ikke arbeide i oppsigelsestiden.

2 Særegenheter ved arbeidsforholdet som avtaleforhold

Sammenliknet med alminnelige kontraktsforhold, kjennetegnes arbeidskontrakten av flere særtrekk. Disse særtrekkene nødvendiggjør og begrunner arbeidsrettens lovgivning og system, herunder arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

For det første vil alminnelige kontrakter ofte inneholde forpliktelser tilknyttet en vare. Arbeidskontrakten kjennetegnes ved at arbeidstaker forpliktes til å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. Rettighetene og pliktene er følgelig ikke bare tilknyttet ”varen”, men også arbeidstakerens ”væren”.

For det annet er partene i alminnelige kontraktsforhold som regel jevnbyrdige hva deres interne maktforhold angår. I arbeidsforhold derimot, innehar arbeidsgiver et overtak i kraft av sin sosioøkonomiske posisjon som forvalter av virksomhetens arbeidsplasser. Arbeidstaker er på sin side så vel økonomisk som sosialt avhengig av arbeidskontrakten, for å sikre sitt livsforhold og presumptive forsørgelsesbyrde. Mellom partene i en arbeidsavtale foreligger det en formell likhet i kontraktsfrihet, men en materiell ulikhet i forhandlingsstyrke.⁷ Også i et historisk perspektiv har det vært viktig å understreke betydningen av at arbeidsav-

⁷ Evju (2010) s. 52.

talen har blitt ansett som prinsipielt forskjellig fra alminnelige kontrakter.⁸ Allerede på 1700-tallet pekte den skotske filosofen Adam Smith på partenes ulike makt- og markedsposisjon.⁹ Dersom vi ser tilbake i historien finner vi flere eksempler på hvordan ulike arbeidsforhold bærer preg av disse særtrekkene. Typisk i tyendeforhold, men også i den stadig ekspanderende industrivirksomheten ble over/underordningsforholdet institusjonalisert. Fra å regnes som en kontraktsform som omhandlet en vare, gikk utviklingen av arbeidskontrakten i retning av den kontraktsformen vi kjenner i dag.¹⁰

For det tredje kjennetegnes som regel alminnelige kontrakter ved at samtlige rettigheter og plikter er fastlagt ved avtaleinngåelsen. Til sammenlikning innehar arbeidsgiver en prinsipiell, rettslig styringsrett som gir ham kompetanse til å pålegge arbeidstaker plikter så lenge arbeidsforholdet består, jfr. punkt 5.2. Styringsretten innebærer at styrkeforholdet mellom partene utgjør et underordningsforhold, med en lydighetsplikt hos arbeidstaker som motsykkes til arbeidsgiverens styringsrett. Disse særtrekkene nødvendiggjør og begrunner arbeidsmiljølovens rettighetslovgivning for arbeidstaker, herunder stillingsvernsreglene.

Avtalerelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker påvirkes videre av ufravikelig lovgivning som regulerer forholdet. Arbeidsmiljølovens preceptoriske karakter slås fast i § 1-9. Ufravikeligheten begrunnes av det særegne styrkeforholdet mellom partene i arbeidsavtalen og henger sammen med de vernehensyn loven bygger på.¹¹ Loven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt. Det er imidlertid intet i veien for å avtale løsninger som er gunstigere for arbeidstaker enn de loven gir anvisning på.¹² Inngås en avtale i strid med lovens forbud vil den ikke anses for arbeidsretts-

⁸ Sigeman (2005) s. 515-532.

⁹ Evju (2010) s. 52.

¹⁰ *Ibid*, pkt. 2.1 på s. 51.

¹¹ Rt. 1998 s. 1357, s. 1364.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2005-2006) s. 302.

lig bindende.¹³ Eventuelt tolkes den innskrenkende så langt den er lovstridig. Følgelig vil det ikke være anledning til å inngå en generell forhåndsavtale som fratrar arbeidstaker rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Dreier det seg derimot om en avtale inngått i forbindelse med eller i direkte tilknytning til en oppsigelsessituasjon stiller dette seg annerledes. I motsetning til situasjonen ved tiltredelsen, vil arbeidstaker her være i en posisjon hvor han vil kunne forutberegne sin rettsstilling. Denne problemstillingen behandles nærmere under punkt 6.3.3.

3 Stillingsvernsinstituttet i norsk arbeidsrett

Oppgavens tema omhandler rett til arbeid i oppsigelsestid. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern vil følgelig få betydning ved den videre behandling, ettersom disse regulerer selve *oppsigelsessituasjonen* i arbeidsforholdet. I internasjonal sammenheng er stillingsvernet i Norge særlig sterkt.¹⁴ Lovens formål søker å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker.¹⁵ Her står stillingsvernsinstituttet sentralt. Reglene bygger på forutsetningen om at arbeidstakeren utgjør den svakere part i kontraktsforholdet og følgelig trenger et særskilt vern.¹⁶ Det grunnleggende hensyn er derfor å ivareta arbeidstakerens interesser i forbindelse med arbeidsforholdets opphør. I det følgende vil de mest sentrale aspektene ved stillingsvernsinstituttet gjennomgås; herunder vernet mot usaklig oppsigelse, reglene om oppsigelsestid, samt avskjeds- og suspensjonsinstituttet.

¹³ Rt. 2008 s. 1307, avsnitt 47.

¹⁴ Fougner m.fl (2011) s. 24.

¹⁵ NOU 2004:5.

¹⁶ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 736.

3.1 Vern mot usaklig oppsigelse

Prinsippet om at oppsigelse krever saklig grunn er et av de mest sentrale elementene i stillingsvernet, og har stått uforandret siden arbeidsmiljøloven ble vedtatt i 1977.¹⁷ Mens arbeidstaker på sin side ikke behøver særskilt begrunnelse for å si opp sin stilling, er arbeidsgiverens adgang til å si opp arbeidstaker begrenset gjennom arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern. Arbeidsmiljøloven § 15-7 slår fast at arbeidstaker ikke kan sies opp fra sin stilling uten at det er ”saklig begrunnet” i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold.

Saklighetskravet er en dynamisk, rettslig standard hvor innholdet i rimelighetskravet vil endre seg i tråd med den alminnelige samfunnsutviklingen.¹⁸ Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir anvisning på en konkret skjønsmessig avveining av den ansattes og virksomhetens interesser hvor utgangspunktet må tas i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen. Jakhelln forklarer vurderingen av saklighetskravet slik at denne må baseres på om det etter en saklig avveining av begge parter behov anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet kan bringes til opphør.¹⁹ Oppsigelse avgrenses oppad mot avskjed, se nedenfor under pkt. 3.3.

3.2 Hovedregler om oppsigelsestid

Ettersom arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsestid kan få betydning for arbeidstakerens rett til å utføre arbeidsoppgaver i denne perioden, vil disse behandles i det følgende. Eksempelvis dersom oppsigelsestiden i et konkret tilfelle er lang, typisk seks måneder, kan dette i kombinasjon med øvrige momenter tale mot en utstrakt rett hos arbeidstaker til å arbeide ut hele oppsigelsestiden. Problemstillingen drøftes nærmere under punkt 6.3.2.

¹⁷ NOU 2004: 5.

¹⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72 og Rt. 1984 s. 1058.

¹⁹ Jakhelln (2007) s. 429.

Når formriktig oppsigelse er gitt vil oppsigelsestiden begynne å løpe.²⁰ Arbeidsmiljøloven § 15-3 regulerer oppsigelsesfristens lengde. Den alminnelige hovedregel er en gjensidig oppsigelsesfrist på én måned, forutsatt at ikke annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale, jfr. første ledd. Oppsigelsesfristen løper fra første dag i måneden etter at oppsigelse finner sted, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-3 (4). For arbeidstakere fra 55 år og oppover, samt de med ansiennitet på fem år eller mer, vil lengre oppsigelsesfrister gjelde, jfr. annet og tredje ledd.

På tross av at arbeidsmiljøloven § 15-3 fastslår at det eksisterer en oppsigelsestid, er bestemmelsen taus angående hva oppsigelsestiden reelt sett innebærer, herunder en rett til arbeid. En drøftelse av hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestid og dens rettslige forankring gis under punkt 5.

Oppsigelsestiden ivaretar både arbeidstakerens og arbeidsgiverens interesser ved avslutningen av arbeidsforholdet. De legislative hensyn bak lovens ordning omfatter blant annet arbeidstakerens behov for omstilling i tiden etter oppsigelse.²¹ Videre gis arbeidstaker anledning til å søke eventuelt nytt fremtidig arbeid. Arbeidsgiver vil på sin side kunne benytte oppsigelsestiden til å ansette en ny person i stillingen. Dette muliggjør en overlapning mellom påtroppende og avtroppende arbeidstaker, samt muligheter for opplæring. Slik kan arbeidsgiver sikre at arbeidet videreføres uten nevneverdige komplikasjoner.²²

Som beskrevet ovenfor under punkt 2 følger det av arbeidsmiljøloven § 1-9 at lovens regler ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker. Adgangen til å avtale andre oppsigelsesfrister enn de som følger av loven er derfor begrenset. Loven tillater ikke avtaler som fastslår at en lengre oppsigelsesfrist skal gjelde ved oppsigelse fra arbeidstaker, enn hva som gjelder ved

²⁰ Jfr. arbeidsmiljøloven §§ 15-4, 15-5.

²¹ Fougner og Holo m.fl. (2013) s.766.

²² *Ibid.*

oppsigelse fra arbeidsgiver, jfr. også arbeidsmiljøloven § 15-3 (8). Det er heller ikke rettslig adgang til å avtale kortere oppsigelsesfrister enn første ledd gir anvisning på.

Det understrekes at arbeidsgiver har en *ubetinget lønnsplikt* i oppsigelsestiden, uavhengig av om arbeidstaker utfører arbeidsytelsen eller ikke. Dette ble senest lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg i Investeringsrådverkjennelsen, og er således på det rene.²³ På dette punkt avviker oppsigelse fra avskjedsinstituttet, som vil bli behandlet i det følgende.

3.3 Avskjeds- og suspensjonsinstituttet

Avskjedsinstituttet reguleres av arbeidsmiljøloven § 15-14. Ettersom rettsvirkningene ved avskjed er vesentlig ulike fra de ved oppsigelse, er det viktig å skille mellom instituttene. Avskjed skiller seg fra ordinær oppsigelse ved at arbeidstaker som hovedregel må gå på dagen i motsetning til å besitte en rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Hvor arbeidsgiver ved ordinær oppsigelse har lønnsplikt ut oppsigelsestiden, stanses lønnsytelser umiddelbart ved avskjed. I motsetning til oppsigelse, som bygger på arbeidsavtalen og er den normale fremgangsmåten ved opphør av arbeidsforhold, bygger avskjed på at det foreligger et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen som gir hevingsgrunn.²⁴ Således bygger avskjedsinstituttet på et kontraktsrettslig prinsipp.²⁵ Det springende punkt i avskjedsvurderingen er hvorvidt det foreligger slikt ”vesentlig mislighold” eller ”grovt pliktbrudd” som arbeidsmiljøloven krever. Ved vurderingen av om terskelen for avskjed er overtrådt i det enkelte tilfellet må det foretas en konkret helhetsvurdering, hvor hensyn tas til de ansattes og virksomhetens forhold. Videre må ikke avskjed fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon.²⁶ Grensen trekkes nedad mot oppsigelse begrunnet i arbeidstakerens forhold, jfr. punkt 3.1.

²³ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

²⁴ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 868, Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 239.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Rt. 2005 s. 518, avsnitt 40 og Rt. 1988 s. 1188.

Dersom arbeidsgiver mistenker at det foreligger klanderverdige forhold hos arbeidstaker som kan begrunne avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14, kan arbeidstaker suspenderes mens forholdet granskes nærmere. Arbeidsgiver gis da rett til å umiddelbart fjerne arbeidstakeren fra sin stilling. En suspensjon er en tilsidesettelse av arbeidstakerens hovedplikt etter arbeidsavtalen, plikten til å utføre arbeid, for en periode.²⁷ Vedkommende vil da bli pålagt å fratre arbeidet inntil videre, men beholder sine lønnsytelser, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-13 (1) og (3). For å kunne foreta en suspensjon er forutsetningen at det foreligger en konkret og begrunnet mistanke. Videre er det et vilkår etter arbeidsmiljøloven § 15-13 (1) at suspensjonen er nødvendig for virksomhetens behov. Suspensjonen skal vurderes fortløpende og oppheves så fort vilkårene etter første ledd ikke lengre er oppfylt, jfr. annet ledd. Hensynet bak et lovfestet suspensjonsinstitutt er først og fremst å avdekke om arbeidstaker har gjort seg skyldig i de forhold han mistenkes for. Dersom slike forhold faktisk foreligger, hindrer suspensjonen arbeidstakerens fortsatte mislighold, samt at vedkommende blir hindret i å oppholde seg på arbeidsstedet med den bevisforspillelsesfare dette kan medføre.

3.4 Gyldighetssøksmål og erstatningssøksmål

Arbeidsmiljøloven § 15-12 regulerer rettsvirkningene av usaklig oppsigelse; ugyldighet og erstatning. Etter arbeidstakerens påstand kan retten kjenne oppsigelsen ugyldig dersom denne er i strid med arbeidsmiljøloven §§ 15-6 til 15-10, jfr. første ledd. Dersom oppsigelsen kjennes ugyldig innebærer dette at arbeidsforholdet består.²⁸ Arbeidstaker vil følgelig fortsatt ha rett til å utføre sitt arbeid. Bestemmelsen må videre sees i sammenheng med arbeidsmiljøloven § 15-11, jfr. punkt 4. Retten til å stå i stilling under behandlingen av tvisten forenkler gjennomføringen av ugyldighet som rettsvirkning av usaklig oppsigelse, ettersom arbeidstaker unngår lengre fravær fra arbeidsplassen.²⁹ En oppsigelsessituasjon kan

²⁷ NOU 2004: 5.

²⁸ Dalheim (2013) note 612.

