

«Arbeid i oppsigelsestid - rett, plikt, eller noe som kan «avbestilles»?

Det alminnelige utgangspunktet er at et arbeidsforhold ikke opphører etter oppsigelse før oppsigelsestiden er utløpt. Rett til å fortsette i stillingen ut over dette er et tema for seg. Spørsmålene her er om arbeidsgiveren kan nekte arbeidstakeren slikt arbeid og om arbeidstakeren kan ha rett til ikke å arbeide i oppsigelsestiden.

Kandidatnummer:577

Leveringsfrist: 25. april 2014

Antall ord: 17622



1 Innholdsfortegnelse

1	INNHOLDSFORTEGNELSE	I
2	INNLEDNING	1
2.1	Problemstilling og aktualitet.....	1
2.2	Avgrensninger og begrepsavklaringer	4
2.3	Rettskilder og metode	6
2.4	Fremstillingen videre	8
3	RETTLIG UTGANGSPUNKT	8
3.1	Arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelse og oppsigelsestid	8
3.2	Hvorfor har vi bestemmelser om oppsigelsesfrister?	9
3.3	Endringsoppsigelser.....	11
3.4	Litt om bindingstid og konkurranseklausuler	12
3.5	Oppsigelse eller avskjed – mellomformer?	15
4	HOVEDREGELN OM RETT OG PLIKT TIL Å ARBEIDE I OPPSIGELSESTIDEN	17
4.1	Hva kan utledes fra lovteksten?.....	17
4.2	Arbeidsavtalen som rettslig grunnlag	19
4.3	Hva kan utledes fra rettspraksis?	20
4.4	Lønnsplikten	21
4.5	Hvorfor rett og plikt til arbeid?.....	23
5	HVA OMFATTER RETTEN OG PLIKTEN TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN?	25
5.1	Styringsretten generelt og i oppsigelsestiden	25
5.2	Særlig om adgang til endringer og omplassering	27
5.3	Mislighold av arbeidsavtalen – grensen mot ordrenekt.....	32

6	UNNTAK FRA ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN	33
6.1	Utgangspunkt.....	33
6.2	Investeringsrådgiverkjennelsen – Rt.2009 s 1183.....	33
6.3	Butikk Design-kjennelsen – RG.1996 s. 202	37
6.4	Borgarting lagmannsrett kjennelse av 25. oktober 2010-LB-2010-160933.....	38
6.5	Fremmed rett.....	40
6.6	Prinsippene i arbeidsmiljøloven § 15-11 om retten til å stå i stilling	41
	6.6.1 Generelt	41
	6.6.2 Særlig om fratreden etter aml. § 15-11 (2).....	44
6.7	Suspensjon og permittering	46
7	UNNTAK FRA ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN	50
7.1	Rt.1964 s. 1345.....	50
7.2	Mislighold og misligholds liknende tilfeller fra arbeidsgivers side	50
7.3	Tilbud om fri fra arbeidsgiver	51
8	BETYDNINGEN AV HVEM SOM SIER OPP ARBEIDSAVTALEN	51
8.1	Oppsigelse fra arbeidsgivers side på grunn av forhold hos arbeidstaker.....	51
8.2	Oppsigelse fra arbeidsgivers side på grunn av virksomhetens forhold	53
8.3	Arbeidstaker sier selv opp	55
8.4	Andre relevante momenter, herunder arbeidstakerens stillingsnivå.....	55
9	AVTALEREGULERING AV RETTEN OG PLIKTEN TIL Å UTFØRE ARBEID.....	57
9.1	Arbeidsmiljølovens ufravikelighet – utgangspunkt.....	57
9.2	Fratredelsesavtale – gyldighet	59
9.3	Forhåndsavtale – gyldighet.....	59
10	OPPSUMMERING	61

11	LITTERATURLISTE OG RETTSKILDER.....	65
11.1	Bøker, Artikler.....	65
11.2	Domsregister.....	65
11.2.1	Norsk Retstidende	65
11.2.2	Rettens gang.....	66
11.2.3	Andre avgjørelser	66
11.3	Lovregister.....	66
11.3.1	Norske/Utenlandske lover	66
11.3.2	Forarbeider	67
11.3.3	Annet	67

2 INNLEDNING

2.1 Problemstilling og aktualitet

Et arbeidsforhold kan opphøre på forskjellige måter. Noen opphører uten oppsigelse ved oppnådd pensjonsalder, ved død, ved avtale, ved utløpt midlertidig ansettelsesforhold inntil eller ved at arbeidstaker uten grunn uteblir fra arbeidsplassen.

De aller fleste arbeidsforhold opphører imidlertid ved oppsigelse fra en av partene. Fremgangsmåten, kravene og konsekvensene av en oppsigelse er forskjellige avhengig av om det er arbeidstaker eller arbeidsgiver som sier opp. Loven har også til formål å beskytte arbeidstaker mot usaklig oppsigelse fra arbeidsgiver.

Formålet er at partene skal ha rimelig tid på å områ seg og omstille seg på at arbeidsforholdet skal opphøre. Arbeidstaker må ha tid til å søke seg nytt arbeid. Arbeidsgiver må tilsvarende gjerne ha på plass en erstatning for arbeidstakeren som slutter eller foreta andre nødvendige omdisponeringer i virksomheten.

Oppsigelse og oppsigelsestid fra arbeidsgiver er lovregulert. Bestemmelser om oppsigelsestid finnes som regel også i den enkelte arbeidsavtale, i arbeidsreglement eller i tariffavtale. Oppsigelsestidens lengde varierer, og må holde seg innenfor de rammer som følger av lovbestemmelser, for eksempel arbeidsmiljølovens § 15-3, eller eventuelle lengre oppsigelsesfrister som måtte følge av tariffavtale eller av arbeidsavtalen. Arbeidsavtalen kan ikke være i strid med loven eller tariffavtale. Oppsigelsestidens lengde er til dels basert på den ansattes alder og ansiennitet, samt om oppsigelse finner sted i prøvetid eller etter endt prøvetid¹.

Utgangspunktet er at partenes rettigheter og forpliktelser under arbeidsforholdet ikke opphører før oppsigelsestiden er omme og at arbeidstaker derved har en rett til å jobbe. Ar-

¹ Se nedenfor under del 3

beidsgiver kan imidlertid etter omstendighetene ha en berettiget interesse i at arbeidstaker ikke utfører arbeid for bedriften i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver betaler lønn til arbeidstaker, men fritar samtidig arbeidstaker for arbeidsplikt. Omfanget av lønnsplikten kan i noen tilfeller skape tvil².

Årsakene til at arbeidsgiver ikke ønsker å motta arbeidsytelsen fra arbeidstaker i oppsigelsestiden kan være mange. Det kan for eksempel være at stillingen arbeidstaker innehar krever en høy grad av tillit og at arbeidsgiver mener tilliten er svekket grunnet arbeidstakers oppsigelse. Eller at arbeidstaker er gitt oppsigelse på grunn av forhold hos arbeidstaker som har medført svekket tillitt.

Det kan også være at arbeidsgiver mener arbeidstaker er en risiko eller belastning for bedriftens gode rykte, kunder eller øvrige ansatte. Bedriften må da beskytte bedriftssensitiv informasjon, slik at arbeidstaker ikke tar med seg kunder eller informasjon fra arbeidsgiver inn i neste jobb, eller at det ikke er arbeidsoppgaver å tilby, for eksempel ved nedleggelse av virksomhet.

Dersom det foreligger samarbeidsproblemer mellom arbeidstaker og arbeidsgiver/andre ansatte, kan det av hensyn til et forsvarlig arbeidsmiljø være ønskelig at arbeidstaker ikke arbeider ut oppsigelsestiden. Har den oppsagte arbeidstaker gjort seg skyldig i mobbing eller annen trakasserende atferd overfor andre ansatte, kan det etter omstendighetene også være påkrevet at arbeidstaker ikke arbeider ut oppsigelsestiden for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for øvrige ansatte i virksomheten.

En del arbeidstakere vil være fornøyd med å få utbetalt lønn, men bli fritatt for sin arbeidsplikt i oppsigelsestiden. Det er imidlertid ikke situasjonen for alle. Det kan være en stor påkjenning å bli utestengt fra arbeidsplassen. Umiddelbar fratreden fra stillingen kan raskt assosieres med at arbeidstakeren er gitt avskjed og dermed skape et inntrykk av at arbeids-

² Se nedenfor under pkt.4.4

takeren har gjort noe graverende. Dersom man mister muligheten til å gå på arbeid, vil dette også ha ringvirkninger for arbeidstakerens sosiale liv, herunder familien til arbeidstakeren. Det vil også være av betydning for en eventuelt videre jobbsøkningsprosess. Er man i jobb, er det lettere å søke seg annen jobb. I tillegg er arbeid viktig for å holde sin kompetanse og kunnskaper ved like og samtidig videreutvikle sin kompetanse.

En oppsigelsessituasjon kan være utløst av forhold hos arbeidsgiver. Det kan være misligholds liknende situasjoner hos arbeidsgiver som innebærer at arbeidstaker selv velger å si opp. Uavhengig av hvem av partene som har sagt opp, vil arbeidstaker etter omstendighetene også kunne ha en rett til *ikke* å utføre arbeid i oppsigelsestiden, for eksempel ved mobbing/trakassering fra arbeidsgiver, men beholde sin lønn. En rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men likevel beholde sin lønn kan også bli konsekvensen dersom arbeidsgiver går utover sin styringsrett i oppsigelsestiden og setter arbeidstakeren til arbeidsoppgaver som faller utenfor arbeidsforholdet. Et slikt resultat ville for øvrig også følge av alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

En rett for arbeidstaker til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden kan for øvrig følge av forhåndsavtale, underforstått at arbeidstakeren ikke trenger å benytte seg av sin rett eller av fratredelsesavtale. Videre vil et tilbud fra arbeidsgiver om at arbeidstaker kan ta fri, men beholde sin lønn i oppsigelsestiden berette arbeidstakeren en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

Hvilken rett arbeidstaker har til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden henger sammen med hvilken adgang arbeidsgiver har til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Motsatsen til nevnte spørsmål er hvilken rett arbeidstaker har til ikke å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, men likevel motta lønn. Nevnte spørsmål er avhandlingens tema.

Det foreligger en del enkeltavgjørelser fra Høyesterett som det vil være naturlig å ta utgangspunkt i for avhandlingens tema.

Når det gjelder arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, vil spesielt en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg inntatt i Rt.2009 s.1183 Investeringsrådgifverdommen være av interesse. Saken gjaldt nettopp hvorvidt en oppsagt arbeidstaker hadde rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, eller om han måtte nøye seg med å motta lønn. Kjennelsen fastslo at arbeidstaker kan fratras oppgavene der det er «særlig tungtveiende grunner» som taler for det.³ Hva som konkret ligger i dette vilkåret ble ikke utdypet, og må derfor vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Avhandlingen tar sikte på å være et bidrag til slike betraktninger og resonnementer.

Når det gjelder det motsatte utgangspunktet – i hvilke tilfeller arbeidstaker har en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden – finnes ingen rettsavgjørelser eller juridisk litteratur som direkte omhandler spørsmålet. Rt.1964 s. 1345 gir imidlertid noen føringer det kan tas utgangspunkt i. Forholdet gjaldt en jordmor som ble pålagt å tjenestegjøre som assistentsykepleier i oppsigelsestiden etter at fødeavdelingen ved sykehuset ble nedlagt. Høyesterett kom til at sykehuset ikke hadde anledning til å pålegge jordmoren slikt arbeid.⁴ Sykehuset gjorde forgjeves gjeldende at hennes krav om lønn i oppsigelsestiden var tapt fordi hun angivelig ikke hadde stått til disposisjon for sykehuset. Det finnes også en del andre rettsavgjørelser fra andre tilsvarende og nærliggende områder som kan danne grunnlag for noen rettslige resonnementer og betraktninger rundt problemstillingen. Igjen tar avhandlingen sikte på å være et bidrag til slike betraktninger og resonnementer.

2.2 Avgrensninger og begrepsavklaringer

Når det gjelder spørsmålet om arbeidsgiver kan frata arbeidstaker arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, vil en viktig avgrensning av problemstillingen være mot situasjoner der arbeidsgiver begjærer arbeidstakers fratreden under en oppsigelsestvist etter arbeidsmiljølo-

³ Rt. 2009 s.1183 premiss 27

⁴ Rt. 1964 s. 1345(1347)

ven § 15-11 (2). Fratreden etter aml. § 15-11 (2) gjelder kun for perioden *etter* oppsigelsestiden. Selv om problemstillingene er beslektede, er det rent juridisk snakk om to ulike forhold.

Når arbeidstaker står i stillingen på grunn av en oppsigelsestvist, hviler dette på en prosessuell rett med positiv lovhjemmel i aml. § 15-11. Utgangspunktet her er at et arbeidsforhold består inntil endelig dom er falt.⁵ Retten til å arbeide i oppsigelsestiden springer imidlertid ut av arbeidsavtalen. Tvister om dette må derfor reises som midlertidig forføyning med krav om å få utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Av den grunn avgrenses det mot fratreden etter oppsigelsestiden. Rettspraksis viser imidlertid at det ved vurderingen av retten til å arbeide i oppsigelsestiden er relevant å se hen til rettskildemateriale rundt aml. § 15-11 uten at det er snakk om noen analogisk rettsanvendelse. Avhandlingen vil derfor trekke på rettskildemateriale rundt aml. § 15-11 å utdype nærmere bakgrunnen for dette nedenfor.

Videre avgrenses det mot adgangen til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene *forut for* en oppsigelse, altså i det løpende arbeidsforholdet. Dette innebærer at permittering, permitteringslønnsloven og suspensjon i utgangspunktet ikke vil bli behandlet. Hensynene bak reglene om permittering og suspensjon har imidlertid elementer i seg som kan være relevante for avhandlingens tema. I den grad det er relevant, vil derfor elementer fra permittering og suspensjon bli drøftet.

Tilsvarende gjelder for arbeidsgivers styringsrett. Arbeidstakers rett til eller eventuelle ikke plikt til å arbeide i oppsigelsestiden henger nøye sammen med omfanget av arbeidsgivers styringsrett. Selv om det avgrenses mot en dyptgående behandling av arbeidsgivers styringsrett, vil det også være relevant å si noe om arbeidsgivers styringsrett i oppsigelsestiden. Spesielt gjelder dette i forhold til spørsmålet om i hvilke tilfeller arbeidstaker kan ha en rett til ikke å arbeide i oppsigelsestiden.

⁵ Fanebust side 297.

Også spørsmål om bindingstid og konkurranseklausuler faller utenfor avhandlingens tema. I den grad de kan belyse avhandlingens tema, vil de imidlertid bli drøftet der det er relevant.

Retten til lønn i oppsigelsestiden faller utenfor oppgavens tema. Arbeidstaker har som klar hovedregel rett på lønn i oppsigelsestiden. Retten til lønn vil imidlertid bli berørt i den utstrekning det har konsekvenser for retten til arbeid, men det gjøres ingen særskilt behandling av reglene for retten til lønn.

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. Dette innebærer at regler i særlovgivningen som tjenestemannsloven, sjømannsloven, opplæringslova med flere ikke vil bli behandlet.

2.3 Rettskilder og metode

Utgangspunktet ved avgjørelsen av juridiske spørsmål er lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis. Det finnes imidlertid ingen regel i arbeidsmiljøloven om hvilke endringer arbeidsgiver kan gjøre i forhold til arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden eller hvilken rett arbeidstaker eventuelt har til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden. I forhold til oppgavens problemstilling er således loven taus.

Det nærmeste vi kommer problemstillingen om arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker oppgaver i oppsigelsestiden er arbeidsmiljølovens regler om retten til å stå i stillingen etter aml. § 15-11. Nevnte bestemmelse gjelder etter at oppsigelsestiden er omme. Videre vises til bestemmelsene om suspensjon etter aml. § 15-13 som gjelder under det løpende arbeidsforholdet og forut for eventuell oppsigelse. I tillegg bygger vel loven på at man skal jobbe.