²⁹ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 848.

imidlertid ha gjort det vanskelig for arbeidstaker og arbeidsgiver å gjenoppta samarbeidet. Under forutsetning av at arbeidsgiver har nedlagt påstand om opphørsdom, kan retten derfor i særlige tilfeller bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre, jfr. § 15-12 (1). For at retten skal kunne fatte en slik beslutning er det et krav at de har fortatt en avveining av partenes interesser. Videre må retten finne det ”åpenbart urimelig” at arbeidsforholdet fortsetter. Adgangen for å få opphørsdom er snever, se eksempelvis Rt. 1988 s. 959, ”HIV-smitte”, hvor Høyesterett fremhevet at bestemmelsen er en unntaksregel og la avgjørende vekt på arbeidstakerens sterke interesse i å komme tilbake i arbeid.³⁰

Arbeidstaker kan alene eller i tilknytning til krav om ugyldighet kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med arbeidsmiljøloven §§ 15-6 til 15-11, jfr. annet ledd. Erstatningen fastsettes skjønnsmessig ut i fra det retten finner rimelig under hensyn til ”det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig”. Erstatningsutmålingen foretas etter en konkret vurdering, og varierer i praksis sterkt fra tilfelle til tilfelle. Også ikke-økonomiske betraktninger kan tas med i vurderingen, typisk oppreisning for ”tort og svie”. Ved utmålingen legger loven følgelig opp til at arbeidsgiver kan straffes for selve den rettsstridige handling som urettmessig oppsigelse av arbeidstaker innebærer.³¹ Sett fra et skattemessig ståsted, vil det være av betydning om erstatningen er oppreisning eller dekker økonomisk tap. Den økonomiske erstatningen anses som skattepliktig inntekt, mens oppreisningen er skattefri.³²

4 Retten til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsens gyldighet

Som nevnt tidligere omhandles ikke oppgavens tema, retten til å arbeide i oppsigelsestid, eksplisitt i arbeidsmiljøloven. Det gjør derimot retten til å stå i stilling ved tvist om oppsi-

³⁰ Rt. 1988 s. 959, s. 967.

³¹ Dalheim (2013) note 613.

³² Skatteloven § 5-10 e.

gelsens gyldighet, som er regulert i arbeidsmiljøloven § 15-11. Bestemmelsen gjelder situasjonen etter oppsigelsestidens utløp og kan således ikke anvendes direkte på oppgavens problemstilling. Ved vurderingen av om arbeidsgiver kan frasi seg arbeidstakerens arbeidstytelse i oppsigelsestiden vil imidlertid det samme vurderingstemaet som i arbeidsmiljøloven § 15-11 (2) anvendes. Dette ble lagt til grunn av Høyesteretts ankeutvalg i Investeringsrådverkjennelsen.³³ Avgjørelsen og dens konsekvenser drøftes nærmere nedenfor under punkt 6.3. Rettspraksis, forarbeider og juridisk litteratur som omhandler bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-11 og dens vurderingstema er derfor relevant ved behandlingen av oppgavens problemstilling og vil gjennomgå i det følgende. Dette forsterkes når det tas i betraktning at det foreligger begrenset med rettspraksis vedrørende retten til arbeid i oppsigelsestid. De kjennelsene som faktisk behandler denne problemstillingen veier imidlertid tungt.

4.1 Innholdet i arbeidsmiljøloven § 15-11

Arbeidsmiljøloven § 15-11 er sentral for stillingsvernet. Bestemmelsens første ledd omhandler retten til å fortsette i stillingen også *etter* oppsigelsestidens utløp, ved tvist om oppsigelsens gyldighet etter arbeidsmiljøloven § 15-7, så lenge forhandlinger pågår etter arbeidsmiljøloven § 17-3. På bakgrunn av bestemmelsens klare ordlyd og hensynet til arbeidstaker er det antatt at arbeidsgiver ikke har adgang til å kreve fratreden i denne perioden.³⁴ Dersom arbeidstaker reiser søksmål vedrørende oppsigelsens gyldighet innen de frister som følger av arbeidsmiljøloven § 17-4, kan vedkommende som hovedregel fortsette i stillingen inntil saken er avgjort ved rettskraftig dom eller kjennelse, jfr. annet ledd. Etter krav fra arbeidsgiver kan retten imidlertid bestemme at arbeidstaker må fratre sin stilling under sakens behandling. Vilkåret er at retten finner det ”urimelig” at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Her er det viktig å understreke at dersom arbeidstaker blir fradømt retten til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11 (2), vil vedkommende ikke

³³ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

³⁴ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 833 og Evju (1980) s. 343.

bare miste retten til å utføre arbeid, men også retten til å motta lønnsytelser.³⁵ Det er følgelig stilt strenge krav til urimelighetsvurderingen. I oppsigelsestiden stiller dette seg annerledes. Arbeidstaker har her et ubetinget krav på lønn, jfr. ovenfor under punkt 3.2.

En gjennomgang av rettspraksis viser at Høyesterett ofte ser hen til det sannsynlige utfallet av oppsigelsessaken.³⁶ Dersom det er nærliggende at oppsigelsen vil bli kjent ugyldig, trekker dette i retning av at domstolene vil fastholde arbeidstakerens rett til å stå i stilling. Dernest vil bakgrunnen for oppsigelsen, nærmere bestemt hvorvidt denne var begrunnet i arbeidsgiverens eller arbeidstakerens egne forhold, ofte få avgjørende betydning. Det fremgår av forarbeidene at det skal mye til før det avsies kjennelse om fratreden dersom oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold.³⁷ Her blir det blant annet lagt til grunn at dersom oppsigelsen skyldes forhold ved virksomheten, ”bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratre”.³⁸ Det understrekes likevel at domstolene bør ta hensyn til vektige innvendinger fra arbeidsgiverens side. Rettspraksis tydeliggjør at domstolene i stor grad har sluttet seg til dette utgangspunktet. I kjennelsen inntatt i Rt. 2000 s. 1158 ble det eksempelvis lagt til grunn at domstolene ”bare sjelden” bør avsi fratredelseskjennelse i disse tilfellene.³⁹

Kjennelsen inntatt i Rt. 2004 s. 1413 belyser ytterligere hva Høyesterett vektlegger i urimelighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-11 (2). Saken gjaldt spørsmålet om to arbeidstakere hadde rett til å fortsette i sine stillinger inntil tvist om oppsigelse var rettskraftig avgjort. Oppsigelsen var begrunnet i virksomhetens forhold. Etersom virksomheten

³⁵ Se bl.a. Rt. 2009 s. 1183 avsnitt 26.

³⁶ Se bl.a. Rt. 2000 s. 1958 på s. 1961, Rt. 2000 s. 739 og 525, Rt. 1996 s. 812, Rt. 1992 s. 1681, Rt. 1991 s. 330 og Rt. 1984 s. 400.

³⁷ Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Rt. 2000 s. 1958.

søkte nye ansatte, ble det ikke ansett for urimelig å la arbeidstakerne fortsette i sine stillinger:

”Det sentrale ved vurderingen av om de strenge krav til urimelighet (...) er oppfylt, er konsekvensene for arbeidstaker og for bedriften ved at arbeidstaker henholdsvis ikke fratrer eller må fratse mens oppsigelsessaken behandles av domstolene.”⁴⁰

I denne sammenheng understreker forarbeidene at urimelighetsvurderingen må bero på en totalvurdering av partenes interesser. Fratredelseskjennelse bør bare avsies hvor det foreligger interesseovervekt for fratreden.⁴¹ Et annet eksempel fra rettspraksis som illustrerer hvilke momenter som har betydning i rimelighetsvurderingen er Rt. 2000 s. 525. Her ble det lagt vekt på at den aktuelle virksomheten hadde et stort behov for nedbemanning grunnet dennes økonomiske situasjon. Virksomhetens behov for rasjonalisering var likevel ikke tilstrekkelig presserende til at det rettferdiggjorde fratredelseskjennelse før rettskraftig dom. Rt. 1992 s. 1688 gjaldt et tilfelle hvor én av fire ansatte ble sagt opp som følge av sterkt redusert omsetning i firmaet. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ville medføre urimelige kostnader å gi de ansatte en rett til å fortsette i stillingen mens saken verserte. Høyesterett sa seg enige i lagmannsrettens rettsanvendelse og sluttet seg til fratredelseskjennelsen. Videre kan det argumenteres for at det vil være av betydning for vurderingen at det er snakk om flere ansatte, snarere enn bare én. Dersom bedriften har store økonomiske vanskeligheter, vil det å gi en større gruppe ansatte rett til å stå i stilling mens saken verserer medføre en større økonomisk belastning enn hvor det kun er snakk om én ansatt. Det faktum at behandlingen i domstolene ofte strekker seg over lang tid forsterker belastningen for virksomheten. Det vises til at normal behandlingstid for sivile saker i første instans er på omkring seks måneder, jfr. omtalen i NOU 2004: 5 side 326.

⁴⁰ Rt. 2004 s. 1413, avsnitt 20.

⁴¹ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238, pkt. 19.4.2.

Dersom oppsigelsen skyldes *arbeidstakerens forhold* er imidlertid utgangspunktet et annet. Det følger da av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at arbeidsgiver vanligvis bør få medhold i sitt krav om fratredelsesdom.⁴² I Rt. 1992 s. 1547 hadde en bankfunksjonær ved å misbruke sin stilling oppnådd uberettigede uttak av til sammen ca. 76 000 kroner. Høyesterett konkluderte med at arbeidstakerens forgåelser i denne situasjonen var av en slik karakter at hun måtte fratre sin stilling under sakens behandling. Videre uttalte retten at hennes sterke økonomiske behov for å beholde stillingen ikke kunne tillegges vesentlig vekt i saken, da dette var et forhold som ofte ville foreligge i oppsigelsessaker.⁴³

Gjennomgangen ovenfor illustrerer at Høyesterett ikke har foretatt en streng språklig fortolkning av forarbeidenes anvisning på en sontring mellom tilfeller hvor oppsigelsen skyldes arbeidsgiverens forhold og tilfeller hvor den skyldes arbeidstakerens forhold. Høyesterett har lagt seg på en mer modifisert linje, men har likevel vært tilbakeholdne med å konkludere med fratredelseskjennelse hvor oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. Dette synes å være i tråd med lovens ordlyd; sontringen fritar ikke domstolene fra å foreta en konkret urimelighetsvurdering i det enkelte tilfellet.⁴⁴ Hovedregelen er at arbeidstaker får fortsette i stillingen uavhengig av oppsigelsens bakgrunn. Hvor disiplinære og liknende forhold hos arbeidstaker har vært årsaken til oppsigelse, har det også her blitt foretatt en konkret urimelighetsvurdering.

4.2 Hensyn bak regelen i arbeidsmiljøloven § 15-11

Forarbeidene fremhever to hovedhensyn bak bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-11.⁴⁵ Det grunnleggende hensyn bak regelen om retten til å fortsette i stillingen ved tvist om oppsigelsens gyldighet er først og fremst den reelle muligheten for å komme tilbake i ar-

⁴² Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75.

⁴³ Rt. 1992 s. 1547, s. 1548.

⁴⁴ Se også Fanebust (2003) s. 323.

⁴⁵ Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235-240.

beid. Bestemmelsen tar sikte på å effektivisere oppsigelsesvernet ved å forhindre at arbeidstaker først må fratre, for senere å gjeninntre dersom oppsigelsen kjennes ugyldig.⁴⁶ Dersom arbeidstakeren hadde vært nødt til å være borte fra sin stilling i en lengre periode, ville dette videre begrenset vedkommendes reelle mulighet til å få dom for ugyldighet. Muligheten er også til stede for at andre blir ansatt i samme stilling, noe som ville problematisert gjeninntreden ytterligere.

Dernest understrekes viktigheten av å verne om arbeidstakerens økonomi.⁴⁷ Ved å gi arbeidstaker en rett til å stå i stilling mens saken verserer, vernes vedkommendes inntekt. Arbeidstaker er avhengig av å betjene nødvendige løpende utgifter også under sakens gang. Hadde det ikke eksistert en slik rett ville arbeidstaker ha gått en høyst usikker fremtid i møte ved oppsigelse.

Disse synspunkter illustreres på følgende måte av lagmannsretten i kjennelsen inntatt i RG. 1996 s. 202, ”Butikkdesign”:

”Det vil være for usikkert å satse på at hel eller delvis lønn senere vil bli tilkjent. Arbeidstakeren vil derfor måtte ta annet arbeid i mellomtiden, også av hensyn til sine løpende økonomiske forpliktelser. Dette vil kunne føre til at det blir vanskeligere å oppnå dom for ugyldighet og gjeninntreden.”⁴⁸

I samme kjennelse fremhever lagmannsretten at hensikten med å gi arbeidstakeren en rett til å stå i stilling under behandlingen av tvisten, er at arbeidstakeren ikke bare skal ha rett til lønn, men også til fortsatt å få utføre arbeid inntil tvisten er avgjort.⁴⁹

⁴⁶ Jakhelln (2007) s. 453 og Ot. prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235, kapittel 19.1.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 49 kapittel 19.1.

⁴⁸ RG. 1996 s. 202, s. 209.

⁴⁹ *Ibid.*

Slik tidligere beskrevet vil arbeidsmiljøloven § 15-11 og dens vurderingstema ha overføringsverdi ved drøftelsen av oppgavens problemstilling om rett til å utføre arbeid *i oppsigelsestid*. I det følgende vil denne retten undersøkes nærmere.

5 Hovedregel: Rett til arbeid i oppsigelsestid

Retten til arbeid i oppsigelsestid følger ikke direkte av loven. Ikke desto mindre kan det rettslige grunnlaget for en slik rett utledes av rent kontraktsrettslige betraktninger: Det er klart at arbeidsforholdet som sådan består frem til oppsigelsestidens utløp, jfr. punkt 3.2. Som en konsekvens vil partenes gjensidige rettigheter og plikter som beskrevet i arbeidsavtalen, herunder arbeidstakerens prestering av arbeidsytelsen, fortsette å eksistere innenfor oppsigelsestiden.

På tross av at arbeidsmiljøloven § 15-3 kun fastslår at det eksisterer en oppsigelsestid, er bestemmelsen taus angående hva oppsigelsestiden reelt sett innebærer, jfr. punkt 3.2. Etter min mening er det likevel logiske grunner som taler for at en rett til arbeid i oppsigelsestiden kan sies å følge forutsetningsvis av bestemmelsen: Oppsigelsestiden innebærer at arbeidsforholdet består. Som nevnt ovenfor vil derfor arbeidstakerens rett og plikt til å utføre arbeid eksistere også i oppsigelsestiden.

Et videre argument for en rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden kan sies å følge motsetningsvis av avskjedsinstituttet i arbeidsmiljøloven § 15-14. Mens ordinær oppsigelse innebærer at arbeidsforholdet bringes til opphør først etter oppsigelsestidens utløp, innebærer avskjed øyeblikkelig fratreden. Som følge av de alvorlige og vidtrekkende konsekvenser for arbeidstaker skal det mye til før avskjed kan foretas, jfr. punkt 3.3. Disse momentene taler for at arbeidsgiver ikke har en ubetinget adgang til å avbestille den oppsagte arbeidstakerens arbeidsytelse i en oppsigelsestid.

Dernest kan retten til arbeid i oppsigelsestiden sies å være et resultat av en ”fra det mer til det mindre-betraktning” etter arbeidsmiljøloven § 15-11, jfr. punkt 4. Bestemmelsen stadfester arbeidstakerens rett til å stå i stilling under behandlingen av oppsigelsessakens ugyldighet, og omfatter dermed også tiden etter utløpet av oppsigelsestiden. At en arbeidstaker stilles i en dårligere posisjon under oppsigelsestiden enn etter dens utløp harmonerer for øvrig dårlig med lovens formål og de sentrale hensyn bak stillingsvernsinstituttet, jfr. punkt 3. Evju har uttalt seg om retten til å stå i stilling på følgende måte:

”Meningen er åpenbart at arbeidstakeren ikke bare skal ha rett til lønn, men også til å fortsatt få utføre arbeid inntil tvisten er endelig avgjort”⁵⁰

Friberg støtter Evjus syn:

”Retten til å bli stående i stillingen innebærer at partenes gjensidige rettigheter og plikter består. Arbeidstakeren antas også å kunne kreve å utføre de funksjoner som hører med til stillingen. Arbeidsgiveren kan da ikke frata ham adgangen til arbeidsstedet eller til å utføre sitt arbeid.”⁵¹

Domstolene har i flere avgjørelser lagt tilsvarende innfallsvinkel til grunn. I Rt. 2009 s. 1183, ”Investeringsrådgiver” fremholdt Høyesteretts ankeutvalg at underinstansen hadde bygget på riktig forståelse, som var slik:

”Det selvsagte utgangspunkt er at en oppsagt arbeidstaker har rett til å stå i sin stilling i oppsigelsestiden. Dette er en slutning fra det mer til det mindre, idet hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 15-11 er at arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen under behandlingen av oppsigelsessaken, også i tiden etter utløpet av oppsi-

⁵⁰ Evju (1980) s. 344.

⁵¹ Friberg (1996) s. 389.

gelsesfristen. Utgangspunktet må være at denne retten ikke er begrenset til retten til lønn og eventuelle andre økonomiske ytelser, men at arbeidstakeren også har krav på å få utføre sitt arbeid.”⁵²

Den nevnte kjennelsen fra Høyesterett behandles nærmere nedenfor under punkt 6.3. Foreløpig benyttes den for å belyse nettopp at retten til å utføre arbeid i oppsigelsestid er anerkjent som hovedregel av Høyesterett.

5.1 Hensyn bak hovedregelen

Hovedregelen er følgelig at arbeidstaker har rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. En slik hovedregel har imidlertid ikke blitt oppfattet som selvsagt blant juridiske teoretikere.⁵³ I det følgende skal de ulike hensyn som ligger bak hovedregelen om rett til å utføre arbeid i oppsigelsestid undersøkes. I punkt 5.1.1 og 5.1.2 vil det vurderes om de hensyn som begrunner regelen i § 15-11, herunder hensynet til arbeidstakerens lønn og kontinuitet i arbeidsforholdet, kan overføres til arbeid i oppsigelsestid. Punkt 5.1.3 er viet hensynet til arbeidets egenverdi.

5.1.1 Hensynet til arbeidstakerens lønn

Som fastslått ovenfor er retten til å motta lønn i oppsigelsestiden ubestridt og absolutt, jfr. Rt. 2009 s. 1183, ”Investeringsrådgiver” og punkt 3.2. Oppgavens problemstilling omhandler arbeid i oppsigelsestid. Hensynet til arbeidstakerens økonomi og velferd får følgelig ikke betydning i denne sammenheng. Spørsmålet i det følgende blir derfor hvilke hensyn som tilsier at arbeidstaker som hovedregel skal ha rett til å få utføre arbeid i oppsigelsestiden, når vedkommende uansett vil motta lønnsytelsen i denne perioden.

⁵² RG. 2009 s. 945 s. 7.

⁵³ Fanebust (2001) s. 335-336.

5.1.2 Hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet

Under forutsetning av at det i fremtiden vil bli reist sak om oppsigelsens gyldighet, taler de beste grunner for at hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet vil gjøre seg gjeldene med i alle fall samme styrke innenfor oppsigelsestiden som etter, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11. Som nevnt ovenfor under punkt 4; jo lengre arbeidstaker er borte fra arbeidet, desto vanskeligere vil det være å komme tilbake til arbeidsplassen dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig. Dette fordi andre i mellomtiden kan ha overtatt hans arbeidsoppgaver, arbeidstaker kan ha gått glipp av viktige møter og har kanskje ikke klart å vedlikeholde sin kunnskap.

Hvor det derimot ikke foreligger tvist om oppsigelsens gyldighet vil hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet ikke gjøre seg gjeldende på samme måte, ettersom det bare er et spørsmål om (oppsigelses)tid før arbeidsforholdet uansett avvikles. Det kan tenkes at arbeidstaker godtar å forlate arbeidet etter oppsigelsestidens utløp, men krever å få utføre sitt arbeid innenfor denne perioden. I slike tilfeller vil imidlertid hensynet til arbeidets egenverdi gjøre seg gjeldende, all den stund en rett til å få utføre arbeid i oppsigelsestid vil sikre kontinuitet i selve arbeidsaktiviteten.

5.1.3 Hensynet til arbeidets egenverdi

Dersom man anlegger et rent avtalerettslig perspektiv på arbeidsforholdet, med det grunnleggende prinsippet om ytelse mot ytelse som utgangspunkt, kan det argumenteres for at arbeidstaker bør si seg fornøyd når han mottar motytelsen, men samtidig slipper å prestere sin egen ytelse til avtalemotparten. Vedkommende har i dette tilfellet oppnådd det overordnede formål med avtalen, lønnsytelsen, og kan samtidig avstå fra å stille sin arbeidskraft til disposisjon. Spørsmålet som oppstår er om det da egentlig har skjedd noen skade? Fanebust støtter oppunder et slikt synspunkt, og uttaler at det etter hans skjønn er mye som taler for at rett til å stå i stillingen bare bør omfatte rett til lønn.⁵⁴ Fanebust peker på arbeidsgiverens

⁵⁴ Fanebust (2001) s. 335-336.

behov for å kunne frasi seg arbeidstakerens arbeidsytelse og understreker at en rett til å utføre arbeid neppe kan sies å ”åpenbart” følge av lovteksten.⁵⁵ Som beskrevet ovenfor under punkt 2 er det flere særegenheter som karakteriserer arbeidsforholdet som avtaleforhold. Hensynet som her kommer inn med full tyngde omfatter den egenverdi som arbeidet i seg selv har for arbeidstaker. Dette hensynet har et rent velferdsmessig innhold i motsetning til økonomisk. Arbeidet innebærer ikke bare en lønnsinntekt for den enkelte, men er også med på å bidra til selvrealisering. En rett til å utføre sitt arbeid med det vedlikehold av kompetanse som dette innebærer er viktig for mange. I de fleste tilfeller vil også opphold på arbeidsplassen omfatte et sosialt samvær som mange arbeidstakere verdsetter høyt. Det å omgi seg med mennesker innenfor samme fagfelt vil kunne virke stimulerende. Arbeidet vil for mange bidra til å gi livet mening: Man er til nytte. I enkelte tilfeller kan dette settes på spissen; uten arbeidsplassen å gå til, har de ingenting. Forarbeidene har også tatt til orde for å tillegge ”den ideelle verdien av å være i arbeid” vekt.⁵⁶ Enkelte personer vil også betrakte sitt yrke som et ”kall”, noe som utgjør en essensiell del av deres identitet. Åkvågs undersøkelse fra 1998 kartlegger yrkesvalgmotiver blant juridiske studenter.⁵⁷ Undersøkelsen illustrerer at såkalte ”ekspressive verdier” har stor betydning for den enkelte: *”Arbeidet utgjør et mål i seg selv, med muligheter for realisering av evner og anlegg”*.⁵⁸

Det å måtte forlate arbeidsplassen uten en rett til å arbeide ut oppsigelsestiden vil i flere tilfeller innebære en risiko for tap av arbeidstakerens omdømme. Dersom en arbeidstaker eksempelvis er oppsagt fra sin stilling som kirurg og blir utestengt fra arbeidsplassen med umiddelbar virkning, kan dette innebære en svekkelse i både personlig integritet og omdømme for vedkommende. Er oppsigelsen begrunnet i arbeidstakerens forhold, vil en slik utestengelse kunne føles særlig nedverdiggende. På den annen side er det rimelig klart at

⁵⁵ *Ibid*, s. 335.

⁵⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

⁵⁷ Åkvåg (2001).

⁵⁸ *Ibid*, s. 9-11.

sikkerhetshensyn må veie tungt i slike tilfeller. En gjennomgang av rettspraksis på dette området illustrerer betydningen av arbeidets egenverdi. Moss tingretts kjennelse av 7 september 2010 gjaldt en sykehuskirurg som var blitt oppsagt fra sin stilling med pålegg om å ikke arbeide ut oppsigelsestiden. Arbeidstaker gikk til sak og begjærte midlertidig forføyning med krav om gjeninntreden. Retten ga sykehuskirurgen medhold i dette og uttalte:

”...[arbeidstaker] er gastrokirurg og [...] vil lide et profesjonelt tap dersom hun pålegges å være ute av virksomhet for den perioden en rettslig behandling vil kunne ta. En lengre utestengning vil kunne føre til at hun avskjæres fra tilsvarende arbeid i helsevesenet. Det gastrokirurgiske miljøet i Norge er lite og ryktespredning er et problem. Arbeidsnekt vil kunne underbygge rykter om at hun er en fare for pasienters liv og helse.”⁵⁹

Kjennelsen viser at omdømmebetraktninger er relevant ved vurderingen av om arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden skal fastholdes. Også det profesjonelle tapet hun ville hatt ved lengre fravær fra arbeidsplassen ble tillagt vekt. I denne sammenheng er det verdt å påpeke verdien av å være i arbeid samtidig som man søker nytt arbeid. Dersom arbeidstaker er fratatt sin rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, vil dette kunne veie negativt hos en potensiell fremtidig arbeidsgiver.

Et ytterligere eksempel fra rettspraksis hvor den ideelle verdien av å være i arbeid ble tillagt vekt finnes i RG. 1991 s. 1106. Saken gjaldt en oppsagt bankdirektør som ble fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden. Arbeidstakeren godtok ikke dette og krevde å få gjeninntre i sin stilling. Retten uttalte:

”Retten vil i denne forbindelse spesielt peke på at man her ikke har med tekniske forhold – men med mennesker å gjøre. Det er en helt annen situasjon for B å ha

⁵⁹ Moss tingretts kjennelse av 7 september 2010.

lønn og arbeidsadgang med alle rettigheter enn utelukkende å ha lønn med økonomiske rettigheter. Ikke minst med så lang oppsigelsestid som 5 måneder, vil dette måtte være en personlig påkjenning av en helt annen karakter enn å stå i stilling i hele oppsigelsesperioden med alle rettigheter.”⁶⁰

Retten ga bankdirektøren fullt medhold og rett til å utføre arbeid ut oppsigelsessiden. Kjennelsen illustrerer at den personlige påkjenning en arbeidstaker kan oppleve ved å ikke få utføre arbeid vil kunne være et relevant hensyn.

Gjennomgangen ovenfor viser at det foreligger gode grunner for arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Dette er også hovedregelen i norsk rett. Ettersom arbeidstakerens lønnskrav er absolutt i oppsigelsestiden, vil ikke økonomihensyn gjøre seg gjeldende som etter arbeidsmiljøloven § 15-11. Derimot vil hensynet til arbeidets egenverdi tillegges vekt, noe både forarbeider og rettspraksis er et bevis på. Hvor det senere blir reist sak om oppsigelsens gyldighet vil også hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet gjøre seg gjeldende.

5.2 Omfanget av retten til arbeid i oppsigelsestid

I det følgende vil omfanget av retten til å arbeide i oppsigelsestid behandles. Dette er i stor grad et spørsmål om rekkevidden av arbeidsgiverens styringsrett, ettersom styringsretten i de aller fleste tilfeller vil ha en betydelig innvirkning på arbeidsforholdet og det faktiske arbeid arbeidstaker utfører.

Styringsretten kan gi arbeidsgiver et grunnlag for delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestid, jfr. punkt 6.1. Et sentralt spørsmål i denne sammenheng er hvorvidt styringsretten kan sies å være videre i oppsigelsestiden enn ellers. De særlige hensyn som gjør seg gjeldende i en oppsigelsessituasjon kan tale for et bekreftende svar. Før

⁶⁰ RG. 1991 s. 1106, s. 1115.

arbeidsgiverens styringsrett i oppsigelsestiden spesielt behandles under punkt 6.1, gjennomgås styringsrettens generelle innhold og rammer.

5.2.1 Arbeidsgiverens styringsrett generelt

Umiddelbart kan det fremstå som selvmotsigende at det i et fritt kontraktsforhold mellom likeverdige parter skal eksistere en ensidig rett hos den ene parten til å styre den andres ytelse. Det er imidlertid ubestridt at arbeidsgiver har en styringsrett. Styringsretten er ulovfestet og omfatter arbeidsgiverens rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør, innenfor rammene som følger av de arbeidsrettslige regler.⁶¹ Den rettslige begrunnelsen for styringsretten er at den utgjør en nødvendig konsekvens av selve arbeidsavtalen og det lydighets- og underordningsforhold til arbeidsgiveren som avtalen etablerer.⁶² Samhandlingsdimensjonen i arbeidsforholdet nødvendiggjør en form for koordinering.

I likhet med andre kategorier av kompetanse er heller ikke styringsretten ubegrenset, men underlagt flere vidtgående begrensninger.⁶³ Generelt kan begrensninger i styringsretten følge av lov, tariffavtaler og særlig de individuelle arbeidsavtaler.⁶⁴ Gjennom arbeidsavtalen skapes kompetansegrunnlaget for utøvelse av arbeidsgiverens styringsrett. Den ene parten i et avtaleforhold kan ikke ensidig endre avtalens innhold uten den annen parts samtykke, og dermed setter arbeidsavtalen grenser for styringsretten. Ettersom arbeidsavtalen vanskelig kan detaljregulere alle sider av arbeidsforholdet, vil det nærmere innholdet av styringsretten i et konkret arbeidsforhold bero på en nærmere tolkning og utfylling av den konkrete avtalen. Tradisjonelt har oppfatningen vært at endringer som medfører at stilling-

⁶¹ Jakhelln (2006) s. 48 og Andersen (1967) s. 149 flg.

⁶² En rettslig begrunnelse som støttes av bl.a. Jakhelln, Knoph og Berg.

⁶³ Evju (2010) og Thorkildsen m.fl. (2010).

⁶⁴ Evju (2010) avsnitt 4.2, s. 60.

ens grunnpreg forandres, ikke ensidig kan besluttes av arbeidsgiver.⁶⁵ Eksempelvis vil ikke en arbeidsgiver i kraft av styringsretten ha kompetanse til å pålegge en økonomisk rådgiver typiske renholds- eller sentralbordoppgaver. Andersen har uttalt seg slik om arbeidsgiverens adgang til å foreta endringer i arbeidstakerens arbeidsoppgaver:

*”Det bør nemlig være hevet over tvil at en arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsforhold på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form operer med.”*⁶⁶

Ovennevnte vurdering volder ofte problemer, noe en omfattende rettspraksis illustrerer. I denne sammenheng er det verdt å påpeke at endringer som arbeidstaker oppfatter som en degradering av vedkommendes stilling trolig oftere skaper vanskeligheter, enn hvor endringen innebærer utfordringer. Fougner hevder at et nøkkelspørsmål vil være om endringene reelt sett er arbeidsrettslige reaksjoner på påstått mangelfull fungering.⁶⁷

5.2.1.1 Styringsrettens nærmere omfang

En rik rettspraksis vedrørende arbeidsgiverens styringsrett er med på å klargjøre dens nærmere omfang.