Høyesterett har i Investeringsrådgifverdommen Rt.2009 s.1183 lagt til grunn at vurderings-temaet i aml. § 15-11 får betydning når det gjelder arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker retten til arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.⁶ Dette innebærer at selv om avhandlingen ikke gjelder fratreden etter aml. § 15-11 (2), får bestemmelsen, dens forarbeider, rettspraksis og juridisk teori betydning for problemstillingen, men slik at det må stilles enda strengere krav til å frata arbeidstaker retten til arbeid i oppsigelsestiden enn etter oppsigelsestidens utløp. Siden någjeldende arbeidsmiljølov ikke tok sikte på noen realitetsendring av rettstilstanden på området, vil også den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977 og dens forarbeider være av betydning. Dette utgangspunktet støttes også av rettspraksis.

Jeg mener videre at også de momenter som fremkommer av bestemmelsene om suspensjon i aml. § 15-13, og som gjelder for tiden forut for en oppsigelse, vil være relevante momenter å se hen til, men da slik at vilkårene for suspensjon i utgangspunktet vil være strengere enn retten til å frata arbeidstakeren arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Dette begrunnes med at selv om vilkårene for avskjed ikke finnes oppfylt under suspensjonsperioden, vil forholdene som eventuelt er avdekket likevel kunne danne grunnlag for oppsigelse hvor arbeidsgiver har et legitimt og berettiget behov for å frata arbeidstakeren arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

Det er imidlertid ikke tale om å anvende bestemmelsene eller de tilknyttede rettskildene direkte eller analogisk, men snarere å overføre det *vurderingstema* og de *momenter* som må vurderes etter aml. § 15-11 (2), aml. § 15-13 og andre relevante bestemmelser i lov til drøftelsen av de problemstillinger avhandlingen reiser.

Som det herav følger vil rettsgrunnlaget for de spørsmål avhandlingen reiser, i hovedsak være basert på ulovfestet rett hvor rettspraksis og uttalelser i juridisk teori vil være av betydning. I fravær av lovtekst og entydig rettspraksis vil ved vurderingen av avhandlingens

⁶ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27

tema også formålsbetraktninger og reelle hensyn/rimelighetsvurderinger være av betydning.

2.4 Fremstillingen videre

Avhandlingen starter i del 3 med en redegjørelse av det rettslige utgangspunktet og noen generelle betraktninger om det juridiske landskapet problemstillingen befinner seg i.

I del 3 drøftes hovedregelen om partenes rettigheter og plikter i oppsigelsestiden. I del 5 drøftes det nærmere innholdet i denne hovedregelen. I de påfølgende kapitlene drøftes hvilke unntak som kan gjøres fra hovedregelen. Finnes det tilfeller der arbeidstaker *ikke* har rett til å utføre arbeid? Og videre; Kan arbeidstaker ha en rett til ikke å arbeide i oppsigelsestiden og/eller frasi seg retten til å arbeide oppsigelsestiden i arbeidsavtalen?

3 RETTSLIG UTGANGSPUNKT

3.1 Arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelse og oppsigelsestid

Hovedregel om oppsigelse og oppsigelsestid finnes i aml. kapittel 15, særskilt §§ 15-7 og 15-3.

En oppsigelse fra arbeidsgivers side krever saklig grunn i virksomhetens, arbeidstakers eller arbeidsgivers forhold, jfr. aml. § 15-7. Saklighetskravet er en rettslig standard som har utviklet seg gjennom rettspraksis.

Det følger av aml. § 15-3 at oppsigelsesfristens lengde er en måned, med mindre annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale. Gjennomgående ser man at avtalte oppsigelsesfrister i arbeidsavtale eller tariffavtaler gjerne er tre måneder. Videre følger en opptrapping av oppsigelsesfristens lengde avhengig av den ansattes alder og ansiennitet slik at ved fem års sammenhengende ansettelse i samme virksomhet er den lovbestemte oppsigelsesfristen minst to måneder, ved 10 års ansettelse minst tre måneder. Er den ansatte i tillegg fylt 50

år, er oppsigelsesfristen minst 4 måneder, minst 5 måneder ved fylte 55 og minst 6 måneder ved fylte 60 år. Oppsigelsesfristen i prøvetiden er gjerne 14 dager, med mindre noe annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale.⁷

Det følger av § 15-3, 9. ledd en rett for arbeidstaker som er permittert uten lønn å gå til oppsigelse med en oppsigelsesfrist på 14 dager regnet fra den dag oppsigelsen blir mottatt av arbeidsgiver. Bakgrunnen er at det for en arbeidstaker kan være til ulempe å måtte gå permittert i ordinær oppsigelsestid dersom arbeidstakeren på kortere sikt har mulighet for å skaffe seg annet lønnet arbeid. Begrepet lønn tar sikte på lønn fra arbeidsgiveren og ikke offentlige ytelser under permittering. Det eksisterer ikke tilsvarende bestemmelse for oppsigelse fra arbeidsgivers side under permitteringsperioden. Her gjelder de alminnelige oppsigelsesregler. Konsekvensen er at arbeidsgiver må betale lønn i oppsigelsestiden.

3.2 Hvorfor har vi bestemmelser om oppsigelsesfrister?

Som nevnt innledningsvis, er hovedformålet med reglene om gjensidig oppsigelsestid at partene skal gis tid til å tilpasse seg den endrede situasjonen. Gjennom en rett og plikt for arbeidstaker til å stå i stillingen i oppsigelsestiden, gis begge parter en viss tid til å avvikle arbeidsforholdet og tilpasse seg den nye situasjonen.

For arbeidstaker er lønn mange ganger den viktigste faktor. Det ville ramme arbeidstaker hardt dersom arbeidstaker, etter oppsigelse fra arbeidsgiver, mistet lønnen umiddelbart. Men også det ideelle hensynet av å være i arbeid er viktig. Arbeidstaker er tilknyttet arbeidsstedet på flere måter og det kan være følelsesmessig hardt for arbeidstaker og dennes nærstående dersom arbeidstaker blir utestengt umiddelbart.

Hvor arbeidstaker har sagt opp stillingen, vil arbeidsgiver kunne ha behov for å gå til nyansettelse for å erstatte arbeidstakeren som har sagt opp. Dette behovet kan variere avhengig

⁷ Se Fanebust side 226.

av hvor lenge arbeidstakeren har vært ansatt. Det må generelt antas at arbeidstaker som har vært ansatt i lang tid har fått stor betydning for bedriften og kan være tilsvarende vanskelig å erstatte.

Ikke sjelden er imidlertid den ene partens behov for en overgangsperiode i konflikt med den andre partens behov for en rask effekt av oppsigelsen, avhengig av hvem av partene som sier opp. Ved oppsigelse fra arbeidstakers side, har vanligvis arbeidstakeren funnet seg en ny stilling før han sier opp. Det betyr at arbeidstakeren ofte har et ønske om å tiltre sin nye stilling så snart som mulig. I en slik situasjon slår nødvendigvis ikke arbeidstakerens motivasjon, engasjement og arbeidsvilje ut i den gamle arbeidsgiverens favør. Og tilsvarende på motsatt side: Virksomheten kan ha gått til oppsigelse på grunn av en større nedbemanning eller på grunn av graverende forhold hos arbeidstaker, og ønsker å kvitte seg med lønnsforpliktelsen så tidlig som mulig.

Aml. § 1-9 er å forstå slik at det som hovedregel ikke på forhånd er anledning til å avtale vilkår som er dårligere for arbeidstakeren enn lovens ordning. Det er derfor kun avtaler til ugunst for arbeidstaker som krever særskilt hjemmel. Normalt vil det være gunstigst for en arbeidstaker å kunne avvikle arbeidsforholdet med en kort frist ved arbeidstakerens egen oppsigelse, og med lang frist dersom det er arbeidsgiveren som bringer arbeidsforholdet til opphør. Hensynet til begge parters behov for områingstid gjør at loven, med enkelte unntak, stiller krav om gjensidighet. Etter § 15-3, 3. ledd kan arbeidstaker likevel si opp med tre måneders varsel, selv om oppsigelsesfristen for arbeidsgiver er lengre.

Oppsigelser grenser oppad til avskjed, jfr. § 15-14. Avskjed innebærer heving av arbeidsavtalen med øyeblikkelig virkning på grunn av grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen, mens arbeidsforholdet ved oppsigelse bringes til opphør etter utløpet av den avtalte eller lovbestemte oppsigelsestid. Avskjed og oppsigelse kan grunnes i mislighold av samme art, men for avskjed kreves det at arbeidstakers mislighold er av mer graverende karakter.

3.3 Endringsoppsigelser

Arbeidsavtalen danner det rettslige utgangspunktet for fastleggelse av arbeidstakers arbeidsplikt. Arbeidsavtalen trekker samtidig opp de ytre rammer for en arbeidstakers plikter. Det beror likevel på en konkret vurdering hvor langt arbeidstakers plikter rekker. Av betydning er ikke bare de klart formulerte skriftlige og muntlige forutsetninger. Forholdene ved tilsetningen kan således være slik at arbeidstaker må være forberedt på at det kan være behov for endringer og tilpasninger. Forholdene kan også utvikle seg slik at arbeidstaker har oppfordring til å si fra dersom det gjøres endringer over tid som han ikke vil avfinne seg med. Problemet her kan være at arbeidsgiver foretar mindre og små tilpasninger gradvis som arbeidstakeren ikke i seg selv finner grunn til å reagere på før de samlede endringene til slutt er blitt så store og mange at arbeidsforholdets innhold og karakter har endret seg vesentlig fra det opprinnelige og forutsatte. Endringene kan derfor totalt sett over tid eller i forbindelse med en konkret situasjon bli så omfattende at arbeidstaker ikke trenger avfinne seg med dem, dersom det ikke er grunnlag for å si opp arbeidsavtalen i dens opprinnelige form. En slik endring kalles derfor gjerne en endringsoppsigelse.

I Rt.2000 s. 1602 Nøkkdommen fremkommer det at ved tolking og utfylling av arbeidsavtalen må det legges vekt på

*”stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.”*⁸

Å fastslå hvilke endringer arbeidsgiver ensidig kan foreta i ansettelsesforholdet er derfor av vesentlig betydning for arbeidsinnholdet og partenes rettigheter og plikter.

⁸ Rt. 2000 s. 1602(1609)

Bestemmelsene om oppsigelsesfrister kommer til anvendelse i tilfeller hvor arbeidsgiver har meddelt oppsigelse, men også i tilfeller hvor arbeidsgiver ensidig gjennomfører endringer i arbeidsforholdet som ligger utenfor rammene av arbeidsgivers styringsrett – såkalte endringsoppsigelser.⁹

Når det gjelder spørsmålet om grensene for arbeidsgivers styringsrett kommer det gjerne ytterligere på spissen i forbindelse med at arbeidsgiver ønsker å omplassere arbeidstakeren i oppsigelsestiden, mens arbeidstakeren heller vil utføre de samme oppgavene som før – eventuelt ikke arbeide i det hele tatt. Styringsretten er imidlertid i utgangspunktet ikke mer omfattende i oppsigelsestiden enn ellers. Likevel kan det forhold at arbeidsforholdet går mot slutten ha betydning for vurderingen av arbeidsgivers styringsrett i den oppståtte situasjonen.¹⁰

3.4 Litt om bindingstid og konkurranseklausuler

Det hender at arbeidstakeren og arbeidsgiveren inngår avtaler om såkalt bindingstid for arbeidstakeren. Dette kan være aktuelt for eksempel i forbindelse med arbeidsgiverfinansiert utdanning. Videre kan det være aktuelt ved salg av virksomhet hvor kjøper ønsker å sikre seg at selger som også innehar nøkkelposisjoner i selskapet blir i virksomheten en bestemt tid som del av kjøpsavtalen. Bindingsklausuler kan videre fremkomme i aksjonæravtaler.

En slik avtale om bindingstid må i arbeidsrettslig forstand behandles som en avtale om forlenget oppsigelsestid, selv om det også vil være andre lovbestemmelser og andre rettsområder enn det arbeidsrettslige som kan få betydning for fortolkningen av denne typen bindingsklausuler. Her behandles kun den arbeidsrettslige side.

⁹ Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under pkt.5.3

¹⁰ Dette kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under pkt.5.1

Som nevnt ovenfor, er det med få unntak et krav om gjensidighet når det gjelder oppsigelsesfristens lengde. Aml. § 15-3 (8) og 1-9 setter forbud mot at oppsigelsestiden/bindingstiden er lengre ved arbeidstakerens oppsigelse enn ved arbeidsgiverens. Det innebærer at en eventuell bindingstid for arbeidstakeren ikke kan være lengre enn en tilsvarende bindingstid/oppsigelsestid for arbeidsgiveren.

Høyesterett har i Rt.2006 s. 420 gått langt i å innfortolke en slik korresponderende bindingstid for arbeidsgiveren i en avtale om bindingstid for arbeidstakeren. Forholdet her var et krav fra arbeidsgiver om erstatning som følge av at en ansatt eiendomsmegler sa opp et arbeidsforhold til tross for en avtale om bindingstid. Høyesteretts flertall kom til at avtalen påla megleren å forbli ansatt i firmaet ut bindingstiden, og at virkningen av mislighold ikke var begrenset etter avtalen. Det ble vist til at arbeidsmiljøloven av 1977 § 58 ikke var til hinder for at en arbeidstaker binder seg til fire års arbeidsplikt uten oppsigelsesadgang,¹¹ så fremt arbeidsgiver har en tilsvarende plikt til å beholde arbeidstakeren i denne perioden.¹² Selv om bindingen lå nær grensen for hva som kan aksepteres i denne type forhold, ble den etter en konkret vurdering ikke ansett ugyldig etter avtaleloven § 36.¹³

Høyesterett uttaler om dette forhold:

”På ett punkt må imidlertid arbeidsmiljøloven 1977 antas å oppstille et vilkår for at klausuler om bindingstid skal kunne aksepteres. I følge § 58 nr. 7 kan ikke partene ved avtale ”bestemme at oppsigelsesfristen ved oppsigelse fra arbeidstakerens side skal være lenger enn ved oppsigelse fra arbeidsgiverens side.” Dette må anses som utslag av et mer generelt prinsipp, som innebærer at en bindingstid for den ansatt må korrespondere med en tilsvarende plikt for arbeidsgiveren til å beholde arbeidstakeren i perioden.”¹⁴

¹¹ Rt. 2006 s. 420 premiss 44

¹² Rt. 2006 s. 420 premiss 45

¹³ Rt. 2006 s. 420 premiss 50

¹⁴ Rt. 2006 s. 420 premiss 45

Virkingen av bindingsavtaler kan dermed bli at oppsigelsestiden ved oppsigelse fra arbeidsgiveren blir like lang som bindingstiden for arbeidstakeren. Arbeidsgiveren bør derfor være tilbakeholden med å inngå slike bindingsavtaler. I stedet for bindingstid kan det med fordel avtales at arbeidstakeren må tilbakebetale en sum lik utdanningsstøtten hvis vedkommende fratrer i løpet av en gitt tid etter endt utdanning eller at arbeidstakeren betaler en erstatning/avkortning i kjøpesummen dersom han fratrer før bindingstiden er omme ved kjøp av virksomhet eller som følge av aksjonæravtaler.

Konkurransesklausuler er noe annet enn bindingstid, men har likevel en del felles trekk med bindingstid. I en arbeidsavtale er det aktuelt å regulere konkurransebegrensninger på to forskjellige nivåer, henholdsvis begrensninger som gjelder mens arbeidsforholdet består, og begrensninger som gjelder tiden etter at arbeidsforholdet har opphørt. Det er fortrinnsvis konkurranseklousuler som skal gjelde etter at arbeidsforholdet har opphørt som har størst likhetstrekk med bindingsklousuler.

Mens arbeidsforholdet består, er arbeidstakeren bundet av lojalitetsplikten til arbeidsgiveren.¹⁵ Selv om arbeidstakeren som hovedregel kan ta arbeid hos andre arbeidsgivere, med mindre det kommer i konflikt med pliktene i arbeidsavtalen, kan lojalitetsplikten legge begrensninger på adgangen til å arbeide for en konkurrerende bedrift mens arbeidsforholdet består.