Som et resultat av de til dels inngripende følger styringsretten kan ha for arbeidstaker, er det nødvendig å stille krav til saklighet ved utøvelse av styringsretten.⁶⁸ Et slikt generelt saklighetskrav innebærer at arbeidsgiver ikke kan la seg påvirke av typiske utenforliggende hensyn ved utøvelse av styringsretten. I Rt. 2001 s. 418, ”Kårstø”, fastslo Høyesterett at styringsretten begrenses av den allmenne saklighetsnormen. Saken gjaldt spørsmålet om

⁶⁵ Fougner m.fl. (2011) s. 111-118.

⁶⁶ Andersen (1967) s. 149 flg.

⁶⁷ Fougner (1999) s. 255.

⁶⁸ Rt. 2001 s. 418, s. 427.

arbeidstid for to grupper av ansatte ved Statoils anlegg på Kårstø og i den forbindelse rekkevidden av arbeidsgiverens styringsrett. Som følge av organisasjonsendringer fikk grupper av ansatte nytt fremmøtested som var lengre unna anleggets hovedport enn tidligere. Dette førte til at arbeidstakerne brukte lengre tid på å komme seg til arbeid. Retten konkluderte med at styringsretten ga Statoil kompetanse til å endre fremmøtested hvor arbeidstakerne skal stå til disposisjon for å utføre arbeidsoppgavene. I tilknytning til de saklighetskrav som gjelder for styringsretten, uttalte førstvoterende:

”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.”⁶⁹

Det ble videre konkludert med at endringene som Statoil hadde foretatt i kraft av styringsretten var gjennomført etter en forsvarlig prosess og at disse var saklig motivert i organisasjonsendringen.

Rt. 2000 s. 1602, ”Nøkk”, er et eksempel på hvordan Høyesterett har godtatt relativt vidtgående endringer i arbeidstakerens arbeidsoppgaver. Spørsmålet var om en kommune med hjemmel i arbeidsgiverens styringsrett kunne treffe vedtak om at to skipsmaskinister ansatt i kommunens brannbåt skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Førstvoterende i saken uttalte at styringsretten må utøves innenfor rammen av det arbeidsforholdet som er inngått:

”Ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen,

⁶⁹ Rt. 2001 s. 48, s. 427.

praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen".⁷⁰

Det ble lagt vekt på at maskinistene etter endringen ville beholde sin grad av brannmestere, samt lønn. Integreringen i kommunens hovedbrannstyrke innebar en ikke ubetydelig endring i deres arbeidsoppgaver, men likevel ikke større endringer enn at de måtte aksepteres.⁷¹ Kommunens vedtak lå derfor innenfor styringsrettens grenser.

Styringsretten innebærer altså en kompetanse til å fatte beslutninger vedrørende et bredt spekter av sider ved arbeidstakerens arbeidsforhold. Spørsmålet om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan bestemme at arbeidstaker må endre sin arbeidstid fra nattevakt til dagvakt var oppe til vurdering i Rt. 2009 s. 1465, "Senvakt". Her var tvistepunktet om Bergen kommune i kraft av styringsretten kunne pålegge to sykepleiere å gå dagvakter, eller om deres individuelle arbeidsavtaler stengte for dette. I henhold til arbeidsavtalene gjaldt arbeidsforholdet "senvakt". Høyesterett viste til Nøkkdommen og uttalte at arbeidsgiver har kompetanse til å foreta endringer i arbeidsforhold som verken "*særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet*".⁷² Retten la til grunn at når det var avtalt "senvakt", ville arbeidsgiverens ensidige endring av avtalen til også å omfatte dagvakter innebære "*en så vesentlig endring av arbeidsforholdet at den normalt ikke kan gjennomføres i kraft av styringsretten*".⁷³ Endringen til dagvakter ville ha endret stillingens grunnpreg, og ble derfor underkjent.

Som det fremgår av drøftelsen ovenfor begrenses arbeidsgiverens styringsrett av arbeidsavtalens rammer. Arbeidsgiver kan eksempelvis ikke med grunnlag i styringsretten foreta en

⁷⁰ Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609.

⁷¹ *Ibid*, s. 1610.

⁷² Rt. 2009 s. 1465, avsnitt 41.

⁷³ Rt. 2009 s. 1465, avsnitt 42. Se for øvrig Arbeidslivslovutvalget i NOU 2004:5 på s. 271.

vesentlig endring av den daglige arbeidstid, jfr. ”Senvakt”. En slik endring vil endre stillingens grunnpreg vesentlig og vil følgelig ikke aksepteres av domstolene. Rettspraksis illustrerer imidlertid at spørsmålet om hva som følger av arbeidsavtalen strekkes relativt langt, noe Nøkk-dommen tjener som eksempel på. Her godtok Høyesterett ”ikke ubetydelige endringer” i de ansattes arbeidsoppgaver med grunnlag i arbeidsgiverens styringsrett. På bakgrunn av dette kan det reises spørsmål om ikke grunnpregstandarder gjennom årene har blitt noe modifisert.⁷⁴

6 Unntak fra hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestiden

For å kunne fastsette det nærmere innhold av arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, vil det være nødvendig å klarlegge de unntak som kan gjøres fra hovedregelen. I det følgende vil arbeidsgiverens mulighet for delvis avbestilling i kraft av styringsretten gjennomgå i punkt 6.1. Unntak for virksomhetens daglige leder vil kunne følge av forhåndsavtale, jfr. punkt 6.2. Videre åpnet Høyesteretts ankeutvalg i Investeringsråd-giverkjennelsen for fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestid. Dette unntaket behandles under punkt 6.3.

6.1 Delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse: Arbeidsgiverens styringsrett i oppsigelsestiden spesielt

Hovedregelen i norsk rett er altså at arbeidsgiver ikke gjennom styringsretten kan endre stillingens grunnpreg, jfr. punkt 5.2. Dette utgangspunkt gjelder også under oppsigelsestiden. Styringsretten kan imidlertid gi arbeidsgiver adgang til å foreta en *delvis avbestilling* av arbeidstakerens arbeidsytelse. Det foreligger derfor en klar sammenheng mellom arbeidstakerens rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden og styringsrettens rekkevidde i samme periode.

⁷⁴ Fougner (2007) s. 221-226 og (2011) s. 118.

Et relevant spørsmål i forhold til oppgavens problemstilling er hvorvidt styringsretten kan sies å være videre i oppsigelsestiden. Mer presist blir spørsmålet om arbeidsgiver kan strekke seg lengre i å endre arbeidstakerens arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden enn ellers. I tilknytning til selve oppsigelsessituasjonen kan det oppstå særlige forhold som kan tilsi en slik utstrakt endrings- eller avbestillingsadgang. Det foreligger sparsomt med rettspraksis og teori tilknyttet spørsmålet om styringsrett i oppsigelsestiden. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 15-11 understreker at selv om arbeidstaker har en rett til å stå i stilling under tvist om oppsigelsens gyldighet, innebærer ikke dette en innskrenkning av arbeidsgiverens styringsrett:

”Selv om utgangspunktet er at arbeidstaker har rett til å utføre de funksjoner som ligger til stillingen, innebærer ikke fortsettelsesretten noen begrensning i arbeidsgivers styringsrett. De endringer som arbeidsgiver kan foreta før oppsigelsen med hensyn til arbeidsoppgaver, ansvarsforhold, arbeidsted, arbeidstidens plassering, arbeidsorganisatorisk plassering med videre, kan arbeidsgiver fortsatt gjøre mens arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling.”⁷⁵

Forarbeidene gir imidlertid ikke et generelt grunnlag for å hevde at arbeidsgiverens styringsrett utvides i tilfeller hvor arbeidstaker har rett til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11. En uttalelse fra Arbeidslivslovutvalgets utredning i tilknytning til arbeidsmiljøloven fra 2005 trekker likevel i en annen retning:

”Visse justeringer ut fra hensynet til situasjonen vil også kunne godtas, så fremt disse ikke foretas for å omgå det vern som ligger i retten til å stå i stillingen.”⁷⁶

⁷⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336 og Fougner (1999) s. 369 og 469.

⁷⁶ NOU 2004:5 s. 322.

Uttalelsen kan ikke i seg selv tillegges for mye vekt, men når Arbeidslivslovutvalget henviser til at ”situasjonen” kan rettferdiggjøre enkelte endringer i styringsretten, er dette et argument for å tillate en noe videre styringsrett i oppsigelsessituasjoner.⁷⁷ I det følgende vil enkelte særlige situasjoner som oppstår i forbindelse med oppsigelse gjennomgås. Vi skal se at det her kan foreligge hensyn som kan tilsi en noe videre endrings- og avbestillingsadgang enn ellers i arbeidsforholdet.

6.1.1 Særlig om nytt arbeid i konkurrerende virksomhet

Hvor arbeidstaker planlegger nytt arbeid i konkurrerende virksomhet vil det ofte være i arbeidsgiverens interesse å ”skjerme” den ansatte fra sensitiv informasjon og liknende i oppsigelsestiden, nettopp for å hindre at slik informasjon havner i konkurrentens hender. For å kunne gjennomføre en slik ”skjerming” kan det være nødvendig å foreta en delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse.

I denne sammenheng er Borgarting Lagmannsretts kjennelse inntatt i RG. 2010 s. 488, ”Joramo”, illustrerende. Saksforholdet gikk her ut på at Joramo, daglig leder i en mediebedrift, hadde sagt opp sin stilling for å starte konkurrerende virksomhet. I oppsigelsestiden vedtok styret å frata ham funksjonene som daglig leder og sjefsredaktør. Joramo ble likevel pålagt å være disponibel og utføre diverse administrerende arbeid for arbeidsgiver. Det dreide seg altså om en delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse. Joramo hevdet at endringene i arbeidsforholdet innebar et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen og krevde heving. Arbeidsgiver anførte at dersom Joramo fikk fortsette som daglig leder og sjefsredaktør i oppsigelsestiden, ville dette medføre en reell fare for at han først og fremst ville ha sitt eget nye selskaps interesse som førsteprioritet.⁷⁸ Spørsmålet som lagmannsretten tok stilling til var om de endringer som ble gjort i Joramos arbeidsoppgaver var omfattet av styringsretten. Lagmannsretten så først hen til om endringene i arbeidsoppgavene lå innenfor ramme-

⁷⁷ Fougner og Holo m.fl. (2013) s. 836.

⁷⁸ RG. 2010 s. 488.

ne for arbeidsavtalen. Ettersom arbeidsavtalen i det vesentlige var stilltiende på dette punkt, måtte vurderingen tas med utgangspunkt i den aktuelle situasjon, altså oppsigelsessituasjonen.⁷⁹ Retten la vekt på at arbeidstaker selv hadde sagt opp sin stilling for å starte konkurrerende virksomhet, og at virksomheten som følge av dette hadde et ”åpenbart behov for å beskytte seg mot mulig illojal opptreden.”⁸⁰ Det ble videre fremhevet at endringen var tidsbegrenset, da den kun gjaldt for den resterende del av oppsigelsestiden. Styrets beslutning om å endre Joramos arbeidsforhold var således omfattet av styringsretten og det forelå intet mislighold som kunne begrunne heving.

Joramo-kjennelsen illustrerer at styringsretten i oppsigelsestiden kan strekkes langt, da det kan diskuteres om ikke stillingens grunnpreg her ble endret. Momentene lagmannsretten trekker frem som begrunnelse for sitt resultat er alle tilknyttet selve *oppsigelsessituasjonen*. Det må kunne legges til grunn at det er situasjonen oppsigelsen medfører snarere enn oppsigelsen i seg selv som begrunner arbeidsgiverens behov for å delvis avbestille arbeidstakerens arbeidstjenester i oppsigelsestiden. Sensitiv informasjon om kunder, hemmelige strategier og økonomi er forhold som fører til at arbeidsgiver har et særlig sterkt behov for å verne den virksomhet som arbeidstaker fratrer. Det kan derfor argumenteres for at det rettslig sett foreligger en videre endringsadgang i en oppsigelsestid, særlig når arbeidstaker planlegger overgang til konkurrerende virksomhet. I slike tilfeller kan det være vanskelig for arbeidstaker å jobbe fremtidsrettet med nåværende virksomhets interesser i tankene. Sammenliknet med virksomhetens behov for vern vil ofte arbeidstakeres interesse i å utføre arbeid i oppsigelsestiden i en slik situasjon være begrenset. Fougner fremhever at arbeidstaker i kraft av sin lojalitetsplikt skal bidra aktivt til å verne om virksomhetens interesser.⁸¹ Hvor arbeidstaker planlegger nytt arbeid i konkurrerende virksomhet etter endt oppsigelsestid, kan dette tale for at vedkommende i denne perioden må kunne pålegges oppgaver

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Fougner (2007) s. 255.

som ligger utenfor hans egentlige arbeidsplikt, nettopp for å kunne verne om virksomhetens interesser.⁸²

I det praktiske liv er det ikke uvanlig at arbeidsgiver utformer arbeidskontrakten med oppsigelsestidsituasjonen i tankene.⁸³ Ved å legge inn særskilte klausuler kan arbeidsgiver tillegge seg en videre avbestillingsadgang i oppsigelsestiden, og dermed økes fleksibiliteten. Loven gir imidlertid ikke arbeidsgiver anledning til å inngå forhåndsavtale om en generell rett til å pålegge andre arbeidsoppgaver enn de som fremgår av arbeidsavtalen, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9. Arbeidstaker har i oppsigelsestiden rett på å få utføre det arbeid som følger av arbeidsavtalen. Slike klausuler om delvis avbestilling må derfor tolkes og subsumeres i lys av arbeidsavtalen og stillingsbeskrivelsen forøvrig. Arbeidstaker må kunne forutberegne sin rettsstilling. Dersom arbeidskontrakten presiserer at arbeidstaker i oppsigelsestiden eksempelvis må påregne å bytte avdeling, vil arbeidsgiver stilles relativt fritt til å foreta de endringer som finnes hensiktsmessig i den gitte situasjonen. Særlig i situasjoner hvor arbeidstaker selv har sagt opp for å gå over til konkurrerende virksomhet vil bedriften kunne foreta en omplassering for å hindre at arbeidstaker i oppsigelsestiden blir eksponert for sensitiv informasjon. Arbeidstaker må være oppmerksom på slike eventuelle endringsadganger i arbeidskontrakten. Da kan man unngå å havne i en krevende situasjon hvor arbeidsgiver ikke gir arbeidsfritak med lønn, men i stedet ønsker å benytte arbeidskraften på en måte som den ansatte opplever som en belastende og uheldig avslutning av arbeidsforholdet.⁸⁴

⁸² *Ibid.*

⁸³ Se punkt 6.4.3 for en nærmere omtale av såkalte ”garden leave”-klausuler og deres lovmessighet.

⁸⁴ Rogdar (2012) s. 74-76.

6.1.2 Opplæring av påtroppende arbeidstaker

Ved arbeidsforholdets opphør vil det ofte være behov for å ansette en ny arbeidstaker i samme stilling. I slike situasjoner vil det kunne være hensiktsmessig at den avtroppende arbeidstakeren gjennomfører opplæring av den nyansatte. På tross av at slike opplæringsoppgaver kan avvike fra de arbeidsoppgaver som arbeidstaker vanligvis utfører, kan det argumenteres for at det vil ligge innenfor styringsrettens grenser å pålegge avtroppende arbeidstaker slike opplæringsoppgaver i oppsigelsestiden. For virksomhetens videre drift kan det være avgjørende med en grundig opplæring av den nyansatte og den videreføring av kritisk informasjon dette innebærer.

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor vil arbeidsavtalen være utgangspunktet ved fastsettelsen av styringsrettens omfang i oppsigelsestiden. Det samme vil følgelig gjelde for arbeidstakerens rett til å utføre arbeidsoppgaver i denne perioden. Videre må det ses hen til momenter i direkte tilknytning til oppsigelsessituasjonen. Slike momenter kan undertiden rettferdiggjøre og begrunne en videre adgang hos arbeidsgiver til delvis avbestilling enn ellers.

6.1.3 Grensen mot endringsoppsigelse

Hvor arbeidsgiver foretar så vidtgående endringer i arbeidstakerens arbeidsoppgaver at stillingens grunnpreg endres, er arbeidsgiver nødt til å gå veien om endringsoppsigelse. Arbeidsmiljøloven omtaler ikke endringsoppsigelse, men betegnelsen er innarbeidet i juridisk teori.⁸⁵ En endringsoppsigelse er en oppsigelse av det eksisterende arbeidsforhold med et samtidig tilbud om en ny stilling. Det stilles de samme krav til en endringsoppsigelse som til en vanlig oppsigelse, noe som innebærer at også en endringsoppsigelsen må være ”saklig begrunnet”, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 (1) og oppgavens punkt 3.1 ovenfor.

⁸⁵ Se bl.a. Fougner (2007) s. 261-262, Fanebust (2003) s. 36-37 og Jakhelln (2007) s. 460.

Et illustrerende eksempel fremgår av Rt. 2009 s. 1465 ”Senvakt”, jfr. punkt 5.2.1. Arbeidsgiver kan ikke endre den avtalte ordningen med senvakter til dagvakter på annen måte enn ved en endringsoppsigelse. En slik vidtgående endring ligger utenfor styringsrettens rammer og må følgelig gjennomføres i samsvar med arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler.

6.2 Forhåndsavtale etter arbeidsmiljøloven § 15-16

Utgangspunktet er at stillingsvernsreglene gjelder for alle ansatte i virksomheten, inkludert dens øverste leder.⁸⁶ Arbeidsmiljøloven § 15-16 gir imidlertid hjemmel for et tilpasset stillingsvern for virksomhetens øverste leder. Bestemmelsens annet ledd gir adgang til å på forhånd avtale at vedkommende ikke skal være omfattet av lovens oppsigelsesvern i kap. 15. Dermed utgjør bestemmelsen et unntak fra hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestiden, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9. Forutsetningen er at vedkommende i forhåndsavtale har frasagt seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden. Dersom slik avtale inngås vil det ikke gjelde krav om saklig grunn for at styret skal kunne beslutte oppsigelse. Daglig leder vil ikke kunne kreve forhandlinger og søksmål etter lovens bestemmelser og heller ikke fortsette i stillingen under eventuelt søksmål. I følge forarbeidene sikter begrepet ”virksomhetens øverste leder” til én person i hver virksomhet, typisk daglig leder i et aksjeselskap.⁸⁷ I konserner vil ledere av datterselskaper omfattes, men ikke avdelingsledere eller ledere av forretningsområder såfremt disse ikke utgjør egne rettssubjekter.⁸⁸ I gitte tilfeller kan likevel flere personer dele øverste lederansvar. I så fall vil samtlige anses som virksomhetens øverste leder.⁸⁹

⁸⁶ Ot.prp. nr. 101 (2001-2002) s. 5 pkt. 3.1 og Rt. 1999 s. 1998, RG. 2010 s. 1625.

⁸⁷ Ot. prp. 101 (2001-2002).

⁸⁸ NOU 2004: 5, pkt. 15.4.2, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 333, pkt. 25 og Dalheim (2013) note 626.

⁸⁹ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 31.

Bakgrunnen for unntaksbestemmelsen er først og fremst hensynet til virksomhetens behov for raskt å kunne skifte ut sin øverste leder i særlige situasjoner. Arbeidsgiver kan ha flere grunner for et slikt skifte. Eksempelvis kan arbeidstaker ha misligholdt arbeidsavtalen, eller en fusjon kan være på trappene, noe som kan medføre overtallighet på ledernivå. Rettspraksis, deriblant ”Investeringsrådgiverkjennelsen”, viser at en vanlig begrunnelse for oppsigelse er mangel på tillit til arbeidstakeren, samt at vedkommende ikke har oppnådd de resultatene virksomheten ønsket og forventet. I andre tilfeller kan virksomheten ønske å skifte ut sin øverste leder fordi de hevder at et lederskifte er en forutsetning for å oppnå en nødvendig og ønsket endring i firmaets profil utad. I dommen inntatt i RG. 2010 s. 1625 uttalte Eidsivating lagmannsrett følgende om daglig leders særlige posisjon og begrunnelsen for et svakere stillingsvern:

”Selv om daglig leder er omfattet av arbeidsmiljølovens oppsigelsesvern, er det gjennom rettspraksis lagt til grunn at han har et svakere oppsigelsesvern enn underordnede ansatte. Det stillingsvernet loven gir vanlige arbeidstakere, har ikke samme berettigelse for lederstillinger. Lederstillinger på et høyt nivå i næringslivet er forbundet med større risiko, noe som også gjenspeiles gjennom avlønnen. Når daglig leder sies opp, vil dette ofte være fordi man ønsker å erstatte vedkommende, for eksempel dersom det ikke oppnås tilfredsstillende økonomiske resultater i bedriften.”⁹⁰

Med grunnlag i forhåndsavtale etter arbeidsmiljøloven § 15-16 kan det videre være praktisk å foreta en delvis avbestilling av daglig leders arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Slik delvis avbestilling vil typisk innebære at vedkommende må godta å bli pålagt andre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden som ledd i etterlønsavtalen.

I det følgende vil arbeidsgiverens mulighet for å foreta en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden undersøkes. Hvor rettsgrunnlaget for avbe-

⁹⁰ RG. 2010 s. 1625 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) på s. 239.

stilling under punkt 6.1 og 6.2 er arbeidsgiverens styringsrett og arbeidsmiljøloven § 15-16, vil det her dreie seg om unntak på bakgrunn av Høyesteretts avgjørelse i ”Investeringsrådgiverkjennelsen”.

6.3 Fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse: Høyesteretts avgjørelse i ”Investeringsrådgiverkjennelsen”

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1183, ”Investeringsrådgiverkjennelsen”, er sentral for spørsmålet om arbeid i oppsigelsestid. Saken gjaldt spørsmålet om en oppsagt investeringsrådgiver hadde rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Da vedkommende tiltrådte sin stilling som investeringsrådgiver i selskapet, kjøpte han samtidig 20% av selskapets aksjer og ble én av fem partnere. Videre ble det inngått forhåndsavtale hvor et av punktene omhandlet arbeidsgiverens rett til å pålegge arbeidstaker umiddelbar fratreden.

I oppsigelsen ble det opplyst at arbeidsgiver påla arbeidstaker umiddelbar fratredelse, men at vedkommende hadde rett til å motta lønn og andre ytelser i oppsigelsestiden på seks måneder. Arbeidsgiver begrunnet pålegget med at arbeidstakeren ikke lenger nøt den tillitt hos sine kolleger som var nødvendig for en investeringsrådgiver. Arbeidstaker rettet seg etter pålegget, men krevde å få utføre arbeid i oppsigelsen. Under sakens behandling for Høyesterett åpnet ankeutvalget for å gjøre unntak fra hovedregelen om arbeidstakerens rett til arbeid i oppsigelsestiden, og konkluderte med at en arbeidsgiver i oppsigelsestiden *kan* frata en arbeidstaker samtlige arbeidsoppgaver etter følgende vurderingstema:

”Selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det imidlertid unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jfr. RG 1996 s. 202. Vurderingstemaet må her i utgangspunktet være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens

*utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligger særlig tungtveiende grunner som taler for det.*⁹¹

Med denne avgjørelsen legger Høyesteretts ankeutvalg seg på en linje som klart fraviker hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestid. Det understrekes at dette punktet av kjennelsen var enstemmig.

Både lagmannsretten⁹² og ankeutvalget i Investeringsrådgiwerkjennelsen la betydelig vekt på resultatet i kjennelsen inntatt i RG. 1996 s. 202, ”Butikkdesign”. Kjennelsen gjaldt retten til å stå i stilling og utføre arbeid. Her ble en oppsagt lagerarbeider nektet å prestere sin arbeidsytelse under oppsigelsestiden, men mottok lønn. Lagmannsretten konkluderte med at det ikke var grunnlag for å utestenge lagerarbeideren i oppsigelsestiden. Under drøftelsen av arbeidstakerens rett til å stå i stilling viste lagmannsretten til forarbeidene fra 1977-loven. Retten la vekt på den sikre praksis som forelå om at det i særlige tilfeller kan være saklig av en arbeidsgiver å nekte arbeidstaker å prestere arbeidsytelsen.⁹³ Det oppstilles et eksempel hvor en kasserer er mistenkt for misligheter, og får beskjed om å ikke møte på arbeid mens hans forhold granskes. Lagmannsretten åpnet deretter for å gjøre unntak fra hovedregelen om retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden ut fra en konkret vurdering:

*”Imidlertid må det foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle. Ovennevnte eksempel med kassereren må være klart. Men det vil også kunne være andre tilfeller hvor det vil være adgang til å frabe seg arbeidsprestasjonen.”*⁹⁴

⁹¹ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

⁹² RG. 2009, på s. 945.

⁹³ NOU 1992:20, s. 179.

⁹⁴ RG. 1996 s. 202, s. 210.

Hva som utgjør ”andre tilfeller” uttalte ikke retten seg om. Det er imidlertid viktig å merke seg at kjennelsen ble avsagt i 1996, altså før lovfestingen av suspensjonsinstituttet i arbeidsmiljøloven § 15-13. Tilfellet med kassereren utgjør et klart suspensjonstilfelle. Lagmannsretten i ”Butikkdesign” benyttet dette som et eksempel på en situasjon hvor det må være adgang til å frabe seg arbeidsytelsen fra en oppsagt arbeidstaker. Selv før lovfestingen av suspensjonsinstituttet ble det lagt til grunn i rettspraksis og teori at det måtte foreligge en rimelig grad av sannsynlighet for fremtidig avskjed, før suspensjon var aktuelt. Dette ble fremhevet av blant andre Evju i en artikkel fra 1979 hvor han skriver: *”Dersom det ikke foreligger et avskjedsgrunnlag, men kun et forhold som eventuelt kan føre til oppsigelse, kan det derimot ikke antas at suspensjon kan foretas”*.⁹⁵ Dermed kan man muligens påstå at lagmannsrettens begrunnelse for unntaket i Investeringsrådgiverkjennelsen bygger på en feilslutning.⁹⁶ Etter at suspensjonsinstituttet har blitt lovfestet i 2005 er det klart at suspensjon kun komme på tale hvor det foreligger mistanke om forhold som kan føre til avskjed, jfr. arbeidsmiljøloven §§ 15-13 (1) og 15-14 (1). Da Høyesteretts ankeutvalg i Investeringsrådgiverkjennelsen benyttet ”Butikkdesign”-kjennelsen for å begrunne et unntak fra retten til å arbeide i oppsigelsestiden ble ikke lovfestingen av suspensjonsinstituttet diskutert. Det er nærliggende å hevde at begrunnelsen for unntaket ville vært annerledes dersom dette var blitt gjort. Høyesteretts kjennelse innebærer derfor i realiteten en slags hybrid mellom ordinær oppsigelse og avskjed.⁹⁷

Høyesteretts ankeutvalg oppstiller to vilkår for arbeidsgiverens adgang til å foreta en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Vilkårene utdypes i det følgende.

⁹⁵ Evju (1979) s. 238.

⁹⁶ Bender (2011) s. 125 støtter opp om dette.

⁹⁷ *Ibid*, s. 122.

6.3.1 Unntaksregelens innhold: Vurderingstema

Høyesterett la til grunn at vurderingstemaet ved vurderingen av om arbeidstaker kan fratras arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden i utgangspunktet må være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp. Vilkåret er her at retten finner det ”urimelig” at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11 (2). Ved fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må det imidlertid foreligge ”særlig tungtveiende grunner” som taler for en slik fratakelse.⁹⁸ Følgelig vil terskelen være høyere hvor arbeidsgiver ønsker å frata en arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden enn etter dens utløp. Dette synes å være i tråd med Høyesteretts synspunkt om at arbeidstakerens rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter.⁹⁹

Det nærmere innhold i arbeidsmiljøloven § 15-11 om retten til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsens gyldighet er behandlet ovenfor under punkt 4. I det følgende vil innholdet i det andre vilkåret, ”særlig tungtveiende grunner”, forsøkes klarlagt.

6.3.2 Unntaksregelens innhold: Nærmere om ”særlig tungtveiende grunner”

At arbeidstakerens rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter er i tråd med gjeldende rettspraksis.¹⁰⁰ At det skal mer til for å kunne frata en ansatt arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden enn i tiden etter er derfor naturlig. Høyesteretts ankeutvalg la til grunn at det ved fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden kreves at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” som taler for dette.¹⁰¹ Det faktum at utvalget avstår fra å utdype hva ”særlig tungtveiende grunner” innebærer, gjør avgjørelsen problematisk. Ettersom begrepet heller ikke er benyttet i arbeidsmiljøloven,

⁹⁸ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

⁹⁹ *Ibid*, avsnitt 28.

¹⁰⁰ Se bl.a Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 28.

¹⁰¹ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

kan det legges til grunn at rettstilstanden er relativt usikker omkring hva som må til for å fravike hovedregelen om arbeidstakerens rett til arbeid i oppsigelsestid. På tross av usikkerheten finnes det i rettspraksis enkelte holdepunkter for hva som vil utgjøre ”særlig tungtveiende grunner”.