Utgangspunktet er at lojalitetsplikten mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren opphører samtidig med arbeidsforholdet. Imidlertid begrenser taushetsplikten og markedsføringsloven hvordan arbeidstakeren kan bruke informasjon ervervet i tidligere arbeidsforhold. Partene kan avtale unntak fra det nevnte utgangspunkt ved konkurranseklousuler som skal gjelde i tiden etter at ansettelsesforholdet er opphørt. Blant annet setter avtaleloven § 38 grenser for hva partene kan avtale. Etter avtaleloven § 38 må ikke en konkurransebegrens-

¹⁵ Rt.1990s.607(614)

ning gå lenger enn påkrevet for å verne mot konkurranse. Konkurransesklausuler kan innebære alt fra et delvis/begrenset til et tilnærmet totalt yrkesforbud i en gitt periode avhengig av arbeidstakerens posisjon, kompetanse og bransje.

Det er foreløpig ikke noe vilkår at arbeidsgiveren må yte en økonomisk kompensasjon for konkurransebegrensningen, men i totalvurderingen av om forbudet er innenfor lovens grenser, er en slik betaling ett av flere momenter. Det vil komme lovforslag som trolig vil stille krav om at arbeidsgiveren må yte økonomisk kompensasjon for klausulen. Konkurransesklausuler mot betaling har derfor sterke likhetstrekk med en oppsigelsestid hvor arbeidstaker er fritatt for arbeidsplikt men likevel mottar lønn. I en slik setting vil arbeidstakeren imidlertid verken ha en rett eller en plikt til å arbeide for arbeidsgiveren. Vurderingstemaet for om en konkurranseklausul ville være gyldig eller ikke, vil således også være relevant for om arbeidstakeren i en gitt situasjon anses å ha en berettiget interesse i å frata arbeidstakeren arbeid i oppsigelsestiden.

3.5 Oppsigelse eller avskjed – mellomformer?

Ved endringsoppsigelser skjer det en endring i arbeidstakernes arbeidsoppgaver utover det som er hjemlet i arbeidsavtalen. Dette er noe annet enn tilfellet er hvor en av partene ønsker fritak for arbeidstakers rett og plikt til arbeid i oppsigelsestiden.

I praksis har det derfor utviklet seg mellomformer mellom oppsigelse og avskjed. Arbeidsgiver mener for eksempel å ha et saklig begrunnet behov for ikke å motta arbeidstakers arbeidsytelse i oppsigelsestiden, samtidig som arbeidstaker beholder sin lønn i oppsigelsestiden.¹⁶ Det motsatte utgangspunkt, at arbeidstaker mener å ha en rett til ikke å arbeide i

¹⁶ Eksempler på dette fra rettspraksis og juridisk litteratur kommer jeg nærmere tilbake til nedenfor under pkt.6

oppsigelsestiden, men likevel motta helt eller delvis lønn, finnes det så langt lite rettspraksis på.¹⁷

Når det gjelder de tilfeller hvor arbeidsgiver fraber seg arbeidstakers ytelse i oppsigelsestiden mot å betale lønn, oppstår det spørsmål om slike mellomformer rettslig sett skal betraktes som oppsigelse eller avskjed.¹⁸

I forhold til omverdenen vil en slik avvikling av arbeidsforholdet lett kunne anses som like infamerende for en arbeidstaker som en avskjed. Vurderer man mellomformen som en avskjed, vil arbeidstaker ikke i samme grad nyte godt av retten til å stå i stillingen og heller ikke av ugyldighetsvirkningene av formfeil etter aml. § 15-5. På den annen siden vil arbeidstakeren ha fordelene ved de strenge materielle vilkår som stilles for at det skal foreligge rettmessig avskjed.

I juridisk teori har fratredelse med lønn som hovedregel/tradisjonelt vært oppfattet som oppsigelse, forutsatt at det på meddelelsestidspunktet har vært arbeidsgivers mening å gi oppsigelse. I den forbindelse vil det være et moment om tilbudet om lønn fremsettes i forbindelse med at meddelelsen gis, eller om tilbudet fremsettes på et senere tidspunkt.¹⁹

I Rt.1963 s. 1013 uttalte Høyesterett bl.a. følgende:

«Det er på det rene at kommunen ikke har avskjediget ham, og jeg kan ikke se at man har hjemmel for å stille andre krav til oppsigelsen i denne saken enn de som fremgår av lovens ord. Den ting at kommunen i oppsigelsesbrevet uttalte at den ikke ønsket noen arbeidsytelse fra Bjørnbeths side i oppsigelsestiden, kan ikke gi oppsigelsen et annet rettslig grunnlag enn det loven forutsetter.»²⁰

¹⁷ Jeg kommer nærmere inn på denne problemstillingen nedenfor under pkt.7

¹⁸ Se Fanebust side.226-227.

¹⁹ Se Fanebust side.227.

²⁰ Rt. 1963 s. 1013(1018)

Et noe avvikende standpunkt inntar Høyesterett blant annet i Henkidommen Rt.1988 s. 959. Forholdet i Henkidommen var at arbeidsgiver krevde en hivsmittet barkeepers umiddelbare fratreden. Høyesterett kom til at dette måtte anses som avskjed selv om vedkommende fikk lønn i oppsigelsestiden. Høyesteretts vurdering av dette spørsmålet var imidlertid basert på særlige og konkrete omstendigheter i saken. Det ble påpekt «*at det var tale om avskjed, er best i samsvar med brevets ordlyd, og har også støtte i det som tidligere hadde passert mellom partene.*»²¹I brevet var begrepet avskjed og oppsigelse brukt om hverandre. Det var også uklart når tilbudet om lønn ble fremsatt av arbeidsgiveren.

Også i juridisk teori er det flere som tar til orde for at det ikke uten videre er grunn til å opprettholde det tradisjonelle synspunktet om at mellomformen i ethvert henseende bør betraktes som oppsigelse. Konklusjonen er derfor at mellomformen i utgangspunktet, men ikke i ethvert henseende, er å betrakte som oppsigelse. Det avgjørende blir en konkret vurdering hvor momenter i det enkelte tilfelle kan tilsi at mellomformen må bli å betrakte som avskjed og ikke som oppsigelse.²²

4 HOVEDREGELN OM RETT OG PLIKT TIL Å ARBEIDE I OPPSIGELSESTIDEN

4.1 Hva kan utledes fra lovteksten?

Utgangspunktet for partenes rettigheter i oppsigelsestiden er at arbeidstakers rettigheter og plikter er uforandret frem til fratreden idet arbeidsforholdet består inntil dette tidspunkt. Det vil si at både lønn og arbeidsytelser skal fortsette uforandret til oppsigelsestidens utløp. At arbeidstakeren har *plikt* til å utføre arbeidsoppgavene sine i oppsigelsestiden kan anses forankret indirekte flere steder i lovteksten. Hvis arbeidstakeren fratrer før utløpet av opp-

²¹ Rt. 1988 s. 959(965)

²² Se Fanebust side.227

sigelsestiden eller annet avtalt opphørstidspunkt, kan han bli erstatningsansvarlig for det økonomiske tapet virksomheten lider som følge av dette. Arbeidsgiveren kan trekke tapet direkte i arbeidstakerens lønn, jfr. aml. § 14-15 (2) bokstav e.²³ Ikke å arbeide i oppsigelsestiden kan også være straffbart, jfr. straffeloven § 409 og 412.

Hvis arbeidsgiveren vesentlig misligholder sine forpliktelser, kan arbeidstakeren heve arbeidsavtalen. I så fall opphører arbeidsforholdet umiddelbart. Kravet om vesentlig mislighold er strengt, og arbeidstakeren risikerer både erstatningsansvar og straff hvis vedkommende ikke klarer å føre tilstrekkelig bevis for at vilkårene er oppfylt.

Hvis arbeidsgiveren avskjediger arbeidstakeren, opphører også arbeidsforholdet umiddelbart. Arbeidstakeren har ikke rett til lønn eller til å arbeide etter avskjedstidspunktet. Når det gjelder arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, gir arbeidsmiljølovens system en viss veiledning. Et arbeidsforhold kan avsluttes blant annet ved oppsigelse eller avskjed. Ved avskjed etter aml. § 15-14 faller arbeidstakers rett til lønn og til å utføre arbeid bort umiddelbart. Ved oppsigelse skjer ikke fratreden umiddelbart. En slik ordning må nødvendigvis forutsette at det i oppsigelsestilfellene består visse rettigheter og plikter også etter oppsigelsestidspunktet.

Videre vil en ”fra det mer til det mindre” slutning fra ordlyden i aml. § 15-11 (2) også anføres til støtte for et slikt resultat. Bestemmelsen gir arbeidstaker rett til å stå i stillingen etter oppsigelsestiden ved tvist om oppsigelsens gyldighet. Bestemmelsen forutsetter derfor at det finnes en rett til å stå i stillingen i oppsigelsestiden. Av forarbeidene til aml. § 15-11 fremkommer også at retten til å stå i stillingen ikke bare omfatter retten til lønn, men også den ideelle retten til å utføre arbeidsoppgaver.²⁴

²³ Se Fanebust side.168.

²⁴ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.235 Retten til å forsette i stillingen ved tvist om oppsigelse

4.2 Arbeidsavtalen som rettslig grunnlag

Arbeidsavtaler bygger normalt på den forutsetning at det skal jobbes i oppsigelsestiden. De fleste arbeidsavtaler inneholder bestemmelser om oppsigelsestid, noen mer utfyllende enn andre. Arbeidsavtalens bestemmelser må imidlertid holde seg innenfor rammen av preseptorisk lovgivning, forskrifter og gjeldende tariffavtaler. Der arbeidsavtalen er taus om oppsigelse og oppsigelsestid, vil man falle tilbake på lovens hovedregel. Det betyr at selv om arbeidsavtalen sies opp, faller ikke partenes rettigheter og plikter bort før ved utløpet av oppsigelsesfristen. Utgangspunktet må være at disse rettighetene består uendret selv om en av partene har gått til oppsigelse, på tilsvarende måte som ved oppsigelse av andre typer avtaler hvor det gjelder en oppsigelsesfrist. Dette skiller oppsigelse fra avskjed eller heving av avtaler med umiddelbar virkning.

Etter hvert ser man en del eksempler på at arbeidsgivere i større grad regulerer hvordan partene skal forholde seg i oppsigelsestiden. Det kan være reguleringer om alt fra at arbeidsgiver gis en rett til å frita arbeidstakeren fra arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, mot at arbeidstakeren fortsetter å oppebære lønn. En slik avtale vil ha sterke likhetstrekk med en konkurranseklausul jfr. pkt.2.4 ovenfor, men slik at konkurranseklausulen i realiteten ikke gjøres gjeldende utover oppsigelsestiden. Det vil etter omstendighetene også kunne være bestemmelser om at arbeidstakeren gis en rett til ikke å arbeide i oppsigelsestiden, men fortsatt motta lønn.

Om eller i hvilken grad en slik forhåndsavtale står seg etter aml. § 1-9 vil blant annet bero på om det anses å være et gode for arbeidstakeren å bli fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden eller ikke, jfr. nærmere om dette pkt.8.1 nedenfor. Imidlertid vil det forhold at arbeidstakeren har akseptert en slik avtale i forbindelse med inngåelsen av arbeidsavtalen, være et moment som kan trekke i retning av at arbeidstakeren ser arbeidsgivers behov for at arbeidstakeren skal bli fritatt fra sin arbeidsplikt i oppsigelsestiden og at arbeidstakeren ser det som et gode å bli fritatt for slik arbeidsplikt.

Et ytterligere argument i denne forbindelse er at dersom man ville kommet til at arbeidstakeren ville ha vært rettslig forpliktet av en konkurranseklausul etter utløpet av ansettelsesforholdet, trekker dette i retning av at det er mindre tyngende for arbeidstakeren kun å være bundet av ”konkurranseklausul” i oppsigelsestiden. Dermed kan det være at domstolene vil se det som mindre tyngende å bli fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden enn en konkurranseklausul etter utløpet av ansettelsesforholdet.

Motargumentet er imidlertid at selv om en konkurranseklausul ville vært godtatt etter utløpet av ansettelsesforholdet, skal ikke det innebære at arbeidstakeren skal fratras sin rett til arbeid i oppsigelsestiden.

Hvordan domstolene vil stille seg til denne typen forhåndsavtaler dersom spørsmålet kommer på spissen ved at en arbeidstaker som har akseptert en forhåndsavtale i sin ansettelseskontrakt om å bli fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden mot å motta full lønn, gjenstår å se. Jeg vil anta at den rettslige vurderingen vil bygge på de samme momenter som rettspraksis har tatt utgangspunkt i uavhengig av forhåndsavtale i ansettelseskontrakt, jfr. neste punkt, men at vurderingen av om det foreligger særlige grunner vil måtte ta hensyn til at det foreligger en forhåndsavtale mellom partene hvor arbeidstaker i utgangspunktet har akseptert å bli fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden.

4.3 Hva kan utledes fra rettspraksis?

Investeringsrådgiverkjennelsen inntatt i RT 2009 s 1183 gjaldt en investeringsrådgiver som ble pålagt å fratras med umiddelbart virkning, men med rett til lønn og andre ytelser ut oppsigelsestiden. Ankeutvalget la først til grunn at retten til lønn i oppsigelsestiden er absolutt.

*”Det er på det rene at en oppsagt arbeidstaker innenfor oppsigelsestiden ikke kan fratras retten til lønn”.*²⁵

²⁵ Rt.2009 s.1183 premiss 27

Hva som nærmere ligger i lønnsbegrepet og lønnsplikten i oppsigelsestiden kommer jeg tilbake til i neste punkt.

Arbeidstakeren krevde imidlertid også å få arbeide i oppsigelsestiden. Om dette uttalte ankeutvalget blant annet følgende:

”Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden.”²⁶

Jeg vil komme nærmere tilbake til kjennelsen nedenfor. Det sentrale i denne sammenheng er imidlertid at ankeutvalget slår fast en hovedregel om at arbeidstaker ved siden av retten til lønn også har en rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Det er ikke uten videre gitt at arbeidstaker skal ha en slik rett til å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Ser man på fremmed rett og juridisk teori, er løsningene forskjellige. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til. Kjennelsen er uten forbehold, enstemmig og av nyere dato. Den støtter videre opp under det som følger indirekte i lovtekst via direkte uttalelser i forarbeidene.²⁷ Den står således rettskildemessig sterkt og må således sies å ha avklart hva som er hovedregelen i oppsigelsestiden etter norsk rett.

4.4 Lønnsplikten

Som nevnt tidligere, er hovedregelen at partenes rettigheter og plikter består uforandret ut oppsigelsestiden. I de tilfeller arbeidsgiver har en rett til å frata arbeidstaker arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, kan det imidlertid oppstå uklarheter rundt innholdet i lønnsplikten.

²⁶ Rt.2009 s. 1183 premiss 25

²⁷ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.235 Retten til å fortsette i stillingen ved tvist om oppsigelsen

Både ved rett til å stå i stilling etter aml. § 15-11 og ved suspensjon etter § 15-13 er det forutsatt at arbeidstaker skal beholde sin lønn. I aml § 15-13 er dette formulert som

«Arbeidstaker beholder den lønn vedkommende hadde på suspensjonstidspunktet frem til suspensjonen opphører.»²⁸

Hva som ligger i lønnsbegrepet kan være uklart i de tilfeller arbeidstaker utover sin grunnlønn har tilleggsgoder som f. eks fri telefon, bilgodtgjørelse etc. samt incentivbaserte bonusordninger. Desto større del slike tilleggsgoder og bonusordninger utgjør av arbeidstakerens totale inntekt, desto viktigere blir spørsmålet. Incentivbaserte bonusordninger er normalt avhengig av inntjening, oppnådd salg etc. Dersom arbeidstakeren fratas sine arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, vil han også fratas mulighetene til å gjøre den innsats og oppnå det salg som kan være utløsende for bonuslønnen. For at arbeidsgiver skal ha sin rett i behold til å frata arbeidstaker arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, vil arbeidsgiver være mest tjent med å stille arbeidstaker mest mulig økonomisk som om vedkommende var i arbeid innenfor vanlig arbeidstid.