6.3.2.1 Arbeidstakerens forhold

I Investeringsrådgiverkjennelsen forelå det verken illojalitet eller misligheter på arbeidstakerens side. Det ble likevel lagt avgjørende vekt på den mistilliten virksomheten hadde overfor vedkommende. Mistilliten var basert på måten investeringsrådgiveren utførte sine arbeidsoppgaver og ble ikke utdypet utover dette. Videre ble det i lagmannsrettens kjennelse lagt til grunn at slik manglende tillit gjorde det ”uholdbart” å la arbeidstakeren stå i stillingen da dette ville medføre en risiko for betydelige skadevirkninger for virksomheten, som opererte i en bransje hvor tillit var en avgjørende faktor.¹⁰² Det må kunne legges til grunn at retten anså at det forelå en sterk interesseovervekt til fordel for arbeidsgiver, da det ble lagt til grunn at gjeninntreden selv for en kortere periode ”ville kunne true Xs eksistens.”¹⁰³

En tendens i retning av å tillegge risikomomentet vekt ved vurderingen av om det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” er å spore i to kjennelser avsagt av Borgarting lagmannsrett i 2010. Her ble to sykehusleger sagt opp og pålagt umiddelbar fratreden fra oppsigelsestidspunktet.

Den første saken omhandlet en kirurg ved Østfold sykehus.¹⁰⁴ Det hadde i lengre tid eksistert store samarbeidsproblemer mellom arbeidstaker og ledelsen, men oppsigelsen var først og fremst begrunnet i en konkret episode hvor vedkommende under en operasjon nektet å

¹⁰² *Ibid*, avsnitt 28 og 29.

¹⁰³ RG. 2009 s. 945.

¹⁰⁴ LB-2010-160933, ”Sykehuset Østfold HF”.

rette seg etter interne instruksjoner. Sykehusledelsen hevdet at samarbeidsproblematikken medførte fare for pasientsikkerheten og krevde at kirurgen fratrådte sin stilling umiddelbart. Arbeidstakeren bestred oppsigelsens gyldighet og begjærte midlertidig forføyning for å få rett til å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden. Lagmannsretten viste til Investeringsrådgiverkjennelsen og fant etter en samlet vurdering at det ikke forelå særlig tungtveiende grunner til å fravike hovedregelen om at arbeidstakeren har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Det ble ikke funnet bevist at det forelå en reell fare for pasientsikkerheten, derimot ble det fremhevet at det ikke var noe å utsette på vedkommendes faglige kvalifikasjoner som kirurg. Arbeidstaker hadde av den grunn rett til å arbeide ut oppsigelsestiden i tråd med hovedregelen.

I den andre sykehuskjennelsen var årsaken til oppsigelse at en lege ansatt ved sykehuset ikke tilfredstilte helsepersonellovens og spesialhelsetjenestelovens standard om faglig forsvarlighet.¹⁰⁵ Sykehuset mottok til stadighet bekymringsmeldinger og klager på den aktuelle legen, og hevdet at legens manglende kompetanse satte pasienters liv og helse i fare. Arbeidstaker ble derfor pålagt umiddelbar fratreden. I sin interesseavveining fant tingretten at ulempen sykehuset ville bli påført dersom legen fikk rett til å arbeide ut oppsigelsestiden måtte veie vesentlig mer enn vedkommendes ønske om å stå i stillingen. Legen anket til lagmannsretten som la til grunn at tingrettens vurdering var i overensstemmelse med Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse i Investeringsrådgiverkjennelsen. Det forelå følgelig ”særlig tungtveiende grunner” for fullstendig avbestilling og anken ble forkastet.

Gjennomgangen av Investeringsrådgiverkjennelsen og de etterfølgende legekjennelsene skisserer enkelte momenter som vil ha betydning for om det foreligger ”særlig tungtveidende grunner”. Alle kjennelsene gjaldt oppsigelser begrunnet i arbeidstakerens forhold. Likevel avviker de fra hverandre på ett punkt: Forholdet på arbeidstakerens side som begrunnet oppsigelsen var av ulik *karakter*. Spørsmålet er om det aktuelle forholdet vil innebære en

¹⁰⁵ LB-2010-152755, ”Asker og Bærum sykehus”.

risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver dersom arbeidstaker får fortsette i sitt arbeid ut oppsigelsestiden.¹⁰⁶ I så fall vil det foreligge betydelig interesseovervekt i favør av arbeidsgiver. Min mening er at det ofte vil være nettopp dette punktet som vil få avgjørende betydning for om arbeidstaker kan fratas sin rett til å utføre arbeid ut oppsigelsestiden. I Investeringsrådverkjennelsen viste Høyesteretts ankeutvalg til den eksisterende mistilliten til arbeidstaker og fant det bevist at det ville få svært negative konsekvenser for bedriften dersom investeringsrådgiveren fikk fortsette i sitt arbeid. I kjennelsen fra sykehuset Asker og Bærum var det legens manglende kompetanse som begrunnet utestengelsen. Her ble det fremhevet at legens forhold kunne utgjøre en alvorlig fare for pasientsikkerheten dersom han fikk fortsette sitt arbeid i oppsigelsestiden. I denne sammenheng kan det også nevnes at omplassering ble vurdert, men verken funnet mulig eller ønskelig i den konkrete situasjon. Igjen dreide det seg om forhold som hadde en slik karakter at det ville utgjøre en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver dersom arbeidstaker fikk fortsette i sitt arbeid. I den andre legekjennelsen ble derimot utfallet et annet. Her fant ikke retten grunnlag for å frata arbeidstakeren sin rett til å utføre arbeid ut oppsigelsestiden. Her var en samarbeidskonflikt årsaken til oppsigelse. Den var riktignok omfattende, men det ble ikke funnet bevist at dette utgjorde noen reell fare for pasientsikkerheten ved sykehuset. Kirurgen var dessuten vel ansett og faglig dyktig og retten fant derfor ikke grunn til å fravike hovedregelen.

Ovenfor er det pekt på enkelte momenter som synes å få avgjørende betydning for om det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” for å frata arbeidstaker rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Det understrekes imidlertid at unntaket fra hovedregelen beror på en helhetsvurdering, slik at også andre momenter vil kunne få betydning. I denne sammenheng oppstår spørsmålet om ”særlig tungtveiende grunner” kan foreligge i mer typiske avskjedstilfeller, hvor arbeidsgiver av ulike grunner har valgt å gå til oppsigelse av arbeidstaker fremfor å følge avskjedssporet. Etter min mening taler gode grunner for at ”særlig tungtveiende

¹⁰⁶ Bender (2011) s. 128.

grunner” unntaksvis vil kunne foreligge i slike tilfeller. Forutsetningen må være at arbeidstakerens forhold er av en slik karakter at det vil innebære en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver dersom vedkommende får fortsette å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden, jfr. ovenfor. Som eksempel kan nevnes hvor arbeidstaker har gjort seg skyldig i underslag eller grove brudd på lojalitetsplikten. Her må arbeidsgiver kunne sies å ha en særlig sterk interesse i å frasi seg arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden.

I det følgende vil situasjonen hvor årsaken til oppsigelsen er forhold på virksomhetens side undersøkes. Spørsmålet er om slike forhold kan utgjøre ”særlig tungtveiende grunner” og dermed rettfærdiggjøre arbeidsgiverens fullstendige avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden.

6.3.2.2 Virksomhetens forhold

Hvor oppsigelse skyldes virksomhetens forhold er det nærliggende å se hen til de betraktninger som ble gjort ovenfor under punkt 4 vedrørende behandlingen av retten til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsens gyldighet, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-11 (2). I henhold til forarbeidene skal det mye til før det avsies fratredelseskjennelse hvor oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold.¹⁰⁷ Høyesterett har tatt et noe mer fleksibelt standpunkt, jfr. punkt 4.1. Det kan reises spørsmål om unntaket fra hovedregelen ved ”særlig tungtveiende grunner” er ment å være reservert for arbeidstakerens forhold. Etter min mening må utgangspunktet være at det i hovedsak ikke er mulig å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det kan åpnes for umiddelbar fratreden dersom det foreligger ”særlig tungtveiende grunner”. I det følgende vil enkelte slike situasjoner behandles. Virksomhetens behov for konkurransedyktig og rasjonell drift taler for at det unntaksvis bør eksistere en slik adgang.

¹⁰⁷ Sml. Ot. prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75 og Rt. 2000 s. 1958.

Hvor oppsigelse skyldes *nedleggelse av virksomhet* oppstår spørsmålet om dette kan utgjøre særlig tungtveiende grunn for umiddelbar fratreden. Arbeidsmiljøloven § 15-11 (2) in fine slår fast at en rett til å stå i stilling også gjelder ved hel eller delvis nedleggelse av virksomheten. At denne retten gjelder vel så mye innenfor oppsigelsestiden som etter er på det rene.¹⁰⁸ Terskelen for å kunne foreta en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden er derfor høy, men ettersom retten her må foreta en helhetsvurdering foreligger det mulighet for at de kan åpne for umiddelbar fratreden i tilfeller hvor virksomhetens nedleggelse er ubestridt.

Hvor virksomheten legges ned og det de facto ikke vil eksistere noen jobb å stå i stilling i, vil det være både konstruert og upraktisk å tale om en rett til å utføre arbeid. På den annen side kan det anføres at en slik nedleggelse som oftest vil være planlagt fra virksomhetens side. Arbeidsgiver bør derfor ta arbeidstakernes oppsigelsestid med i beregningen og unngå å gjennomføre en nedleggelse som inntreffer i oppsigelsestiden. Dersom arbeidstaker har lang oppsigelsestid, typisk seks måneder, vil dette imidlertid kunne være et moment i arbeidsgiverens favør. Hvor virksomheten av ulike grunner opplever et akutt behov for nedleggelse, kan unntak tenkes. Terskelen for å konstatere ”særlig tungtveiende grunner” vil uansett være høy.

Videre kan arbeidsgiver oppleve behov for å avbestille arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestid hvor virksomheten gjennomgår ulike former for *rasjonalisering*. Med rasjonalisering siktes det her til situasjoner hvor virksomheten videreføres, men hvor det skjer bortfall av funksjoner og arbeidsoppgaver. Også avvikling av en særskilt avdeling innad i en virksomhet kan være aktuelt. Formålet med slik rasjonalisering vil som oftest være å foreta kostnadskutt for virksomheten. Ved vurderingen av om det her foreligger ”særlig tungtveiende grunner” for å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, er det klart at kostnadsargumentet ikke kan anføres til fordel for arbeidsgiver, slik som under urimelig-

¹⁰⁸ Rt. 2009 s. 1183.

hetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-11 (2), jfr. punkt 4.1 ovenfor. Virksomhetens lønnsplikt er absolutt i oppsigelsestiden, slik at arbeidstakerens lønnsinntekt uansett er sikret.¹⁰⁹ På samme måte som ved drøftelsen ovenfor vedrørende nedleggelse, vil rasjonalisering som regel være planlagt. Dette taler for at arbeidsgiver bør ta hensyn til og tilrettelegge for at oppsagte arbeidstakere gis mulighet til å utføre sitt arbeid ut oppsigelsestiden. Hvor en avdeling av ulike grunner må avvikles på kort tid, må mulighetene for omklassering vurderes nøye, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-7 (2). Er det slik at det finnes ”annet passende arbeid i virksomheten” som kan tilbys arbeidstaker, vil ikke oppsigelsen anses å være saklig begrunnet i virksomhetens forhold. Dersom en del av virksomheten eksempelvis flyttes utenlands, kan det likevel foreligge muligheter for å gjennomføre en del av arbeidsoppgavene fra Norge. I Rt. 2005 s. 646 hevdet arbeidsgiver at stillingen var bortfalt ettersom virksomheten var flyttet utenlands, og fremmet begjæring om umiddelbar fratreden for arbeidstaker. Retten uttalte at bedømmelsen av om stillingen var bortfalt, måtte bero på en mer sammensatt vurdering hvor også arbeidstakerens mulighet til fortsatt å utføre arbeidsoppgavene måtte trekkes inn.¹¹⁰ I denne saken hadde arbeidstaker fortsatt muligheter for å utføre enkelte arbeidsoppgaver fra Norge.

Arbeidsmiljøloven § 15-3 (10) regulerer de tilfeller hvor virksomheten blir utsatt for uforutsette hendelser og av den grunn må legges ned helt eller delvis. Bestemmelsen utgjør en sikkerhetsventil for arbeidsgiver for hendelser som ikke kan forutses, og er utslag av force majeure-betraktninger.¹¹¹ Under slike omstendigheter kan oppsigelsestiden settes ned til 14 dager regnet fra hendelsen inntraff. Den rent praktiske muligheten for å la arbeidstaker arbeide ut oppsigelsestiden i slike tilfeller kan imidlertid være ikke-eksisterende. Her vil det være mulighet for arbeidsgiver å anføre ”særlig tungtveiende grunner” dersom en arbeidstaker mot formodning skulle kreve å få utføre arbeid, jfr. drøftelsen ovenfor om nedleggelse.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 336.

¹¹⁰ Rt. 2005 s. 646, avsnitt 22.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-76).

se av virksomhet. Bestemmelsen vil da kun regulere arbeidsgiverens lønnsplikt. Tatt i betraktning at bestemmelsen typisk omfatter naturhendelser og brann, kan den ikke sies å utgjøre en veldig praktisk unntaksregel. Det er videre ikke aktuelt å anvende bestemmelsen på mer påregnelige forhold, slik som sviktende ordretilgang under dårlige konjunkturer.¹¹² Her vil det være mer nærliggende å anvende permitteringsreglene.

6.3.3 Særlig om nytt arbeid i konkurrerende virksomhet

I særlige tilfeller hvor arbeidstaker planlegger overgang til, eventuelt oppstart av, konkurrerende virksomhet, vil behovet for ”skjerming” oppleves så presserende for arbeidsgiver at det er ønskelig å foreta en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Spørsmålet i denne sammenheng er om ”særlig tungtveiende grunner” åpner for fullstendig avbestilling i slike situasjoner. Argumentene som er anført under punkt 6.1.1 om delvis avbestilling i kraft av arbeidsgiverens styringsrett i konkurransesituasjoner vil her ha overføringsverdi. Hvor avtroppende arbeidstaker skal begynne i konkurrerende virksomhet og det derfor foreligger et særlig sterkt behov for skjerming av arbeidstaker i oppsigelsestiden, taler gode grunner for at en helhetsvurdering av partenes interesser vil lande i favør av arbeidsgiver. Stilt overfor en slik situasjon er det følgelig trolig at retten vil finne at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” for umiddelbar fratreden, jfr. ”Joramo”.

I denne sammenheng er det interessant å peke på en praksis innen norsk arbeidsliv som har vist seg å få særlig feste i meglerbransjen. Især blant aksjemeglere og skipsmeglere har det tradisjonelt eksistert en oppfatning om at arbeidstaker ikke utfører arbeid under oppsigelsestiden.¹¹³ Tvert i mot foreligger det tradisjon for at arbeidstaker ved oppsigelse ”går på dagen”, samt er underlagt en karantenetid på rundt tre måneder.¹¹⁴ Slike og liknende avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker omtales ofte som ”garden leave”, et begrep hentet fra

¹¹² Fougner (2006) s. 763.