Det følger av forarbeidene til bestemmelsene om suspensjon at «lønn» skal inkludere faste og variable tillegg som ville blitt utbetalt dersom arbeidstakeren hadde vært i tjenesten.²⁹ Det medfører at arbeidstakeren har krav på bonusutbetalinger og lønnsøkninger som vedkommende ville ha fått hvis han hadde arbeidet. Det må også være et utgangspunkt at arbeidstakeren har rett til overtidsgodtgjørelse for arbeid han kan sannsynliggjøre ville blitt utført hvis han hadde vært i tjeneste. Rene utgiftsgodtgjørelser omfattes imidlertid ikke av lønnsbegrepet. Det betyr blant annet at bilgodtgjørelse som arbeidstakeren ville ha mottatt hvis vedkommende var i arbeid og kjørte, faller utenfor lønnsbegrepet.

²⁸ Aml. §15-13

²⁹ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.253 20.4.6 Lønn

4.5 Hvorfor rett og plikt til arbeid?

Som tidligere nevnt, er standpunktet om at arbeidstakerne også har en rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden ikke uten videre opplagt. I juridisk teori har begge standpunkter vært hevdet. Begrunnelsen for at arbeidstaker ikke skulle ha rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden er at hensynet til arbeidstakers velferd og økonomi ikke gjør seg særlig sterkt gjeldende når vedkommende beholder lønnen i oppsigelsestiden. Imidlertid vil hensynet til å beholde lønnen også kunne være et moment i de tilfeller arbeidstaker har en høy incentivbasert lønn som ikke utløses uten at vedkommende faktisk får utføre sine arbeidsoppgaver.

Det kan videre være relevant å se hen til de momenter som begrunner en rett til å stå i stillingen utover oppsigelsestiden etter aml. § 15-11 i den grad de kan være relevante for å begrunne den samme retten i oppsigelsestiden. Hensynet til å sikre kontinuitet i arbeidsforholdet kan tenkes å få betydning, om enn i mindre grad og på en annen måte enn i tvistesituasjonene etter aml. § 15-11. Når det ikke er tvist om oppsigelsen, er det konkrete arbeidsforholdet under avvikling i oppsigelsestiden. Hensynet til kontinuitet i dette arbeidsforholdet er dermed ikke aktuelt på samme måte som ved retten til å stå i stillingen ved tvist om oppsigelsen. Imidlertid gjør hensynet til å sikre kontinuitet i arbeidsaktiviteten seg gjeldende.

Videre kommer hensynet til den ideelle verdien av å være i arbeid. Disse hensynene gjør seg ikke bare gjeldende i oppsigelsestiden, men også i det løpende arbeidsforholdet. Betydningen av den ideelle verdien av å være i arbeid illustreres blant annet av en kjennelse i RG.1991 s. 1106. Kjennelsen gjaldt en bankdirektør som ble fritatt for arbeidsplikt i oppsigelsestiden på fem måneder. Han krevde å få utføre arbeid i oppsigelsestiden. Retten vektla blant annet følgende velferdsmessige konsekvenser for arbeidstakeren da de ga bankdirektøren fullt medhold og rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden:

”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 lønn og arbeidsadgang med alle rettigheter enn utelukkende å ha lønn med økono-

*miske 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.*³⁰

Med andre ord så legger retten vekt på den personlige påkjenning av ikke å få utføre arbeid. I flere avgjørelser har også arbeidstakers muligheter for å vedlikeholde sin kompetanse vært sentral. I en anke som Borgarting lagmannsrett forkastet³¹ la Moss tingsrett i en kjennelse fra 7. september 2010 til grunn at:

*”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.*³²

*En lengre utestenging 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.*³³

Dermed er det mange ideelle hensyn som kan vektlegges, hensynet til arbeidstakers omdømme, risikoen for å lide profesjonelt tap, betydningen av å opprettholde og videreutvikle sin kompetanse også i oppsigelsestiden. Man kan si at sosiale hensyn tilsier at man får arbeide.

Til slutt kommer også den samfunnsmessige betydningen av at flest mulig er i arbeid og at arbeidskraft ikke ligger brakk.

³⁰ Rg.1991 s.1106(1116)

³¹ Lb-2010-160933

³² TMOSS-2010-104207-1

³³ TMOSS-2010-104207-1

5 HVA OMFATTER RETTEN OG PLIKTEN TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN?

5.1 Styringsretten generelt og i oppsigelsestiden

Hva som ligger i arbeidstakers rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden må nærmere defineres. Arbeidstaker kan ikke settes til å gjøre hva som helst. Grunnpregstandarden ble utarbeidet av Kristen Andersen. Her uttaler Andresen at det bør *”være hevet over enhver tvil at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med”*.³⁴

Som det er konkludert med tidligere, er det rettslige grunnlaget for retten til å utføre arbeid fortsatt arbeidsavtalen, som består uendret i oppsigelsestiden. Legges dette til grunn, må det innebære at arbeidstaker fortsatt har rett til å utføre de oppgaver som ligger til stillingen og som følger av arbeidsavtalen.

Dette utgangspunktet støttes av forarbeidene til aml. § 15-11 om retten til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsen så lenge behandlingen av oppsigelsessaken pågår. Uttalelsene i forarbeidene må derfor gjelde desto mer for arbeidstakers rett og plikt til arbeid i oppsigelsestiden. Det heter seg i forarbeidene:

*”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, arbeidssted, arbeidstidens plassering, arbeidsorganisatorisk plassering med videre, kan arbeidsgiver fortsatt gjøre mens arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling.”*³⁵

³⁴ Se Kristen Andersen, fra arbeidslivets rett(1967) s.101

³⁵ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.336 kap.15 til §.15-11 opphør av arbeidsforhold

Utgangspunktet er at arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett har rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Dette kan vi kalle beslutninger om arbeidets gang. Inn under styringsretten går også beslutninger om hvem som skal være knyttet til bedriften. I dette ligger retten til å bestemme hvem som skal tilsettes, og beslutninger om oppsigelse og avskjed av arbeidstakeren, herunder om stillinger skal opprettes eller opprettholdes.³⁶ Arbeidsgivers styringsrett kan imidlertid være begrenset av det som er avtalt i arbeidstakers arbeidsavtale, av lovtekst, etablert praksis/sedvane eller som følge av tariffavtaler.³⁷

Nøyaktig hvilke tiltak som kan gjennomføres i kraft av styringsretten, må derfor bero på en vurdering av den konkrete arbeidssituasjonen og arbeidskontrakten. I arbeidskontrakten skal det være opplyst hvilken stilling arbeidstakeren har, og eventuelt hvilke arbeidsoppgaver arbeidstaker skal utføre.

I Rt.2000 s. 1602 beskriver Høyesterett styringsretten slik:

«Arbeidsgiver har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.»³⁸

Og videre i Rt.2001 s. 418 Kårstødommen uttaler Høyesterett:

«Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må

³⁶ Se Kristen Andersen, fra arbeidslivets rett (1967) s.149

³⁷ Styringsrett og restkompetanse av Stein Evju, 2010 s.55

³⁸ Rt.2000 s.1602(1609)

foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.» Se også Rt.2011 s. 841.³⁹

At arbeidstakeren er i oppsigelsestid, gir som hovedregel ikke arbeidsgiveren noen større mulighet til å endre arbeidstakerens arbeidsoppgaver enn det som er tilfellet i et ikke oppsagt arbeidsforhold. Arbeidsgiveren kan dermed ikke ensidig pålegge arbeidstakeren å fratre i oppsigelsestiden, mot å fortsette å betale lønn.

Et spørsmål i den forbindelse er om styringsretten og endringsadgangen er/blir noe utvidet i oppsigelsestiden ut fra den betraktning at justeringer ut fra hensynet til situasjonen vil måtte godtas så langt disse ikke foretas for å omgå det vern som ligger i retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Omstendighetene i en oppsigelsessituasjon vil nødvendigvis være annerledes enn i et løpende arbeidsforhold i og med at arbeidsforholdet etter oppsigelse skal opphøre. Siden styringsretten er dynamisk i sitt innhold og avhengig av situasjonen, tilsier rimelighetshensyn at styringsretten følgelig vil kunne være annerledes i en oppsigelsestid enn i det løpende arbeidsforholdet. Denne ”justeringen” av styringsretten skjer imidlertid i kraft av det forhold at arbeidsforholdet går mot en avslutning og av hensynet til situasjonen. Dermed innebærer den ikke noe mer enn det selvsagte i at styringsrettens innhold aldri er konstant, men heller noe som må vurderes konkret i den gitte situasjonen.

Også for styringsretten i oppsigelsestiden er utgangspunktet at en arbeidstaker som er oppsagt, ikke behøver å finne seg i større endringer i arbeidets innhold enn han ellers måtte ha gjort.

5.2 Særlig om adgang til endringer og omplassering

Står det i arbeidsavtalen hva slags arbeid arbeidstakeren skal gjøre, kan ikke arbeidsgiveren pålegge arbeidstakeren å gjøre annet arbeid unntatt når det er helt nødvendig. Over tid for-

³⁹ Rt.2001 s.418(427)

andrer imidlertid forholdene seg slik at mange jobber gradvis endrer innhold. Slikt arbeid med endret innhold har normalt ikke en arbeidstaker rett til å nekte å utføre så lenge endringen ikke innebærer at arbeidsforholdets grunnpreg eller hovedinnhold endrer seg.

Det er ikke mulig å gi noen konkret veiledning på hvor grensen for arbeidsgivers styringsrett går. Den nærmere grensen for arbeidsgivers styringsrett må derfor fastlegges konkret i hvert enkelt tilfelle. Eksempler fra rettspraksis kan bidra til å belyse vurderingstemaet og grensedragningen som må foretas i så måte.

I NAD-1984-442 var en dame ansatt på et sykehjem. I arbeidsavtalen stod det at hun var ansatt som «kjøkken-kokk».⁴⁰ På grunn av samarbeidsproblemer på kjøkkenet, besluttet ledelsen å omplassere henne til vaskeriet på hjemmet. Det nektet hun å gå med på, og ledelsen sa henne opp. Saken endte i Eidsivating lagmannsrett. Retten fant hennes ordrenektelse berettiget, og ga henne medhold i at oppsigelsen var usaklig.

Motsatt konklusjonen ble det i en dom fra Eidsivating lagmannsrett 06.05.83. En dame var ansatt som sekretær i en av divisjonene i Norsk Hydro. Hun skulle primært hjelpe direktøren, men også bistå andre i divisjonsledelsen. Hun nektet å gjøre skrivejobber for andre. Hydro valgte da å si henne opp. Lagmannsretten fant oppsigelsen saklig.⁴¹

Videre nevnes en kjent avgjørelse fra Høyesterett, Jordmordommen, inntatt i Rt.1964 s. 1345. Forholdet her var at fødeavdelingen ved et sykehus ble nedlagt. En jordmor ved fødeavdelingen ble derfor pålagt å tjenestegjøre som assistentsykepleier i oppsigelsestiden. Høyesterett kom til at sykehuset ikke hadde adgang til å pålegge henne slikt arbeid, og mente at arbeidet som jordmor ved sykehuset atskilte seg markert fra sykepleierarbeidet, slik at det ikke gjaldt overføring til et likeartet arbeid.⁴²

⁴⁰ NAD-1984-442

⁴¹ NAD-1981-619

⁴² Rt.1964 s.1345(1346,1347)

Tolkes utsagnet fra Høyesterett antitetisk kan man si at så lenge arbeidstaker overføres til likeartet arbeid, må han finne seg i dette. Foreliggende sak gjaldt imidlertid oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Omplasseringsadgangen vil antakelig måtte sies å være videre i de tilfeller oppsigelsen skyldes forgåelser fra arbeidstakers side eller frykt hos arbeidsgiver for at arbeidstaker skal foreta illojale handlinger i forhold til bedriftens konkurransemessige posisjon.

Sykehuset gjorde også forgjeves gjeldende at hennes krav om lønn i oppsigelsestiden var tapt, fordi hun angivelig ikke hadde stått til disposisjon for sykehuset.⁴³

Jeg mener dommen samtidig illustrer eksempel på et tilfelle hvor man kan si at arbeidstakeren har en rett til *ikke* å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men samtidig motta lønn.

En kjennelse fra Borgarting lagmannsrett av 25. mars 2010 har drøftinger som gjelder omplasseringsadgangen i de tilfeller arbeidstaker selv sier opp sin stilling. Forholdet her var at en daglig leder i en mediebedrift hadde sagt opp sin stilling. Han ble deretter i oppsigelsestiden i stor grad fratatt de fullmakter og oppgaver som lå til stillingen. Han mente dette var et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen og hevet den med umiddelbar virkning. Spørsmålet var blant annet om de endringer styret hadde gjort i hans arbeidsoppgaver lå innenfor styringsretten. Lagmannsretten foretok en konkret vurdering og kom til at endringene lå innenfor styringsretten. Lagmannsretten viste blant annet til at:

”For det første hadde Joramo selv sagt opp sin stilling.(...) For det andre var endringen tidsbegrenset.(...) For det tredje var Joramo daglig leder i selskapet.(...) For det fjerde hadde selskapet et åpenbart behov for å beskytte seg mot illojal aktivitet i oppsigelsestiden. For det femte tilsier hensynet til selskapets virksomhet at i oppsigelsestiden må en daglig leder som har sagt opp, kunne disponeres slik at behovet

⁴³ Rt.1964 s.1345(1347)

*for forretningsmessig kontinuitet ivaretas og slik at selskapets mulighet til fortsatt drift og utvikling ikke blir forringet.*⁴⁴

Som det fremkommer, vektla lagmannsretten en rekke ulike momenter som begrunnelse for at arbeidsgiver i den gitte situasjonen måtte ha en videre styringsrett i oppsigelsestiden. Jeg kommer tilbake til en nærmere redegjørelse av enkeltmomentene senere, men understreker allerede her at også arbeidstakers stillingsnivå vil ha avgjørende betydning.

Dersom arbeidstaker i kraft av sin arbeidsavtale har plikt til å utføre forskjellige typer oppgaver, er det arbeidsgiver som bestemmer fordelingen mellom disse, med mindre det ligger innebygget i arbeidsavtalen at det skal være en viss fordeling av oppgaver. En omfordeling av oppgaver kan i så fall bli så omfattende at oppgavene samlet sett blir vesentlig noe annet enn det som har vært forutsatt. Dersom arbeidsavtalens grunnpreg etter dette blir så vesentlig annet enn det arbeidsavtalen må anses å operere med, så foreligger en endringsoppsigelse.⁴⁵

Ordlyden i arbeidsavtalen er derfor viktig for å fastlegge arbeidsgivers endringsadgang. Arbeidsgiver kan i så måte avtale en forholdsvis vid endringsadgang i ansettelsesavtalen for å øke sin styringsrett på dette området. Likevel må styringsretten og endringsadgangen utøves på grunnlag av visse saklighetsnormer og endringene kan ikke bli så store at arbeidsavtalens grunnpreg forandres totalt.

Selv om omfanget av arbeidstakers plikter i utgangspunktet er klart, må det imidlertid anses forutsatt at vedkommende i noen grad skal utføre andre oppgaver dersom det er behov for dette. I den utstrekning det er tale om å pålegge plikter ut over det som ellers følger av arbeidsavtalen, må dette imidlertid være begrunnet i ekstraordinære behov. I dette ligger at den situasjon som gjør at arbeidsplikten utvides, må være uventet. Det er derfor ikke grunn-

⁴⁴ RG.2010 s.488

⁴⁵ Se Fanebust side.97.

lag for å utvide arbeidsplikten hvis behovene er påregnelige. Bedriften må ha bevisbyrden for at slike ekstraordinære behov foreligger.

I den utstrekning en utvidelse eller endring av arbeidsoppgavene ikke kan begrunnes i ekstraordinære behov hos bedriften, vil endringene bare kunne gjennomføres dersom det er tatt forbehold om slike endringer i ansettelsesavtalen eller det foreligger samtykke fra arbeidstaker eller arbeidsavtalen kan sies opp i sin opprinnelige form. En oppsigelse som har til formål å endre innholdet av en arbeidsavtale, kan betegnes som en endringsoppsigelse. I praksis kan det ofte hefte mye tvil ved om det er tale om en slik oppsigelse eller om det foretas omdisponeringer eller endringer som er lovlige etter de linjer som er trukket opp ovenfor. En omlegging/ending vil imidlertid måtte regnes som en oppsigelse hvis den endrer hovedinnholdet i arbeidsavtalen, eller arbeidsavtalens grunnpreg.