¹¹³ Se en omtale av næringslivspraksis i Fougner m.fl. (2011) s. 279.

¹¹⁴ Se arbeidsgiverens uttalelser i TOBYF-2009-60163.

engelsk rett. En ”garden leave”-klausul innebærer et pålagt fritak for arbeidsplikt. Arbeidstaker må holde seg borte fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden, men beholder sin lønnsytelse. Praksisen kan sies å bygge på obligasjonsrettslige betraktninger; arbeidsgiver ønsker ikke å motta arbeidstakerens ytelse, men betaler likevel for denne. Det må legges til grunn at en slik praksis er begrunnet i bransjens særlige behov for diskresjon. En ”garden leave”-klausul benyttes nettopp for å hindre at arbeidstaker bringer med seg kundeporteføljer og annen konfidensiell informasjon ved arbeidsforholdets opphør, og er derfor særlig aktuell ved overgang til konkurrerende virksomhet. Det faktum at bransjen her har valgt å innrette seg på en bestemt måte som den anser for hensiktsmessig kan anføres som et argument for at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner”. Arbeidsgiver har her sterk interesse i å foreta en fullstendig avbestilling i oppsigelsestiden. På den annen side kan det anføres at arbeidsmiljøloven gjelder alle arbeidstakere, slik at en særlig bransjepraksis om umiddelbar fratreden ikke kan tillegges avgjørende vekt. Praksisen synes ubestridt innad i bransjen. Trolig finner de avtroppende arbeidstakerne kompensasjonselementet tilstrekkelig tilfredsstillende, slik at problemstillingen i praksis ikke blir satt på spissen.

Når det gjelder lovligheten av slike ”garden leave”-klausuler, foreligger det ikke rettslig adgang til å inngå en *generell forhåndsavtale* som fratar arbeidstaker rettigheter etter loven, enten det gjelder oppsigelsesvern eller andre forhold. Dette vil stride mot hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestid, jfr. arbeidsmiljøloven § 1-9. En avtale inngått i forbindelse med eller i direkte tilknytning til en *oppsigelsessituasjon* stiller seg imidlertid annerledes, og vil ikke være i strid med arbeidsmiljøloven. Begrunnelsen for en slik ordning er trolig at arbeidstaker på dette tidspunktet i arbeidsforholdet har mulighet til å vurdere sin rettsstilling, i motsetning til ved tidspunktet for inngåelse av arbeidsavtalen.

For å bedre illustrere de overnevnte poeng, kan ”garden leave”-klausulen inntatt i Investeringsrådgiverkjennelsen tjene som eksempel. I arbeidsavtalens punkt 7 var det fastsatt følgende: ”Ved oppsigelse har arbeidsgiver rett til å gi den ansatte andre arbeidsoppgaver

eller pålegge ham å fratre med umiddelbar virkning (...)”.¹¹⁵ Det dreier seg her om en forhåndsavtale om fraskrivelse av rettigheter, hvilket kun anses lovmessig hvor denne er inngått med ”virksomhetens øverste leder”, jfr. arbeidsmiljøloven § 15-16 (2). Da spørsmålet om investeringsrådgiveren var omfattet av unntaket i arbeidsmiljøloven § 15-16 (2) ikke var avgjørende for resultatet, tok ikke ankeutvalgets flertall stilling til dette. Dommer Skoghøy ga imidlertid i et obiter dictum uttrykk for at samtlige av partnerne måtte anses som ”virksomhetens øverste leder”.¹¹⁶

6.3.4 Betydningen av arbeidstakerens stilling

Når den ansatte er virksomhetens øverste leder vil de nevnte hensyn under punkt 6.3.3 gjøre seg særlig gjeldende. I det praktiske liv er det imidlertid vanlig at daglig leder i en virksomhet inngår forhåndsavtale etter arbeidsmiljøloven § 15-16, se punkt 6.2. Et praktisk viktig spørsmål er om adgangen til å kreve umiddelbar fratreden er videre overfor en daglig leder uten forhåndsavtale enn overfor øvrige ansatte. På tross av at hovedregelen om arbeid i oppsigelsestid også omfatter virksomhetens øverste leder, kan likevel sterke arbeidsgiverhensyn som tale for et bekræftende svar. Det faktum at styrkeforholdet mellom partene i arbeidsforholdet her ikke kan sies å være like skjevt, tilsier at denne arbeidstakergruppen ofte vil ha bedre forutsetninger for å ivareta sine interesser i forbindelse med en fratredelsessituasjon.¹¹⁷ Domstolene har fremhevet viktigheten av at de øvrige ansatte innad i en virksomhet har tillit til daglig leder.¹¹⁸ I Investeringsrådgiverkjennelsen ble arbeidstakerens ledende stilling i virksomheten et avgjørende moment for at arbeidsgiver fikk medhold om fratredelseskjennelse. Lagmannsretten uttalte følgende om betydningen av investeringsrådgiverens ledende stilling:

¹¹⁵ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 3.

¹¹⁶ *Ibid*, avsnitt 31.

¹¹⁷ Fougner, Holo m.fl. (2013) s. 743.

¹¹⁸ RG. 2010 s. 1625.

”Når de øvrige partnere og endog selskapets investorer mister tilliten til en av selskapets partnere, som også arbeider som investeringsrådgiver i selskapet, sier det seg likevel selv at det blir uholdbart å la vedkommende fortsette sitt arbeid (...)”¹¹⁹

Lagmannsrettens rettslige vurdering fikk ankeutvalgets tilslutning.¹²⁰ Viktigheten av tillit til daglig leder er et moment som tilsier at adgangen for å få kjennelse om umiddelbar fratreden er videre overfor daglig leder enn overfor øvrige ansatte. Tilsvarende må gjelde i forhold til arbeidsgiverens delvise avbestilling i kraft av styringsretten, jfr. punkt 6.1. Det vil være avgjørende for en virksomhets fremtid at deres daglige leder setter virksomhetens behov i første rekke. At den som skal slutte i en bedrift kan oppleve problemer med å jobbe fremtidsrettet, er et argument som vanskelig kan motsies. De hensyn som taler for en videre adgang til umiddelbar fratreden for daglig leder i virksomheten, kan også gjøre seg gjeldende i forhold til øvrige ansatte i ledende stillinger, såkalte ”nøkkelpersoner” med særlig ansvar innad i virksomheten.

6.3.5 Betydningen av at arbeidstaker selv har sagt opp sin stilling

I tilfeller hvor arbeidstaker selv har valgt å si opp sin stilling kan det argumenteres for at hensynene bak retten til å utføre arbeid i oppsigelsestid ikke gjør seg gjeldende på tilsvarende måte. I mange tilfeller har arbeidstaker sikret seg en ny jobb før vedkommende velger å si opp sin gamle, og lønnskravet i oppsigelsestiden er uansett sikret. Dette synspunktet gjelder også i tilknytning til arbeidsgiverens delvise avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestid, jfr. punkt 6.1 ovenfor. I Joramo-saken uttalte retten følgende:

”For det første hadde Joramo selv sagt opp sin stilling. Hensynet til å verne arbeidstakeren er ikke så tungtveiende som ellers når han selv har sagt opp.”¹²¹

¹¹⁹ RG. 2009 s. 945.

¹²⁰ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 29.

¹²¹ RG. 2010 s. 488.

På tross av at gode grunner kan tale for å tillate arbeidsgiverens avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden i tilfeller hvor arbeidstaker selv har sagt opp, er det likevel viktig å holde fast ved hovedregelen. Når retten foretar en helhetsvurdering av om ”særlige tungtveiende grunner” foreligger, er det imidlertid nærliggende at de vil legge vekt på at arbeidstaker selv har sagt opp. Dette momentet vil eksempelvis kunne ses i sammenheng med at arbeidstaker planlegger konkurrerende virksomhet, eller at vedkommende har en særlig viktig stilling innad i virksomheten, jfr. punkt 6.3.3 og 6.3.4.

6.4 Oppsummering: ”Særlig tungtveiende grunner”

Med Investeringsrådgiverkjennelsen har Høyesterett fastlagt en ny unntaksregel: I tilfeller hvor hvor det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” har Høyesterett åpnet for å gjøre unntak fra hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestid. Høyesterett gir anvisning på en bred helhetsvurdering av partenes interesser. Som gjennomgangen ovenfor viser har domstolene først og fremst åpnet for unntak hvor oppsigelsen skyldes arbeidstakerens forhold, jfr. punkt 6.3.2.1. Dersom det aktuelle forhold på arbeidstakerens side har en slik karakter at det kan skape risiko for betydelig skade for virksomheten, kan dette innebære grunnlag for fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse. Domstolene stiller ikke krav om at skaden har manifestert seg.¹²²

Når det gjelder hva som skal til for at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” ved oppsigelse som følge virksomhetens forhold er situasjonen mer uavklart. Domstolene har enda ikke tatt standpunkt til denne problemstillingen. Det kan imidlertid skisseres enkelte momenter som vil kunne antas å få betydning for hvorvidt det foreligger ”særlig tungtveiende grunner”, jfr. punkt 6.3.2.2. I tilfeller hvor det rent faktisk ikke foreligger noen jobb å fortsette i vil det være konstruert og upraktisk å oppstille en absolutt rett til å utføre arbeid i

¹²² Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 28.

oppsigelsestid. Dette kan gjøre seg gjeldende ved blant annet nedleggelse av virksomhet og ved rasjonalisering.

Hvor arbeidstaker planlegger overgang til konkurrerende virksomhet, jfr. punkt 6.3.3, vil arbeidsgiver i mange tilfeller ha et særlig behov for å skjerme den ansatte fra sensitiv informasjon i oppsigelsestiden. Den etablerte praksis i meglerbransjen om ”garden leave” taler for at arbeidsgiverens interesser i slike tilfeller vil veie tungt ved vurderingen av om det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” for umiddelbar fratreden. Hvor arbeidstaker innehar en lederstilling i virksomheten vil de nevnte synspunkter gjøre seg særlig gjeldende, jfr. punkt 6.3.4. I Investeringsrådgiverkjennelsen la Høyesterett til grunn at tillit til virksomhetens daglige leder vil være en avgjørende faktor.¹²³ Videre vil det forhold at arbeidstaker selv har sagt opp sin stilling kunne utgjøre et moment i arbeidsgiverens favør, jfr. punkt 6.3.5.

6.5 Prosessuelle regler ved krav om gjeninntreden i oppsigelsestid versus krav om gjeninntreden etter utløpet av oppsigelsestid

I Investeringsrådgiverkjennelsen ble det lagt til grunn at arbeidstaker må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter.¹²⁴ Når det gjelder rett til gjeninntreden i oppsigelsestid, kan det likevel synes som om arbeidstaker er *dårligere stilt* her enn etter oppsigelsestidens utløp. Dette skyldes hovedsakelig at arbeidstaker er henvist til å følge ulike prosesspor, avhengig av om gjeninntreden kreves under eller etter utløpet av oppsigelsestiden. Arbeidsmiljøloven § 15-11 ivaretar arbeidstakerens rett til å stå i stillingen, men gjelder kun etter utløpet av oppsigelsesfristen.¹²⁵ Dersom arbeidstaker derimot blir fratatt sitt arbeid i oppsigelsestiden er vedkommende henvist til å anlegge søksmål etter tvistelovens

¹²³ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 28.

¹²⁴ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 28.

¹²⁵ Ot. prp. nr. 50 (1993-1994) s. 238.

kap. 34 om midlertidig forføyning.¹²⁶ Gis arbeidstaker medhold, må arbeidsgiver "tåle" at arbeidstaker utfører sitt arbeid i oppsigelsestiden, jfr. tvisteloven § 34-3 (1).

Det faktum at midlertidig forføyning krever sikringsgrunn, innebærer en økt kompleksitet for arbeidstaker. For å få medhold i begjæring om midlertidig forføyning etter tvisteloven kreves det at arbeidstakeren sannsynliggjør både det kravet som det kreves midlertidig forføyning for, samt sikringsgrunnen, jfr. tvisteloven § 34-2 (2). Arbeidstaker må sannsynliggjøre sin rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, samt at en utestengelse vil medføre en vesentlig ulempe for ham. Det fremgår videre av tvisteloven § 34-1 (2) at midlertidig forføyning ikke kan besluttes dersom gjeninntreden vil påføre arbeidsgiver en ulempe som står i "åpenbart misforhold" til arbeidstakerens interesse i gjeninntreden. Bestemmelsen gir anvisning på en proporsjonalitetsvurdering.¹²⁷ Ved avveiningen etter tvisteloven § 34-1 vil det ofte være tale om interesser av noe ulik karakter, som vanskelig kan måles direkte mot hverandre. I denne forbindelse har Høyesteretts ankeutvalg uttalt at domstolene i det enkelte tilfelle må foreta en "utpreget skjønnsmessig avveining".¹²⁸ Ved vurderingen av om det foreligger "åpenbart misforhold", har Flock lagt til grunn at blant annet hovedkravets verdi, partenes forutgående forhold og sannsynligheten for at saksøker får medhold i hovedkravet kan tillegges vekt.¹²⁹

En midlertidig forføyning gjennomføres etter reglene i tvangfullbyrdelsesloven kapittel 13 II til VI. Tvangfullbyrdelsesloven § 13-14 fastsetter fullbyrdelsesmåte av andre handleplikter. Det følger av første ledd at tvangfullbyrdelse av arbeidstakerens krav om gjeninntreden i oppsigelsestid vil innebære at retten gir arbeidstaker rett til å utføre handlingen, altså selve arbeidsytelsen.

¹²⁶ Rt. 2008 s. 1529, avsnitt 22, Rt. 2005 s. 1017.

¹²⁷ Flock (2011) s. 112-116, pkt. 3.4.6.

¹²⁸ Rt. 2008 s. 1529, avsnitt 26 og Flock (2011) s. 115.

¹²⁹ Flock (2011) s. 112-116, pkt. 3.4.6.

6.6 Konsekvensene av Investeringsrådgiverkjennelsen

Avgjørelsen i Investeringsrådgiverkjennelsen åpner for at arbeidsgiver under særlige omstendigheter *kan* frata arbeidstaker samtlige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Således innebærer resultatet en klar fravikelse fra hovedregelen i norsk rett. Høyesterett har her i realiteten konstruert en mellomting mellom avskjed og ordinær oppsigelse.

Sett fra et arbeidsgiverperspektiv kan det anføres argumenter som taler for adgang til å foreta fullstendig avbestilling hvor det foreligger ”særlig tungtveiende grunner”. Først og fremst kan det påpekes at ”særlig tungtveiende grunner” er en snever unntaksregel, som vil kunne fungere som en sikkerhetsventil for de tilfeller hvor arbeidsgiver har et særlig beskyttelsesverdig behov. Som vi har sett kan dette være tilfellet hvor arbeidstaker er ansatt i meglerbransjen og planlegger overgang til konkurrerende virksomhet. Også hvor arbeidstakerens forhold utgjør en risiko for betydelig skadevirkninger for virksomheten vil arbeidsgiverens interesser kunne tilsi et behov for å anføre ”særlig tungtveiende grunner” for umiddelbar fratreden.