Som eksempel kan nevnes om en kommuneadvokat som ble gitt avskjed etter at han hadde nektet å etterkomme et pålegg som innebar at hans stilling ble flyttet fra rådmannens stab til plan- og utbyggingsavdelingen. Her skulle han forestå juridisk støtte til avdelingen samt ivareta sine tidligere oppgaver i den grad han hadde ledig kapasitet. Endringene lå ikke innenfor arbeidsgivers styringsrett, og avskjeden var derfor uberettiget. Det var heller ikke grunnlag for å si ham opp.⁴⁶

Konklusjonen er etter dette at arbeidstakers rett og plikt til å utføre arbeidsoppgaver, alternativt en rett til ikke å utføre arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, henger nøye sammen med omfanget av arbeidsgivers styringsrett i oppsigelsestiden. Omfanget av styringsretten må fastslås etter en konkret vurdering av en rekke momenter i den gitte situasjonen. Slike momenter vil blant annet være lovteksten, arbeidsavtalen, tariffavtaler, andre avtaler skriftlige og muntlige bestemmende for arbeidsforholdet, praksis ved bedriften, hvilket stillingsnivå den ansatte befinner seg på, hvilken situasjon arbeidsgiver befinner seg i, forholdet til andre ansatte etc.

⁴⁶ LB-2007-146215-2

5.3 Mislighold av arbeidsavtalen – grensen mot ordrenekt

Som vist ovenfor,⁴⁷ går den som tar arbeid hos en arbeidsgiver, samtidig med på at arbeidsgiveren skal lede arbeidet og fordele arbeidsoppgavene. Arbeidstakeren aksepterer altså å ta ordre fra arbeidsgiveren. Nekter han å adlyde ordre, bryter han arbeidsavtalen. Konsekvensen blir ofte at arbeidsgiveren kan si ham opp eller avskjedige ham.

Den rettspraksis som er referert i avsnittene ovenfor, viser at det er den av partene som tar feil i sin vurdering av om man er innenfor eller utenfor styringsrettens grenser, som samtidig misligholder arbeidsavtalen. Er man utenfor styringsrettens grenser, er arbeidstaker berettiget til å nekte å utføre ordre med den konsekvens at arbeidsgiver ikke kan si opp eller avskjedige den ansatte. Dette gjelder også i de tilfeller hvor den ansatt er i oppsigelsestid. Det betyr at dersom arbeidstakeren er i oppsigelsestiden når arbeidsgiver ønsker å utføre endringer i arbeidsforholdet, vil arbeidstaker kunne nekte å utføre de pålagte endringene, fastholde sin opprinnelige stilling og ha krav på full lønn i oppsigelsestiden.

Hvis ordren har preg av ren maktutøvelse eller at arbeidsgiveren gir den for å provosere eller for å sette arbeidstakeren på plass, vil det ikke nødvendigvis kvalifisere for oppsigelse dersom arbeidstakeren nekter å utføre ordren. I den forbindelse vises til RG.2003 s. 1588. Forholdet her var at en ansatt på kjøkkenet til Peppes Pizza i Oslo før en helg fikk beskjed om å lage 80 liter med rømmedressing. Etter rutinene ble slik dressing laget på fredager, slik at restauranten hadde nok for helgen og en tid fremover. Arbeidstakeren ville imidlertid ikke lage mer enn 40 liter, og viste til at det fortsatt stod 60 liter på kjølerommet og at 100 liter var mer enn nok til nødvendig forbruk. Både han og den overordnede sto på sitt, og arbeidstakeren ble til slutt bedt om å forlate bedriften. Arbeidstakerens holdning var klar ordrenekt, men både byretten og lagmannsretten kom likevel til at det ikke kvalifiserte for

⁴⁷ Se pkt.5.1.

oppsigelse.⁴⁸ Grunnen var at miljøet og stemningen i bedriften var svært dårlig og at ordrenesituasjonen etter domstolens syn oppstod som følge av det dårlige miljøet.

6 UNNTAK FRA ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN

6.1 Utgangspunkt

Spørsmålet om arbeidstaker kan fratras retten til arbeid i oppsigelsestiden, er som vist ovenfor,⁴⁹ ikke direkte løst av lovgiver. I og med at loven ikke tar stilling til problemstillingen, er det naturlig å søke å finne svar i rettspraksis. Som vist ovenfor, er det også en glidende overgang mellom de endringer arbeidsgiver kan gjøre i forhold til arbeidsoppgavene i kraft av styringsretten og til det og helt kunne frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Eldre rettspraksis har ikke vært helt klar på om det er adgang for arbeidsgiver til å pålegge arbeidstaker å fratre under oppsigelsestiden, og hva som i så fall skal til for å kunne gjøre det. Spørsmålet har tidligere vært oppe i rettspraksis flere ganger, men med divergerende resultater. Den helt sentrale avgjørelsen på området kom ved Investeringsrådgi-verkjennelsen Rt.2009 s 1183 hvor Høyesterett for første gang tok stilling til spørsmålet. Dette er senere fulgt opp i nyere rettspraksis. Jeg vil derfor gå nærmere gjennom vurderingene i Investeringsrådgi-verkjennelsen.

6.2 Investeringsrådgi-verkjennelsen – Rt.2009 s 1183

Investeringsrådgi-verkjennelsen gjaldt en investeringsrådgi-ver som ble sagt opp og samtidig pålagt å fratre med umiddelbar virkning, men med rett til lønn og lignende goder ut oppsigelsestiden. Investeringsrådgi-veren krevde imidlertid å få arbeide i oppsigelsestiden og begjærte midlertidig forføyning med krav om gjeninntreden. Arbeidstakeren var medeier i

⁴⁸ RG.2003 s.1588

⁴⁹ Se pkt.2.2

firmaet med en andel på 20 %. Både kundene hans og de øvrige eierne var misfornøyde med arbeidsprestasjonene hans, og på grunnlag av den sensitive bransjen ønsket arbeidsgiver ikke å motta arbeidsytelser fra arbeidstakeren i oppsigelsestiden.

Høyesterett begynner med å slå fast det de anser for å være rettslig utgangspunkt og hovedreglen om arbeidstakers rett til arbeid i oppsigelsestiden. Om dette uttaler ankeutvalget blant annet følgende i premiss 25:

”Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden.”⁵⁰

Lagmannsretten foretok i sin vurdering en slutning fra det mer til det mindre i form av:

”Det selvsagte utgangspunkt er at en oppsagt arbeidstaker har rett til å stå i 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 oppsigelsesfristen. 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.”⁵¹

Ankeutvalget tok videre utgangspunkt i urimelighetsvurderingen etter aml. § 15-11 (2) og uttaler om dette:

”Vurderingstemaet her må være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor

⁵⁰ Rt.2009 s.1183 premiss 25

⁵¹ RG.2009 s.945

oppsigelseiden må kreves at det foreligger særlig tungtveiende grunner som taler for det. ”⁵²

Ankeutvalget slutter seg til lagmannsrettens vurdering av at det skal mer til for å utestenge arbeidstakeren i oppsigelsestiden enn etter aml. § 15-11 (2).⁵³

Videre la Høyesterett vekt på rettspraksis, RG.1996 s. 202, og sluttet ut i fra dette i premiss 27 at selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det:

”unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jf RG-1996 s.202. ”⁵⁴

RG.1996 s. 202 er Butikk Design-kjennelsen. Høyesterett må ved sin henvisning til nevnte lagmannsrettskjennelse sies å gi sin tilslutning til de resonnementer lagmannsretten bygger på i RG.1996 s. 202. Det er derfor nødvendig med en grundigere analyse av kjennelsen nedenfor. Jeg kommer tilbake til dette i neste punkt.

I Investeringsrådgiwerkjennelsen legger Høyesterett/ankeutvalget videre til grunn i premiss 29 at *”lagmannsretten har tatt et riktig rettslig utgangspunkt og vurdert de relevante momenter.* ”⁵⁵

Det er derfor nødvendig også å se nærmere på de vurderinger lagmannsretten har foretatt i RG.2009 s. 945. Lagmannsretten legger i sin vurdering vekt på arbeidets karakter og ser det slik at As stilling og Xs virksomhet har en slik karakter at det må gjøres unntak fra ut-

⁵² Rt.2009 s.1183 premiss 26

⁵³ Rt.2009 s.1183 premiss 28

⁵⁴ Rt.2009 s.1183 premiss 27

⁵⁵ Rt.2009 s.1183 premiss 29

gangspunktet om at arbeidstakeren har krav på å få utføre arbeid i oppsigelsestiden. Lagmannsretten peker på at det ikke bare er en:

”stilling som virksomhetens øverste leder som er relevant, men også stillinger som har preg av nøkkelpersonell i virksomheten, noe As stilling utvilsomt hadde.”⁵⁶

Lagmannsretten legger videre stor vekt på behovet for tillit og bemerker i den forbindelse følgende:

”As opptreden i forbindelse med de oppgaver han hadde i X, har medført at hans partnere har fått redusert tillit til ham og hans evne til å løse de oppgaver han har hatt i selskapet. Det er ikke anført at det foreligger noen form for misligheter eller illojalitet fra As side. 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, med den risiko dette ville medføre for betydelige skadevirkninger for X, som operer i en bransje hvor tillit er en avgjørende faktor. Selv om det i den foreliggende saken bare er tale om gjeninntreden for en kort periode, kan det etter rettens vurdering ikke utelukkes at en slik midlertidig forføyning som A har begjært, ville kunne true Xs eksistens.”⁵⁷

Ankeutvalget fant ikke grunn til å endre på avgjørelsen til lagmannsretten. Høyesteretts uttalelse er videre uforbeholden, klar og enstemmig. Kjennelsen vil derfor ha stor rettskildemessig vekt da den langt på vei har avklart hva som er hovedregelen om arbeidstakers rett til arbeid i oppsigelsestiden eller det motsatte, arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

⁵⁶ RG.2009 s.945

⁵⁷ RG.2009 s.945

Ankeutvalget har kommet frem til at det kan tenkes unntak fra hovedregelen om arbeidstakers rett til arbeid i oppsigelsestiden, hvor ”særdeles tungtveiende grunner” taler for det. Hva som er ”særdeles tungtveiende grunner” må imidlertid avgjøres konkret i det enkelte tilfelle. Her vil momenter som hvem av partene som har sagt opp, hvorfor parten har gått til oppsigelse, hvilken type virksomhet, hvilken type stilling arbeidstakeren har nøkkelperson eller underordnet, risikoen for illojal eller konkurranseskadelig atferd fra arbeidstakeren etc. være argumenter av betydning.

6.3 Butikk Design-kjennelsen – RG.1996 s. 202

Kjennelsen gjaldt en arbeidstaker i underordnet stilling som ble sagt opp. Arbeidsgiver betalte lønn, men nektet å motta arbeidstakerens arbeidskraft. Han fremmet begjæring om midlertidig forføyning med krav om å få stå i stillingen i oppsigelsestiden.

Spørsmålet var om arbeidsgiver oppfylte plikten til å la arbeidstaker stå i stillingen ved bare å utbetale lønn eller om arbeidstakeren også hadde rett til arbeid. Lagmannsretten påpeker at loven forholder seg taus til problemstillingen, og at det heller ikke kan utledes noen løsning basert på forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977. Etter å ha gått gjennom juridisk litteratur på området, samt forarbeider til endringer i arbeidsmiljøloven angående retten til å stå i stilling og om suspensjon med lønn, kom lagmannsretten til at:

”hovedregelen må være at retten til å stå i stilling ikke bare omfatter rett til lønn, men også rett til å utføre arbeid.”⁵⁸

Deretter går lagmannsretten over til å åpne for unntak i visse situasjoner. Det fremgår ikke nærmere hvilket rettslig grunnlag lagmannsretten baserer unntakene på. Det virker imidlertid som om retten har tatt utgangspunkt i de samme reelle hensyn som ligger til grunn for adgangen til å kunne idømme fratreden etter aml. § 15-11 eller gi pålegg om suspensjon

⁵⁸ RG.1996 s.202(209)

med lønn etter aml. § 15-13. Selv om bestemmelsene ikke direkte gjelder for arbeid i oppsigelsestiden, kan de ses som utslag av mer overordnede hensyn.

Lagmannsretten poengterer videre at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Den konkrete vurderingen av faktum i saken ga etter lagmannsrettens vurdering ikke grunnlag for å utestenge arbeidstaker fra å utføre arbeid. Retten la avgjørende vekt på stillingens underordnede nivå. Retten så det slik at det ikke forelå forhold ved utførelse av arbeidet av en slik karakter at det var grunnlag for utestengning. Det forelå heller ikke alvorlige problemer eller stor økonomisk risiko for bedriften ved å la arbeidstaker utføre arbeid mens saken pågikk.

6.4 Borgarting lagmannsrett kjennelse av 25. oktober 2010-LB-2010-160933

Denne saken er det tidligere vist til ovenfor under pkt. 4.5.

Saken gjaldt oppsigelse av en overlege ved Sykehuset Østfold Moss. Overlegen hadde 6 måneders oppsigelsestid, men ble pålagt å fratrukke umiddelbart. Overlegen krevde midlertidig forføyning for sitt krav, som var å få utføre arbeid i oppsigelsestiden.

Arbeidsmiljøet på Sykehuset Østfold ble omtalt som et ”væpsebol” og det ble hevdet at overlegen var en faktor. Lagmannsretten tok utgangspunkt i at arbeidstaker har et krav på å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men bemerket at det i høyesteretts rettspraksis, Rt.2009 s. 1183, unntaksvis er adgang til å frata vedkommende arbeidsoppgavene. Det vises til uttalelsen i Rt.2009 s 1183 om at det kan være akseptabelt dersom det foreligger ”særlig tungtveiende grunner som taler for det”.

Videre vises det til at Rt.2009 s. 1183 *”Av avsnitt 28 og 29 følger det at vurderingen tar utgangspunkt i vurderingstemaet etter aml. § 15-11, med at det kan legges til grunn at ar-*

*beidstakerens rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter.*⁵⁹

Lagmannsretten fant ikke grunnlag for å pålegge overlegen skylden for samarbeidsproblemene mellom de ansatte, og uttaler at hun ellers er å anse som en ”dyktig kirurg”. Lagmannsretten kommer videre til at det ikke hadde vært fare for pasientsikkerheten. I den forbindelse bemerker lagmannsretten følgende:

*”Etter lagmannsrettens syn må det vurderes konkret om manglende etterlevelse av sykehusets rutiner, retningslinjer og konkrete pålegg medfører fare for pasientsikkerheten. Det kan ikke være slik at ethvert brudd representerer en slik fare. Dette betyr ikke at lagmannsretten anser at det er opp til den enkelte lege å avgjøre om rutiner mv skal følges. Men ved vurderingen av om det er tilstrekkelig tungtveiende grunner til å utestenge A fra arbeidet i oppsigelsestiden, må det vurderes konkret om hennes opptreden har medført fare for pasientsikkerheten. Lagmannsretten finner det ikke sannsynliggjort at de avvik/brudd som det er tale om, har skapt fare for liv eller helse eller økt risiko for feil og komplikasjoner. Det kan ikke ses å foreligge brudd på noen sikkerhetsinstruks eller lignende.”*⁶⁰

Vi ser med andre ord at vurderingstemaet fra Rt.2009 s. 1183 om ”særdeles tungtveiende grunner” videreføres. I den konkrete saken var det imidlertid ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for å nå kravet om ”særdeles tungtveiende grunner”. Det underbygger at det skal forholdsvis mye til for at arbeidsgiver skal kunne utestenge en arbeidstaker i oppsigelsestiden.