Fra arbeidstakerens ståsted har rettssituasjonen som har oppstått i kjølvannet avgjørelsen gjort det vanskeligere for arbeidstakere å forutberegne sin rettsstilling og forsvare sine rettigheter i forhold til sitt arbeid. Vurderingsnormen ”særlig tungtveiende grunner” er et uklart begrep og det vil være problematisk for arbeidstaker å klarlegge dets innhold og anvendelsesområde uten å kjenne til relevant rettspraksis. Ettersom Investeringsrådgiverkjennelsen åpner for en bred skjønnsmargin, er det en reell fare for at stillingsvernsinstituttet uthules. Det er derfor viktig at terskelen for å kunne frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden er høy. I Investeringsrådgiverkjennelsen var det virksomhetens øvrige partnere samt investorer som uttrykte mistillit overfor arbeidstaker. Dette fikk avgjørende betydning for å pålegge arbeidstaker umiddelbar fratreden. Jeg er enig med Ulseth når hun påpeker faren ved at det bak formuleringen ”manglende tillit” kan skjule seg svært ulike

begrunnelser.¹³⁰ Det er derfor viktig at domstolene undersøker begrunnelsen for den manglende tillit og forsikrer seg om at denne er legitim.

På tross av noe sparsommelig rettspraksis i tiden etter Investeringsrådverkjennelsen, kan det reises spørsmål om det vil være grunn til å forvente at flere arbeidsgivere i fremtiden vil påberope seg ”særlig tungtveiende grunner” for å effektuere umiddelbar fratreden.¹³¹ Dette utgjør en ulempe for arbeidstaker, som blir nødt til å gå til rettslige skritt dersom han ønsker å beholde retten til å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden, jfr. punkt 6.5. Det er ingen hemmelighet at rettslige prosesser i Norge er både tid- og kostnadskrevende. I tillegg kommer den psykiske belastningen ved å gjennomføre en slik rettsak og den nærliggende faren for at forholdet til arbeidsgiver ødelegges. Kumuleres disse momentene er sannsynligheten stor for at arbeidstakere unnlater å bestride utestengelsen, men venter til spørsmålet om oppsigelsens ugyldighet kommer under behandling. Arbeidstaker vil da ha tilbakelagt en lengre periode med fravær fra arbeidsplassen og det vil følgelig være desto vanskeligere å gjeninntre i stillingen.

6.7 ”Særlig tungtveiende grunner”: Styringsrettsbetraktning eller et nytt rettslig grunnlag?

Det er ikke tvilsomt at det fortsatt foreligger flere løse tråder etter Høyesteretts kjennelse i 2009. Avgjørelsen har vært gjenstand for debatt og møtt motstand blant teoretikere.¹³² Et særlig spørsmål som kan reises i forbindelse med oppgavens problemstilling er hvorvidt unntaket ”særlig tungtveiende grunner” innebærer et nytt rettsgrunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om arbeid i oppsigelsestid, eller om det i realiteten dreier seg om en underforstått styringsrettsbetraktning.

¹³⁰ Ulseth (2009) s. 4.

¹³¹ Bender (2009) s. 128.

¹³² Se bl.a Bender (2011), Ulseth (2009).

Med bakgrunn i drøftelsene ovenfor kan det synes som om ”særlig tungtveiende grunner” utgjør et nytt og selvstendig rettsgrunnlag. På tross av at grunnpregstandarden kan sies å ha blitt noe modifisert gjennom årene,¹³³ vil en fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden innebære en så inngripende endring av arbeidstakerens arbeidshverdag at det må anses å ligge utenfor styringsrettens grenser. Et totalt fravær av arbeidsoppgaver innebærer en vesentlig endring av stillingens grunnpreg. Dersom arbeidsgiver i kraft av styringsretten kunne foreta en fullstendig avbestilling ville dette føre til en omgåelse av stillingsvernsinstituttet. Dersom det ikke kan sies å foreligge ”særlig tungtveiende grunner” må arbeidsgiver enten foreta avskjed eller fremforhandle avtale om umiddelbar fratreden, jfr. punkt 6.3.3.

Spørsmålet blir dernest på hvilket tidspunkt arbeidsgiver ikke lengre kan anføre styringsrett som grunnlag for sin avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse. Hvor går grensen mellom styringsrett og ”særlig tungtveiende grunner”? Jeg mener den naturlige grensen går ved skillet mellom delvis og fullstendig avbestilling. Det er ingen enkel oppgave å trekke denne grensen, men utgangspunktet bør være klart: Når arbeidstaker ikke lenger kan sies å utføre ”arbeid” i virksomheten dreier det seg om en fullstendig avbestilling som må ha grunnlag i ”særlig tungtveiende grunner”.

7 Arbeidstakerens rett til å ikke arbeide i oppsigelsestiden

Avslutningsvis vil spørsmålet om arbeidstaker har en rett til *ikke* å arbeide i oppsigelsestiden kort behandles. Utgangspunktet er fortsatt det samme: Inntil oppsigelsesfristen er utløpt har arbeidstaker en avtalefestet rett og plikt til å utføre arbeid. Spørsmålet er om det likevel kan tenkes situasjoner hvor arbeidstakeren i oppsigelsestiden kan nekte å utføre sin arbeidsytelse.

¹³³ Se bl.a. Rt. 2000 s. 1602, ”Nøkk” og punkt 5.2.1.1.

Foreligger det et vesentlig kontraktsbrudd som begrunner heving av arbeidsavtalen, vil arbeidstaker fritas fra sin plikt til å utføre arbeidsytelsen. Arbeidsforholdet opphører da umiddelbart. Arbeidstaker vil samtidig miste sitt krav på lønn, men kan under visse omstendigheter kreve erstatning fra arbeidsgiver. Rettspraksis inneholder flere eksempler på at arbeidsgiver har blitt ilagt erstatnings- og oppreisningsansvar hvor arbeidstaker har hevet arbeidsavtalen etter å ha blitt utsatt for eksempelvis mobbing eller trakassering på arbeidsplassen.¹³⁴ Ettersom det her ikke vil være tale om noen oppsigelsestid, vil denne problemstillingen falle utenfor oppgavens tema. Det avgrenses derfor mot hevingssituasjonen i det følgende.

7.1 Arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse

Arbeidsmiljølovens kapittel 16 omhandler arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Paragraf 16-3 (1) slår fast at arbeidstaker kan velge å motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker velger å utøve sin reservasjonsrett vil konsekvensen være at arbeidsforholdet opphører i kraft av og samtidig med overdragelsen.¹³⁵ Arbeidstaker vil følgelig bli fritatt fra sin plikt til å prestere arbeidsytelsen. Tilsvarende vil gjelde for arbeidsgiverens lønnsplikt. I slike tilfeller vil det ikke oppstå oppsigelsestid.

Det kan imidlertid reises spørsmål om hvordan arbeidstakerens plikt til arbeid i oppsigelsestiden vil stille seg i en situasjon hvor arbeidstaker har levert oppsigelse før overdragelsestidspunktet. Arbeidstaker vil her kunne risikere at oppsigelsestiden løper etter overdragelse. Det må også her legges til grunn at arbeidsforholdet består inntil utløpet av oppsigelsestiden. Hvorvidt arbeidstaker her kan ha en rett til å ikke arbeide ut oppsigelsestiden hos overdrageren, men likevel ha krav på lønn må anses usikkert. Dette bør avgjøres etter en konkret vurdering basert på arbeidsavtalen, samt hvilke arbeidsmuligheter som foreligger

¹³⁴ Rt. 1997 s. 1506, Rt. 1997 s. 786 og Rt. 1997 s. 58.

¹³⁵ Ot.prp. 49 (2004-2005) s. 267.

hos den overdragende virksomhet. Dersom den nye arbeidsplassen eksempelvis innebærer lang reisevei kan dette være et moment som taler for å la arbeidstaker få rett til å ikke arbeide ut oppsigelsestiden.

8 Avslutning

Stillingsvernet står særlig sterkt i Norge og arbeidstakerens rett til å utføre arbeid i oppsigelsestid utgjør en viktig del av stillingsvernsinstituttet. Sett fra et arbeidsgiverperspektiv kan det anføres argumenter for at bør eksistere en adgang til å foreta delvis eller fullstendig avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Dette vil blant annet gjøre seg gjeldende hvor arbeidstaker planlegger konkurrerende virksomhet eller hvor arbeidstakerens forhold utgjør en risiko for betydelige skadevirkninger for virksomheten.

Arbeidstakerens rett er ikke absolutt. Styringsretten kan gi arbeidsgiver kompetanse til å foreta en delvis avbestilling av arbeidstakerens arbeidsytelse i oppsigelsestiden. De særlige forhold som gjør seg gjeldende i en oppsigelsessituasjon taler for en noe videre endringsadgang her enn ellers. Videre har Høyesteretts ankeutvalg i Investeringsrådverkjennelsen åpnet for vidtgående unntak: Arbeidsgiver kan frata en arbeidstaker samtlige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Forutsetningen for å kunne foreta en slik fullstendig avbestilling er at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner” som taler for det.¹³⁶ Ettersom Høyesterett har avstått fra å utdype innholdet i dette vilkåret er det problematisk å fastlegge når unntaket vil komme til anvendelse. Flere teoretikere har stilt seg kritiske til den utvikling i rettsstilstanden som Investeringsrådverkjennelsen innebærer.¹³⁷ Unntaket tillegger domstolene bred skjønnsmyndighet og som konsekvens blir det vanskelig for arbeidstakere å forutberegne sin rettsstilling i en oppsigelsessituasjon. Det gjenstår å se om Høyesterett i fremtiden vil presisere unntaksregelen nærmere og dermed klargjøre rettsstilstanden. I mellomtiden

¹³⁶ Rt. 2009 s. 1183, avsnitt 27.

¹³⁷ Bender (2011), Ulseth (2009).

legges det til grunn at ankeutvalgets standpunkt innebærer en uthuling av stillingsvernsinstituttet i norsk rett.

9 Kilder

9.1 Lover

- 1975 Sjømannslov (sjømannsloven) av 30. mai 1975 nr. 18.
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven 1977 – opphevet) av 4 februar 1977 nr. 4.
- 1983 Lov om statens tjenestemenn (tjenestemannsloven) av 4 mars 1983 nr. 3.
- 1992 Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26 juni 1992 nr. 86.
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven - aml.) av 17 juni 2005 nr. 62.
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17 juni 2005 nr. 90.

9.2 Forarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976), ”Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v”.

NOU 1992: 20, ”Det gode arbeidsliv er lønnsomt for alle”. Innstilling til Arbeidsmiljølovutvalget.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994), ”Lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven).”

Ot. prp. nr. 101 (2001-2002), ”Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (overtidsarbeid, stillingsvern for toppledere).”

NOU 2004: 5, ”Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst”.

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

9.3 Rettspraksis

Rt. 1984 s. 400

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1988 s. 959

Rt. 1991 s. 330

Rt. 1992 s. 1681

Rt. 1992 s. 1688

Rt. 1992 s. 1547

Rt. 1996 s. 812

Rt. 1997 s. 58.

Rt. 1997 s. 786

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 1998 s. 1357

Rt. 2000 s. 525

Rt. 2000 s. 739

Rt. 2000 s. 1158

Rt. 2000 s. 1958

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2004 s. 1413

Rt. 2005 s. 646

Rt. 2008 s. 1529

Rt. 2008 s. 1307

Rt. 2009 s. 1183

RG. 1991 s. 1106

RG. 1996 s. 202

RG. 2009 s. 945

RG. 2010 s. 488

RG. 2010 s. 1625

LB-2010-152755

LB-2010-160933

TOBYF-2009-60163

Oslo tingretts kjennelse av 19 mai 2009

Moss tingretts kjennelse av 7 september 2010

9.4 Bøker

Andersen, Kristen. *Fra Arbeidslivets rett*. Johan Grundt Tanums forlag, 1967.

Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett*. Minerva, 2009.

Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. Universitetsforlaget, 2001.

Flock, *Midlertidig sikring*. Universitetsforlaget 2011.

Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen, utvalgte emner*. Aschehoug, 1999.

Fougner, Jan. *Endring i arbeidsforhold*. 1 utgave. Universitetsforlaget, 2007.

Fougner, m.fl. *Omstilling og nedbemanning*. Universitetsforlaget, 2. utgave, 2011.

Fougner, Holo m.fl. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*. 2 utgave, Universitetsforlaget. 2013.

Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven 1977*. 6 utgave. 1996.

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. N.W. Damm & Søn. 4. utgave 2006. 2. reviderte opplag, 2007.

9.5 Artikler

Bender, Hans Jørgen. *Retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden*. *Arbeidsrett* 2011 nr. 03-04, s. 120-129.

Evju, Stein. *Styringsrett og restkompetanse*. *Arbeidsrett* 2010 nr. 01-02. s. 49-65.

Evju, Stein. *Arbeidsrett og styringsrett - et perspektiv*. Arbeidsrett og arbeidsliv, Bind 1, s. 3-32, 2003.

Evju, Stein. *Rett til å stå i stillingen?* Lov og rett 1980 s. 342-357. 1980.

Evju, Stein. *Om kontraktsvern, arbeidstilsyn og straff*. Evju, Jakhelln med flere ”Arbeidsrettslige emner”. Oslo, 1979.

Fougner, Jan. *Arbeidsgivers styringsrett - Hva er det, hvor kommer den fra og hvordan stiller det seg i dag?* Nasjonalt seminar om utvikling og samarbeid i arbeidsrettsfaget 8. oktober 2009.

Rogdar, Per Christian. *Arbeidstakers rett til å fortsette i arbeid i oppsigelsestiden*. Magma, Econas tidsskrift for økonomi og ledelse, nr. 3, 2012, s. 74-76.

Sigeman, Tore. *Från reception till ideoloikritik. Om arbetsrättens doktrinhistoria*. i Liber Amicorum Reinhold Fahlback. Lund: Juristförlaget, 2005.

Thorkildsen og Drevland. *Arbeidsgivers styringsrett – en restkompetanse?* Arbeidsrett 2010 nr. 01-02. S. 38-48.

Ulseth, Therese Smith. *Rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden – kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg 2. oktober 2009 (HR-2009-1883-U)*. Nytt i privatretten 2009 nr. 4, s. 4-5.

Åkvåg, Inger Marie Bodin. *Jusstudentenes rekrutteringsbakgrunn og yrkesplaner*. 2001.

9.6 Internettsider

Johansen, Stig Åkenes. *Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-3*, www.arbeidsrett.no. (Sisert 21.03.2013).

Dalheim, Trond. *Kommentar til arbeidsmiljøloven § 15-12*. Norsk lovkommentar nettversjon. www.rettsdata.no (Sisert 09.04.2013).