En stilling som overlege krever generelt en høy grad av tillit. Arbeidsgiver hadde i dette tilfellet mange konkrete episoder som ga grunn til å tvile på tilliten. Retten så det imidlertid

⁵⁹ LB-2010-160933

⁶⁰ LB-2010-160933

slik at det var forholdet til pasientsikkerheten som var det viktigste hensynet og at det var avgjørende om dette hensynet var ivarettatt.

6.5 Fremmed rett

Det kan også være fruktbart å se hen til hvorledes fremmed rett har løst tilsvarende problemstillinger. Utfordringen her er imidlertid at det på arbeidsrettens område kan være store variasjoner mellom de forskjellige lands regler. Grunnen til variasjonene kan være at de forskjellige landene velger å ivareta forskjellige hensyn og formål i sin lovgivning. I Norge står stillingsvernet tradisjonelt særdeles høyt og arbeidsmiljøloven går langt i å beskytte arbeidstakeren. Den vekt man legger på fremmed rett, må derfor avveies i forhold til hvor stor grad av rettsenhet det ellers finnes på området mellom det aktuelle land og Norge.

I Sverige har lovgiver valgt å lovfeste arbeidsgiver og arbeidstakers rettigheter og plikter i oppsigelsestiden. I den svenske lag om anställningsskydd(LAS) § 12 lyder som følger:

”En arbetstagare som har blivit uppsagt har rätt att under uppsägningstiden behålla sin lön och andra anställningsförmåner även om arbetstagaren inte får några arbetsuppgifter alls eller får andre arbetsuppgifter än tidigare.”⁶¹

Dermed åpner lovteksten for at en arbeidstaker i Sverige ikke nødvendigvis har en ubetinget rett til å arbeide i oppsigelsestiden.

I Danmark har lovgiver ikke løst problemstillingen. Dansk rettspraksis løser imidlertid spørsmålet på samme måte som svensk rett. Det betyr at arbeidsgiver kan fritta den ansatte for arbeidsplikt, forutsatt at det betales lønn i oppsigelsestiden.⁶²

⁶¹ Lag(1982-80) om anställningsskydd

⁶² Jan Tormod Dege (2003)s.448-449 Kap.23

Også i engelsk rett er spørsmålet uløst. I motsetning til svensk og dansk rett, synes imidlertid engelsk rettspraksis å forutsette at arbeidstaker har rett til arbeid i oppsigelsestiden. Engelsk rettspraksis er derfor mer på linje med norsk rettspraksis og legger mer vekt på retten til arbeid i oppsigelsestiden enn svensk og dansk rett gjør.

6.6 Prinsippene i arbeidsmiljøloven § 15-11 om retten til å stå i stilling

6.6.1 Generelt

Jeg har tidligere redegjort for at ankeutvalget i Rt.2009 s. 1183 åpnet for unntak fra retten til å utføre arbeid.⁶³ I den forbindelse ble det uttalt følgende om det vurderingstema som skulle legges til grunn:

”Vurderingstemaet må her i utgangspunktet være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgaver innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligger særlig tungtveiende grunner som taler for det.”⁶⁴

Med andre ord så skal vurderingstemaet være det samme som ved vurderingen etter aml. § 15-11 (2), men slik at det i en vurdering skal mer til for å utestenge arbeidstaker i oppsigelsestiden enn for å idømme fratreden fra retten til å stå i stilling, jfr. begrepet *”særdeles tungtveiende grunner”*.

Selv om det ikke er snakk om en direkte eller analogisk anvendelse av aml. § 15-11, ser vi at vurderingstemaet etter aml. § 15-11 likevel danner grunnlaget for vurderingen av om arbeidsgiver kan utestenge arbeidstaker i oppsigelsestiden. Det er derfor relevant for avhandlingens tema å redegjøre nærmere for retten til å stå i stillingen og adgangen til å idømme fratreden etter aml. § 15-11.

⁶³ Se pkt.6.2.

⁶⁴ Rt.2009 s.1183 premiss 26

Av forarbeidende fremkommer det blant annet følgende om retten til å fortsette i stilling ved tvist om oppsigelse:

”Det er to hovedhensyn som ligger til grunn for regelen. For det første sikrer den kontinuitet i arbeidsforholdet og gjør det lettere for arbeidstaker å fastholde stillingen dersom oppsigelsen senere blir kjent ugyldig. For det andre bidrar den til å verne om arbeidstakers inntekt i den perioden saken behandles. Siktemålet er likevel ikke bare at arbeidstaker skal ha rett til lønn, men også rett til fortsatt å få utføre arbeid i oppsigelsestiden og inntil tvisten er avgjort. Retten til å fortsette i stillingen er ikke absolutt.”⁶⁵

Forarbeidene gir anvisning på en streng urimelighetsnorm. Hovedregelen skal være at arbeidstakeren blir stående i jobben. Det er presisert at arbeidsgivers begjæring om fratredelse bare unntaksvis skal tas til følge. Forarbeidene understreker likevel at retten må kunne ta hensyn til vektige innvendinger fra arbeidsgivers side.

Om urimelighetsvurderingen er det videre uttalt følgende i forarbeidene blant annet følgende om selve urimelighetsvurderingen:

*«...være naturlig å skille mellom de tilfeller hvor **oppsigelsen er begrunnet** i disiplinære forhold og lignende og tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i bedriftens forhold. Skyldes oppsigelsen en forgåelse fra arbeidstakers side for eksempel bør retten i alminnelighet ta et krav om at han skal fratredelse under sakens behandling til følge. Forutsetningen er at den påståtte forgåelse er av en slik art at den kan gi saklig grunn for oppsigelse. Skyldes derimot oppsigelsen forhold ved bedriften, som f. eks rasjonalisering, driftsinnskrenkning for eksempel bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratredelse.”⁶⁶*

⁶⁵ Ot.prp. Nr.49(2004-2005)19.1 s.235 Retten til å forsette i stillingen ved tvist om oppsigelse

⁶⁶ Ot.prp. Nr.41(1975-1976) s.75 Arbeidervern og arbeidsmiljø

Forarbeidene gir således en anvisning på at utfallet av urimelighetsvurderingen skal bli forskjellige avhengig av *hvilket grunnlag oppsigelsen har*. Denne sontringen er ikke oppfattet som absolutt verken i rettspraksis eller i teorien.

De samme reelle hensyn som begrunner adgangen til å idømme fratreden etter aml. § 15-11 eller pålegg om suspensjon etter aml. § 15-13 kan således danne grunnlag for at arbeidstaker kan nektes å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

I Rt.2004 s.1413 uttaler Høyesterett om aml. § 15-11s forgjenger:

*”Det sentrale ved vurderingen av om de strenge krav til urimelighet i aml. § 61 nr 4 annet ledd er oppfylt, er konsekvensene for arbeidstaker og for bedriften ved at arbeidstaker hhv ikke fratrer eller må fratre mens oppsigelsessaken behandles av domstolen. Følgene for andre arbeidstakere i bedriften, og om noen av disse må fratre eller permitteres, må trekkes inn.”*⁶⁷

I rettspraksis er det lagt vekt på om arbeidsgiver har hatt *muligheter for alternativ plassering* av arbeidstaker eller om andre arbeidsoppgaver eksisterer. Den *økonomiske konsekvensen* for partene har også vært ansett som relevante hensyn. Det vil også være relevant om fortsettelsen bidrar til at *andre arbeidstakere må permitteres eller andre miljømessige belastninger som går ut over andre arbeidstakere*.

Vi ser derfor at det i forarbeidene poengteres en rekke momenter som vil være relevante ved vurderingen av arbeidstakers rett til å stå i stilling eller arbeidsgivers mulighet for å få arbeidstakers fratreden.

⁶⁷ Rt,2004 s.1413 premiss 20

Formålet med retten til å stå i stillingen er å gjøre det enklere for arbeidstakeren å fortsette arbeidsforholdet i de tilfelle domstolene dømmer oppsigelsen ugyldig. Retten til å stå i stilling kan i mange tilfeller påføre arbeidsgiveren en stor kostnad og store ulemper, for eksempel hvis arbeidstakeren er en belastning for arbeidsmiljøet. I praksis er retten til å stå i stillingen ofte avgjørende for arbeidsgiverens vilje til å inngå forlik i tvister om gyldigheten av en oppsigelse. Retten til å stå i stillingen verner blant annet om arbeidstakers inntekt i den perioden saken behandles.

Det er en forutsetning for retten til å stå i stilling at arbeidstakeren nedlegger påstand om at oppsigelsen skal kjennes ugyldig. Det innebærer at oppsigelsen skal settes til side og arbeidstaker i kraft av dommen kan gjeninntre eller fortsette i stillingen. I de tilfeller hvor det bare reises søksmål med krav om erstatning, gjelder ikke retten til å fortsette i stillingen, og arbeidstaker må fratrudd ved utløpet av oppsigelsestiden. I forarbeidene er det uttalt at retten i slike tilfeller uten videre må ta et krav om fratredens til følge.⁶⁸ Dette kan ikke forstås slik at arbeidsgiver uansett må kreve kjennelse for fratredens.

6.6.2 Særlig om fratredens etter aml. § 15-11 (2)

Arbeidsgiveren kan på sin side be domstolen avsi kjennelse for at arbeidstakeren likevel må fratrudd tidligere. Vilkåret for at en slik fratredelsesbegjæring skal tas til følge, er at:

«retten finner det urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling».⁶⁹

Nevnte urimelighetsvurdering som skal foretas etter aml. § 15-11 (2) er således noe annet enn de ”særlige tungtveiende grunner” som må foreligge for at arbeidsgiver kan fratrudd arbeidstaker retten til arbeid i oppsigelsestiden.

⁶⁸ Ot.prp. Nr.41(1975-1976) s.75 Arbeidervern og arbeidsmiljø

⁶⁹ Aml.§15-11(2)

Selv om utgangspunktet er at en arbeidstaker har rett til å utføre de funksjoner som hører under stillingen, innebærer ikke retten til å stå i stillingen noen innskrenkning i arbeidsgivers alminnelige styringsrett. De endringer som arbeidsgiver kan foreta før oppsigelsen med hensyn til arbeidsoppgaver, ansvarsforhold, arbeidssted, arbeidstidens plassering, innplassering etc. kan arbeidsgiver fortsatt gjøre mens arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling. Visse justeringer ut fra hensynet til situasjonen vil sannsynligvis også kunne godtas, så fremt disse ikke foretas for å omgå det vern som ligger i retten til å fortsette i stillingen. Dersom arbeidsgiver mener det er problematisk å ha den ansatte i stillingen, må adgang til å kreve fratreden benyttes. Aml. § 15-11 andre ledd annet punktum bestemmer at domstolen etter krav fra arbeidsgiver kan bestemme at arbeidstaker likevel skal fratre dersom det finnes urimelig at arbeidstaker fortsetter i stillingen mens oppsigelsessaken pågår. Arbeidsgiver vil fra og med varsel om søksmål kunne kreve kjennelse for fratreden.

Domstolene skal avgjøre spørsmålet om fratreden etter en konkret helhetsvurdering ut fra forholdene når kjennelsen avsies, jfr. Rt.2004 s.1413.⁷⁰ I Rt.1987 s. 692 ble det ansett som en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde vurdert de innvendinger som arbeidsgiver hadde fremsatt i forhold til arbeidstakers atferd i tiden etter oppsigelsen.

Urimelighetsnormen er uforandret fra rettspraksis etter aml. 1977 og under ny aml. I 2005. I Rt.2000 s. 1958 er rettstilstanden oppsummert slik at det vil:

«bero på en samlet vurdering hvor en rekke hensyn spiller inn, herunder en avveining mellom partenes respektive interesser i en fratreden, bakgrunnen for oppsigelsen (omklasseringene), sakens sannsynlige utfall, hensynet til andre berørte arbeidstakere mv.»⁷¹

⁷⁰ Rt.2004 s.1413 premiss 6

⁷¹ Rt.2000 s.1958(1961)

Lagmannsretten tilføyer på dette punkt:

”Selv om det finnes urimelig at arbeidsforholdet fortsetter under saken, har arbeidsgiver ikke automatisk krav på at den oppsagte skal fratre. Det kan således innfortolkes tilfeller hvor arbeidsgiveren må tåle at arbeidsforholdet fortsetter under saken selv om dette virker urimelig. Det vises videre til at pålegg om fratreden bare skal skje unntaksvis, og at det skal mye til før fratreden kan pålegges. Endelig vises til at fratreden bare sjelden vil være aktuelt dersom oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgiversiden, jfr. Rt.1984 s. 400. I en slik situasjon må det kunne påvises klare forhold før det blir aktuelt å pålegge arbeidstaker å fratre under sakens behandling.”⁷²

6.7 Suspensjon og permittering

Suspensjon innebærer at arbeidstakeren midlertidig fratras sin rett til å arbeide, men beholder lønnen sin. Suspensjon er hjemlet i aml. § 15-13. Det følger av nevnte bestemmelse at arbeidsgiveren må ha grunn til å anta at arbeidstakeren har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed. Suspensjon ligger derfor i tid forut for en eventuell avskjed eller oppsigelse.

Grunnvilkåret i bestemmelsen er formulert som følger:

«Dersom det er grunn til å anta at arbeidstakeren har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed.»⁷³

Avskjed kan gis når arbeidstakeren har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Det innebærer at det må foreligge forhold av mer al-

⁷² Rt.2000 s.1958(1961)

⁷³ Aml.§15-13(1) suspensjon

vorlig karakter, for eksempel økonomiske misligheter og forskjellige type volds og trussel-situasjoner. Hvis de forholdene som påberopes som begrunnelse for suspensjonen, bare kvalifiserer for oppsigelse, er det ikke lovlig adgang til suspensjon. Når det gjelder kravet om «grunn til å anta» følger det at forarbeidene at kravet er oppfylt hvis det foreligger en konkret og begrunnet mistanke om at arbeidstakeren har begått det grove pliktbruddet.⁷⁴

Videre er det et vilkår at «virksomhetens behov tilsier» suspensjon i den aktuelle situasjonen. Dersom det er mulig å finne en annen og mindre drastisk løsning enn suspensjon, f. eks mulighet for midlertidig omplassering av arbeidstaker til annen stilling eller andre arbeidsoppgaver, vil ikke vilkårene for suspensjon være oppfylt.

Skal vi følge Høyesteretts resonnering om at arbeidstakers rett til å arbeide i oppsigelsestiden står enda sterkere enn retten til å stå i stilling etter aml. § 15-11, jfr. Rt.2009 s.1183,⁷⁵ er jeg av den oppfatning at vilkårene for å frata arbeidstaker arbeidsoppgaver i det løpende ansettelsesforholdet ved suspensjon vil være enda strengere enn retten til og frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden. Denne strengere normen er allerede ivaretatt ved at arbeidsgiver må anta at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed. Vil-kårene for avskjed er vesentlig strengere enn vilkårene for oppsigelse.

Som tidligere nevnt vil derfor vurderingstemaet for suspensjon også være relevant i forhold til arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker oppgaver i oppsigelsestiden, selv om det kan være at arbeidsgiver i løpet av de undersøkelser som skal gjøres, kommer frem til at det ikke foreligger tilstrekkelige grunner som tilsier avskjed, men at det foreligger grunner som tilsier oppsigelse. Suspensjonen skal i så fall øyeblikkelig opphøre og arbeidsgiver må følge den fremgangsmåte som arbeidsmiljøloven krever for oppsigelse. De grunner som opprinnelig tilsa suspensjon, vil også kunne tilsa at arbeidstaker fratras sin rett til å arbeide i den påfølgende oppsigelsestiden selv om de viste seg ikke å være tilstrekkelige til å kunne av-

⁷⁴ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.252 kap.20.4.6 Nærmere om vilkår

⁷⁵ Rt.2009 s.1183 premiss 28

skjedige arbeidstakeren. Jeg vil derfor gå litt nærmere inn på omstendigheter som kan tilsi suspensjon, men som senere følges opp med oppsigelse hvor arbeidstakeren blir fratatt retten til å arbeide i oppsigelsestiden.

Behovet for suspensjon kan f. eks oppstå i tilfeller der arbeidstakeren er mistenkt for økonomiske eller andre misligheter i tjenesten, og hvor suspensjon kan være nødvendig for å hindre at arbeidstakeren får anledning til å fortsette med misligheter eller gjøre det vanskeligere for arbeidsgiveren å bevise forholdet. I slike saker vil tilliten til arbeidstaker også være brutt.

Også i saker der det er klart at det har forekommet bruk av vold eller annen sterkt sjikanerende atferd mellom ansatte, kan arbeidsgiveren ha et legitimt behov for at den som mistenkes for å ha begått alvorlige handlinger, ikke er på jobben inntil de faktiske forholdene er nærmere avklart. Ved mistanke om alvorlige straffbare handlinger kan det også fremstå som nødvendig å ta arbeidstakeren midlertidig ut av tjenesten av hensyn til virksomhetens anseelse og tillit.

Sammenlikner vi de vurderingstemaer som skal gjøres etter aml. § 15-13 med de vurderingstemaer Høyesterett har gitt anvisning på og som skal følges for å kunne frata arbeidstaker rett til arbeid i oppsigelsestiden, ser vi at vurderingene i utgangspunktet er de samme ved suspensjon som i de tilfeller det er arbeidsgiver som har funnet grunn til å si opp arbeidstaker på grunn av forhold på arbeidstakersiden i motsetning til forhold på arbeidsgiversiden.

Suspensjon må ikke forveksles med permittering. Permittering innebærer at arbeidstakeren midlertidig fritas fra arbeidsplikten i forbindelse med midlertidige driftsinnskrenkninger eller driftsstans – altså forhold på arbeidsgiverens side.

Permittering er aktuelt hvis arbeidsgiverne midlertidig har et redusert arbeidskraftbehov. Ved permittering fritas partene midlertidig for sine rettigheter og plikter etter arbeidsavta-

len. Arbeidstakeren fritas for sin arbeidsplikt 14 dager etter at permitteringsvarsel er gitt. Arbeidsgiveren fritas for sin lønnsplikt, men slikt fritak gjelder kun etter at arbeidsgiverperioden er omme. Det følger av lov om lønnsplikt under permittering at arbeidstakeren har krav på lønn og annet arbeidsvederlag fra arbeidsgiveren den første tiden etter at permitteringen er iverksatt. Lengden på denne arbeidsgiverperioden varierer avhengig av hvor mye av arbeidstiden som har blitt redusert. Arbeidsgiverperioden er ti arbeidsdager ved hel permittering og ved minst 40 % reduksjon av arbeidstiden.⁷⁶

Vilkårene for permittering er regulert i diverse tariffavtaler. I virksomheter som ikke er bundet av tariffavtaler, vil kravene i praksis være de samme. I Hovedavtalen er det fastsatt vilkår for permittering. § 8-1 lyder:

«Permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften.»⁷⁷

Dersom en av partene finner grunnlag for å si opp arbeidsavtalen under permittering, løper imidlertid ordinær oppsigelsestid slik at arbeidsgivers lønnsplikt inntreffer. Merk imidlertid at dersom arbeidstaker velger å si opp under permittering, så gjelder en oppsigelsesfrist på 14 dager. Årsaken er at det vil være tyngende for arbeidstaker og ikke kunne fri seg fra sin permitterte stilling dersom han har klart å skaffe seg annet arbeid. De grunner som tilsier permittering vil imidlertid også kunne tilsi at arbeidsgiver har ”*særlig tungtveiende grunner*” for å frata arbeidstakeren arbeid i oppsigelsestiden dersom det finner sted en oppsigelse i den perioden arbeidstaker er permittert. Innenfor det begrensede feltet at det er arbeidsgivers forhold som er årsak til oppsigelsen, kan derfor de vurderinger som ligger til grunn for å permittere den ansatte også kunne finne anvendelse for arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden.

⁷⁶ Se lov om lønnsplikt under permittering § 3

⁷⁷ Hovedavtalen LO-NHO §8-1

7 UNNTAK FRA ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å UTFØRE ARBEID I OPPSIGELSESTIDEN

7.1 Rt.1964 s. 1345

Rt.1964 s. 1345 er et eksempel på tilfeller hvor arbeidstaker kan ha en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men like fullt motta lønn.⁷⁸ Arbeidstakers rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden henger således nøye sammen med utøvelse av arbeidsgivers styringsrett. Overtrer arbeidsgiver grensene for sin styringsrett, vil konsekvensen regelmessig være at arbeidstaker ikke har plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men likevel ha krav på lønn. Jeg viser således til det jeg har skrevet tidligere om Rt.1964 s. 1345 som eksempel på tilfeller hvor arbeidstaker har en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden.⁷⁹

7.2 Mislighold og misligholds liknende tilfeller fra arbeidsgivers side

Overtredelse av arbeidsgivers styringsrett innebærer i realiteten at arbeidsgiver misligholder sine plikter etter arbeidsavtalen. Jeg mener derfor at man tilsvarende vil kunne hevde at andre typer mislighold eller misligholds liknende situasjoner fra arbeidsgivers side gir arbeidstaker en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men like fullt ha krav på lønn. Eksempler på mislighold og misligholds liknende situasjoner vil f. eks kunne være at arbeidsgiver ikke sørger for et forsvarlig fysisk eller psykososialt arbeidsmiljø, at arbeidsgiver har trakassert eller mobbet arbeidstaker og arbeidstaker som følge av dette har funnet seg annen stilling og velger å si opp sin stilling hos arbeidsgiver.

Jeg mener et slikt resultat også støttes av alminnelige kontraktsrettslige misligholds prinsipper på andre rettsområder.

⁷⁸ Rt.1964 s.1345(1347)

⁷⁹ Se pkt.5.2 og 2.1 siste avsnitt

7.3 Tilbud om fri fra arbeidsgiver

Det er heller ikke upraktisk at arbeidsgiver tilbyr arbeidstaker « å ta fri » i oppsigelsestiden. I forhold til retten til å stå i stillingen ved tvist om oppsigelsen, har Høyesterett i disse tilfellene lagt til grunn at det foreligger gyldig fravær, og at retten til å stå i stillingen ikke er bortfalt, jfr. Rt.1993 s. 908 hvor to arbeidstakere i oppsigelsestiden fikk tilbud om enten å arbeide med forhøyet provisjon eller ta fri.⁸⁰ Det motsatte gjelder dersom arbeidstaker selv velger å avslutte arbeidsforholdet. Arbeidstaker vil da ikke kunne kreve å komme tilbake før det eventuelt foreligger endelig dom for at oppsigelsen er ugyldig.

8 BETYDNINGEN AV HVEM SOM SIER OPP ARBEIDSAVTALEN

8.1 Oppsigelse fra arbeidsgivers side på grunn av forhold hos arbeidstaker

Jeg har allerede ovenfor i forbindelse med suspensjonsregelen beskrevet at vurderingstemaet for suspensjon også vil kunne være aktuelt i forbindelse med arbeidsgivers rett til å frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden.

Dersom en oppsigelse skyldes forhold hos arbeidstaker, må det nettopp legges vekt på karakteren av de forhold oppsigelsen skyldes. Nettopp forgåelsens karakter ble vektlagt i en kjennelse om fratreden inntatt i Rt.2002 s. 712. Videre er det klart at rettspraksis legger atskillig vekt på om de forhold det dreier seg om er særlig alvorlige.⁸¹

Når forgåelsens karakter skal vektlegges, åpner det for et svært bredt vurderingstema. Det kan dreie seg om ulike typer misligheter som illojalitet, underslag eller ordrenekt. Eller det kan dreie seg om forhold av annen karakter som samarbeidsproblemer, mangler ved arbeidsytelsen eller manglende tillit. Og igjen blir det avgjørende en konkret vurdering i det enkelte tilfelle.

⁸⁰ Rt.1993 s.908(909)

⁸¹ Rt.2002 s.712(714)

Et illustrerende eksempel er Borgarting lagmannsrett av 1.oktober 2010. Forholdet var at en renholdsarbeider ved et sykehus ble oppsagt etter mistanke om to ildspåsettelse, og samtidig pålagt å fratre i oppsigelsestiden. Retten kom til at arbeidstakeren måtte fratre etter aml. § 15-11 (2) og at denne fratreden også måtte gjelde for den gjenværende perioden av oppsigelsestiden.

Domstolen uttaler blant annet at:

”hensynet til pasientenes og de ansatte sikkerhet tilsier at As ønske og behov for å stå stillingen må vike.”⁸²

Med andre ord la retten stor vekt på karakteren og alvorlighetsgraden av arbeidstakernes forgåelser slik at kravet om *”særlig tungtveiende grunner”* med dette var oppfylt.

Kjennelsen innebærer etter min mening også en understøttelse av at det kan være naturlig å trekke en parallell til reglene om suspensjon i aml. 15-13 i de tilfeller oppsigelsen er begrunnet i avskjedslignende forhold, selv om også mindre graverende forhold vil kunne berettiget arbeidsgiver å frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden.

Basert på annen rettspraksis jeg har referert til ovenfor, som ikke har med avskjedslignende tilfeller å gjøre, blant annet Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25. oktober 2010 og Investeringsrådgiwerkjennelsen, kan det synes oppsiktsekkende at klare instruksbrudd ved et sykehus ikke er en særlig tungtveiende grunn, mens dårlig utført arbeid av en investeringsrådgiwerk er det. Imidlertid er det for begge sakenes del andre og mer tungtveiende momenter enn karakterens av arbeidstakers handlinger som har vært utslagsgivende for at man har kommet frem til at *”særlige tungtveiende grunner”* foreligger kun i det ene, men ikke i det andre tilfellet.

⁸² LB-2010-137547

Konklusjonen må være at i de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i avskjedsliknende forhold, trekker karakteren av arbeidstakers handlinger i seg selv i retning av at det foreligger *”særlige tungtveiende grunner”* for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden. Motsatt vil ikke en dårlig utførelse av arbeidsoppgavene være tilstrekkelig til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden.

Mellom disse ytterpunktene finnes forhold på arbeidstakers side som ikke er sterkt klanderverdige eller alvorlige, men som likevel gjelder noe mer enn mangler ved selve arbeidstelsen. Det kan være mangel på tillit mellom partene, samarbeidsproblemer, ordrenekt eller dårlige prestasjoner over lang tid. Ved denne typen forhold vil alvorlighetsgraden av arbeidstakers handlinger sammen med øvrige momenter i saken få avgjørende betydning for vurderingen av om det foreligger *”særlig tungtveiende grunner”*. Et godt eksempel på dette er Investeringsrådgiverkjennelsen⁸³ hvor det var en rekke særegne forhold ved virksomheten som sammen med arbeidstakers forhold gjorde en fratreden i oppsigelsestiden rimelig.

8.2 Oppsigelse fra arbeidsgivers side på grunn av virksomhetens forhold

Ved oppsigelse fra arbeidsgivers side blir arbeidstaker sagt opp på grunn av forhold hos virksomhetens, f. eks på grunn av nedbemanning, restrukturering eller rett og slett at virksomheten skal legges ned.

Det fremkommer av forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, om retten til å stå i stilling at der *”oppsigelsen skyldes forhold ved bedriften, som for eksempel rasjonalisering, driftsinnskrenkning for eksempel, bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fra-*

⁸³ RG.2009 s.945

tre”.⁸⁴ Det fremkommer av forarbeidene til aml. av 2005 at det ikke gjøres noen realitetsendringer på dette punkt.⁸⁵

Høyesterett har imidlertid bl.a. i Rt.2004 s. 1413 ikke tolket uttalelsen som absolutt, men slik at

*”når en oppsigelse er begrunnet i bedriftens forhold, skal det relativt meget til for å pålegge den oppsagte å fratre under saken selv om det for arbeidsgiver må anses urimelig at den oppsagte blir stående i stillingen.”*⁸⁶

Ved fullstendig nedleggelse av virksomheten på grunn av beslutning om nedleggelse, eller på grunn av force majeure tilfeller som ulykker, naturhendelser eller andre uforutsette hendelser som gjør det nødvendig å innstille virksomheten, er det mye som tilsier at arbeidsgiver har en rett til å frata arbeidstaker oppgaver i oppsigelsestiden da slike oppgaver de facto på grunn av den oppståtte situasjon kan være umulig å tilby arbeidstaker. For force majeure-liknende tilfeller er det også gitt en egen unntaksregel i aml § 15-3 (10) om kortere oppsigelsestid på 14 dager dersom driften helt eller delvis må innstilles som følge av hendelsene. Ved midlertidige endringer som sviktende ordrettilgang under dårlige konjunkturer, må imidlertid permitteringsreglene anvendes.⁸⁷

Ved en delvis nedleggelse av virksomhet må mulighetene for en omplassering av arbeidstakeren tas i betraktning. Slik omplasseringsmulighet vil imidlertid ikke alltid foreligge, f. eks i de tilfeller bedriften mister en stor og viktig kontrakt som var hovedbeskjeftigelsen til den aktuelle virksomhetsavdelingen og det heller ikke er noen påregnelig mulighet for å få en tilsvarende kontrakt i nær fremtid. I praksis må denne og liknende situasjoner løses ved at arbeidstaker ikke jobber i oppsigelsestiden eller gjennom en midlertidig omplassering i oppsigelsestiden dersom det finnes muligheter for det. En slik midlertidig omplassering er

⁸⁴ Ot.prp.(1975-1976) s.75 Arbeidervern og arbeidsmiljø

⁸⁵ Ot.prp.(2004-2005) 19.1 s.235 Retten til å forsette i stillingen ved tvist om oppsigelse

⁸⁶ Rt.2004 s.1413 premiss 19

⁸⁷ Se pkt.6.7 om permittering

noe annet enn plikten til å tilby den ansatte ”*annet passende arbeid*” før en oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold vil kunne være gyldig.⁸⁸

8.3 Arbeidstaker sier selv opp

Dersom arbeidstaker selv sier opp, foreligger det i utgangspunktet ikke tvist om oppsigelsen gyldighet. De hensyn som begrunner retten til å stå i stilling etter aml. § 15-11 knytter seg hovedsakelig til å sikre arbeidstaker mot usaklig oppsigelse. Disse hensynene er derfor ikke relevante når arbeidstaker selv sier opp. Det taler for at terskelen for at arbeidsgiver kan frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden bør være lavere i de tilfeller arbeidstaker selv sier opp. At arbeidstaker selv har sagt opp og mest sannsynlig er på vei over i annen stilling hos en arbeidsgiver utgjør imidlertid en del av de momenter som skal tas i betraktning ved vurderingen av om det foreligger ”*særlige tungtveiende grunner*”. Det må derfor finnes andre momenter, f. eks at arbeidstaker er i en ledende stilling og arbeidsgiver har et beskyttelsesverdig behov for at han ikke utfører lederoppgavene i oppsigelsestiden eller arbeidstaker skal over i konkurrerende virksomhet etter oppsigelsestidens utløp og arbeidsgiver har et behov for å verne seg mot at arbeidstaker får tilgang til bedriftssensitiv informasjon i oppsigelsestiden. Hvilke momenter dette kan være, kommer jeg tilbake til i neste punkt.

8.4 Andre relevante momenter, herunder arbeidstakerens stillingsnivå

I forarbeidene står det:

”Departementet legger til grunn at retten til å fortsette i stillingen, kan være upraktisk å gjennomføre ved oppsigelse av øverste leder i virksomheten. I de tilfellene denne kategorien oppsigelsessak har vært behandlet for domstolene, har retten an-

⁸⁸ Aml. §15-7(2)

erkjent at det må stilles særlige krav til ledere. Departementet legger til grunn at det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt.”⁸⁹

I Rt.1999 s. 1998 uttales:

*”oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold, må det imidlertid få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften, se kjennelse i Rt.1982 s.1704”.*⁹⁰

Det er således på det rene at det er av betydning hvilket stillingsnivå arbeidstakeren har, om det er en nøkkelposisjon, ledende posisjon eller underordnet stilling.

Etter min mening er det på grunnlag av uttalelser i forarbeider og rettspraksis grunn til å hevde at det generelt skal mindre til for å frata en arbeidstaker i nøkkelposisjon eller ledende stilling retten til arbeid i oppsigelsestiden. Manglende motivasjon, tillit og lojalitet vokser gjerne frem allerede fra oppsigelse er gitt. Dersom arbeidstakeren er i en ledende stilling eller nøkkelposisjon, vil slik manglende tillit og lojalitet mellom ledelsen og arbeidstaker være særlig alvorlig og kunne ha store konsekvenser for driften av selskapet. Det vil derfor raskere kunne konstateres at det foreligger *”særlig tungtveiende grunner”* for å frata arbeidstakeren arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, jfr. Investeringsrådgiverkjennelsen.⁹¹

Dette utgangspunkt er også anerkjent i aml. § 15-16. Det følger av denne bestemmelsen at virksomhetens øverste leder i forhåndsavtale med arbeidsgiver kan frasi seg stillingsvernet etter kapittel 15, herunder retten til å fortsette i stillingen mot etterlønn, jfr. aml. § 15-16.

⁸⁹ Ot.prp. Nr.49(2004-2005) 19.4.2 s.239 Arbeidsgivers rett til å kreve fratreden - nærmere om urimelighetsvurderingen

⁹⁰ Rt.1999 s.1998(1999)

⁹¹ Rt.2009 s.1183 premiss 26

Av forarbeidene til aml. 2005, fremgår det at det er relevant å vektlegge konsekvensene for arbeidstaker.⁹² I de tilfeller arbeidstaker har en prestasjonsbasert lønn, vil det å kunne bli fratatt oppgavene i oppsigelsestiden kunne innebære et lønnsmessig tap. Videre er den ideelle verdien av det å være i arbeid sentral. Også hensynet til andre arbeidstakere må være relevant å vektlegge, f. eks dersom andre arbeidstakere må permitteres for at arbeidstaker skal få utføre sine oppgaver i oppsigelsestiden.

Hvilken art og bransje den tilhører er også relevant for vurderingen av om arbeidstaker kan fratas oppgaver i oppsigelsestiden. Det kan for det første være tilfelle i særlig konkurransesensitiv virksomhet. Virksomheten kan ha et beskyttelsesverdig behov for å forhindre at arbeidstaker sitter på konkurransesensitiv informasjon idet han forlater virksomheten. At bedriften opererer i en særlig person- og tillitsfokuset bransje kan også spille inn, jfr. Investeringsrådverkjennelsen. Dersom virksomheten er en særlig konkurransesensitiv eller særlig person- og tillitsfokuset bransje, kan dette tale for en lavere terskel for å frata arbeidstaker oppgavene i oppsigelsestiden.

9 AVTALEREGULERING AV RETTEN OG PLIKTEN TIL Å UTFØRE ARBEID

9.1 Arbeidsmiljølovens ufravikelighet – utgangspunkt

Arbeidsmiljøloven § 1-9 bestemmer at loven ikke kan *"fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt."*⁹³ I dette ligger at det ikke på forhånd er adgang til å avtale ordninger som er mindre gunstig for arbeidstaker enn det som følger av loven. Motsatt er det ingenting i veien for at arbeidstaker fraskriver seg sine rettigheter på det tidspunkt en aktuell problemstilling oppstår.⁹⁴

⁹² Ot.prp. Nr.49(2004-2005) 19.4.2 s.239

⁹³ Aml. §1-9

⁹⁴ Se pkt.3.2 avsnitt 5

Spørsmålet er derfor om nevnte bestemmelse er til hinder for at arbeidstaker fraskriver seg retten til å arbeide i oppsigelsestiden. I den forbindelse vil det være av interesse om oppsigelsestid, rett til å arbeide i oppsigelsestiden etc. anses å være bestemmelser til gunst eller ugunst for arbeidstaker. Som det tidligere er redegjort for når det gjelder oppsigelsestid, kan arbeidstaker ved egen oppsigelse ofte se seg tjent med å ha kortest mulig oppsigelsesfrist. Mange arbeidstakere vil også se det som en ubetinget fordel å slippe å arbeide i oppsigelsestiden, men likevel motta full lønn. I slike tilfeller vil heller ikke arbeidstaker motsette seg å bli fratatt arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.

I de tilfeller hvor arbeidstaker har innsigelser, må det derfor legges til grunn at arbeidstaker ser det som en ulempe og ikke få utføre oppgaver i oppsigelsestiden og da vil forholdet til aml. § 1-9 være problematisk. Spørsmålet i slike saker blir ofte også om man skal se på den enkelte bestemmelse i ansettelsesavtalen isolert og vurdere den opp mot arbeidsmiljølovens regler, eller om det er adgang til å legge en mer helhetlig vurdering av ansettelsesavtalen til grunn slik at dersom arbeidstaker på andre områder har fått langt gunstigere vilkår enn det som følger av arbeidsmiljøloven så vil arbeidstakeren måtte finne seg i noe dårligere vilkår enn arbeidsmiljøloven på andre felt.

Jeg vil anta at en fruktbar tilnærming til dette spørsmålet vil kunne være hvorvidt man har med helt fundamentale og grunnleggende arbeidsrettslige rettigheter å gjøre. Dette kan typisk være bestemmelser om at en oppsigelse ikke trenger saklig grunn eller at arbeidstakeren ikke skal ha rett til å bestride en oppsigelse og/eller ikke ha rett til å stå i stilling ved tvist om oppsigelsen. Her er det større grunn til å vurdere den enkelte bestemmelse opp mot arbeidsmiljølovens regler.

Befinner vi oss imidlertid på områder hvor det er mer uklart om bestemmelsen kan sies å være til gunst eller ugunst for arbeidstaker, er det antakelig gode grunner for å se slike bestemmelser i en helhet og vurdere totalresultatet for arbeidstaker. Ut fra øvrige momenter som arbeidstakers stillingsnivå og rimelighetshensyn før man konkluderer på spørsmålet

om bestemmelsen er til gunst eller ugunst for arbeidstakeren. En slik tilnærming mener jeg støttes av uttalelser i Investeringsrådgiverkjennelsen som jeg skal komme nærmere tilbake til nedenfor.

9.2 Fratredelsesavtale – gyldighet

En fratredelsesavtale er gjerne en avtale som inngås etter at oppsigelse er gitt eller som blir inngått i forbindelse med en oppsigelsessituasjon som alternativ til oppsigelse. På det tidspunkt det er aktuelt å inngå en fratredelsesavtale, vil arbeidstaker kunne gi avkall på sine rettigheter, for eksempel retten til å jobbe i oppsigelsestid, rett til å stå i stilling, retten til å bestride oppsigelsen etc. Vanligvis gir arbeidstaker avkall på disse rettighetene mot økonomisk kompensasjon som del av fratredelsesavtalen. Inngår arbeidstaker slik avtale, er han bundet av den, og kan ikke senere kreve å få arbeide i oppsigelsestiden. Forutsetningen må være at arbeidstaker ikke har blitt presset til å godta en slik sluttavtale. Forhandlingene mellom partene må foregå i former som er i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljølovens regler, jfr. RG.2000 s.719. En avtale inngått under press ville for øvrig også vært ugyldig etter avtalelovens bestemmelser.

9.3 Forhåndsavtale – gyldighet

En forhåndsavtale, er som ordet tilsier, en avtale som inngås i forbindelse med ansettelsesforholdet eller før en aktuell problemstilling har oppstått. For eksempel kan det i arbeidsavtalen være inntatt bestemmelser om at arbeidsgiver skal ha en endringsadgang som er videre enn det som loven for øvrig innebærer. Det kan være at arbeidsgiver har inntatt bestemmelser om at arbeidstaker ikke skal ha rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Som nevnt innledningsvis om arbeidsmiljølovens ufravikelighet, kan det være vanskelig å fastslå om en forhåndsavtale hvor arbeidstaker går med på ikke å arbeide i oppsigelsestid vil være til ugunst for arbeidstaker og dermed i strid med ufravikelighetsprinsippet i aml. § 1-9.

Tar vi utgangspunkt i retten til å stå i stilling etter aml. § 15-11, er det helt på det rene at en forhåndsavtale som fratår arbeidstakeren retten til å stå i stilling ved oppsigelsestvist vil være til ugunst for arbeidstaker og således stride mot aml. § 1-9.

Spørsmålet er om det samme må gjelde ved retten til å arbeide i oppsigelsestiden. I Investeringsrådverkjennelsen hadde partene i arbeidsavtalen avtalt at arbeidstaker kunne pålegges å fratre i oppsigelsestiden. For lagmannsretten anførte arbeidstaker at denne avtalen var stridende mot aml. § 1-9. Retten tok ikke stilling til spørsmålet, men uttalte:

”meget taler for at det må løses ut fra en helhetsvurdering av vilkårene i ansettelsesavtalen, som på andre punkter gir arbeidstakerne langt bedre vilkår enn de som følger av arbeidsmiljøloven.”⁹⁵

I forlengelsen av dette kan også vises til at aml. § 15-16 (2) bestemmer at arbeidstaker på ledernivå ved forhåndsavtale om etterlønn ved fratreden, kan frasi seg stillingsvernet. Når rettspraksis også åpner for at arbeidsgiver dersom særlige tungtveiende grunner tilsier det kan frata arbeidstaker retten til å arbeide i oppsigelsestiden, er jeg tilbøyelig til å mene at en forhåndsavtale hvor arbeidstaker fraskriver seg retten til å stå i stilling etter omstendighetene må kunne anses gyldig dersom det også finnes øvrige momenter ved stillingsforholdet som tilsier at en slik forhåndsavtale bør kunne inngås.

Når det gjelder hvilke øvrige momenter som kan tilsi at slik forhåndsavtale bør være gyldig, tenker jeg på de momenter som rettspraksis allerede har gitt anvisning på, og som kan begrunne en rett for arbeidsgiver til å frata arbeidstaker arbeid i oppsigelsestiden, dvs. alt fra virksomhetens art og bransje, konkurransesensitiv, tillitssensitiv, ansatt i nøkkelposisjon, at det ytes økonomisk kompensasjon etc. En forhåndsavtale om at arbeidstaker i underordnet stilling skal fratre i oppsigelsestiden ved oppsigelse fra arbeidsgivers side, kan imidlertid vanskelig tenkes å ville stå seg i forhold til aml. § 1-9.

⁹⁵ RG.2009 s.945

I en del bransjer ser man at det i arbeidsavtalen fremkommer at arbeidstaker ved egen oppsigelse skal fratre i oppsigelsestiden. Som vi har vært inne på før vil arbeidstakers motivasjon, lojalitet, arbeidsinnsats i en oppsigelsessituasjon hvor han er på vei over til annen stilling ofte være sviktende. Blant annet i konkurransesensitive og tillitssensitive bransjer vil således arbeidsgiver kunne ha et høyst legitimt behov for å avtale at arbeidstaker ikke skal arbeide i oppsigelsestiden. Arbeidstaker på sin side har ikke i samme grad noe beskyttelsesverdig behov for å utføre arbeid i oppsigelsestiden når han sier opp selv og på forhånd har avtalt å måtte fratre. Det vil i en slik situasjon ikke foreligge tvist om oppsigelsens gyldighet, og hensynet til kontinuitet i arbeidsforholdet er derfor ikke avgjørende. Arbeidstaker er selv herre over situasjonen, i motsetning til i de tilfeller hvor arbeidsgiver går til oppsigelse.

Igjen er jeg av den oppfatning at det avgjørende må bli en helhetsvurdering av arbeidsavtalen, slik at en avtale om at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden ved egen oppsigelse, kan stå seg dersom andre betingelser i avtalen samlet sett stiller arbeidstaker i en bedre situasjon.

10 OPPSUMMERING

Det rettslige utgangspunkt er at partenes rettigheter og plikter består også etter en oppsigelse helt til oppsigelsestiden er omme. Det betyr blant annet at arbeidstaker har en rett og en plikt til å utføre arbeid, mens arbeidsgiver har en rett og en plikt til å tilby arbeidstakeren arbeid i oppsigelsestiden, ta imot arbeidstakers arbeidsytelse og betale arbeidstakeren lønn. For at arbeidstakeren skal kunne overholde sin arbeidsplikt, må vedkommende være i stand til å utføre de oppgaver som er pålagt etter arbeidskontrakten. Dette innebærer blant annet at han /hun normalt må ha tilgang til kontorplass, nødvendig utstyr mv.

Arbeidstakeren må videre ha tilgang til den informasjon som er nødvendig for å utføre jobben. Mengden av informasjon som er nødvendig for å utføre stillingens arbeidsoppgaver i

oppsigelsestiden, vil kunne være mindre enn den informasjon som gis til de øvrige arbeidstakerne i virksomheten. Dette betyr at arbeidsgiver kan ha anledning til å sørge for at en del informasjon ikke gis til den arbeidstakeren som har/er sagt opp. På samme måte kan arbeidstakeren nektes å være med på strategimøter og lignende dersom slike møter streng tatt ikke er nødvendig for arbeidstakerens arbeidsutførelse i oppsigelsestiden.

Også for spørsmålet om muligheten til å overføre arbeidstaker til annen stilling, så er arbeidskontrakten utgangspunktet for vurderingen. Mange virksomheter sørger for at arbeidsavtalen ikke levner tvil om slik endringsadgang, og tar inn presiseringer i avtalen om at den ansatt må påregne og flytte fra avdeling etter behov og eventuelt tillegges endrede arbeidsoppgaver. Dette gir arbeidsgiveren en større mulighet til å flytte på ansatte og bruke deres kompetanse der det er behov for det. I slike situasjoner vil bedriften også ha større mulighet til å omplassere arbeidstakerne for å hindre at denne blir eksponert for sensitiv informasjon i oppsigelsestiden. Det er heller ikke uvanlig at arbeidsgiver sørger for at arbeidskontrakten gir økt endringsadgang nettopp i oppsigelsessituasjonen.

Arbeidsgiver har under oppsigelsestiden heller ikke en større adgang til å gjøre endringer i arbeidsoppgaver og arbeidsforholdet for øvrig enn det som følger av styringsretten.

Domstolene har uttrykt at stillingens grunnpreg ikke kan endres vesentlig i oppsigelsestiden fra de hovedoppgaver arbeidskontrakten gir anvisning på. En økonomisk rådgiver kan eksempelvis ikke settes til å utføre rene sentralbordoppgaver, eller renholdsoppgaver. Da må arbeidstakeren kunne nekte å utføre arbeidsoppgavene og dermed en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Arbeidstakerne skal slippe å havne i en krevende og krenkende situasjon der arbeidsgiver ikke gir arbeidsfritak med lønn, men i stedet ønsker å benytte arbeidskraften på en måte som den ansatte opplever som en belastende, uheldig og kanskje en krenkende avslutning av arbeidsforholdet hos arbeidsgiver.

Gjør arbeidsgiver endringer utover det som følger av styringsretten vil arbeidstaker ikke ha noen plikt til å utføre de endrede arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Arbeidstaker vil like

fullt ha krav på lønn i oppsigelsestiden. I slike tilfeller og andre tilfeller av misligholds liknende karakter på arbeidsgiversiden må derfor arbeidstaker tilkjennes en rett til ikke å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

Noe som er vesentlig mer praktisk er imidlertid at arbeidsgiver ofte vil kunne ha et berettiget behov for å frata arbeidstakeren retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

Rettspraksis har slått fast at vurderingstemaet i utgangspunktet er det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp etter aml. § 15-11 (2), men at det må foreligge "*særlige tungtveiende grunner*" for at arbeidsgiver skal kunne frata arbeidstaker retten til arbeid i oppsigelsestiden. Momenter av betydning i den forbindelse vil blant annet være hvilken stilling den ansatte har, ledernivå, nøkkelposisjon, underordnet stilling, hvem av partene som har sagt opp, hva oppsigelsen er begrunnet i, forhold hos arbeidstaker eller arbeidsgiver, om arbeidsgiver er i en konkurransesensitiv eller tillitssensitiv bransje. Den sentrale rettsavgjørelse på området er Investeringsrådverkjennelsen i Rt.2009 s. 1183.

I Investeringsrådverkjennelsen konkluderte Høyesterett med at en arbeidsgiver i noen tilfeller kan frata en arbeidstaker samtlige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, selv om oppsigelse var gitt fra arbeidstaker. For at dette skal være tillatt, uttaler Høyesterett at det kreves "*særlig tungtveiende grunner*".

For det første må det være «*urimelig*» at arbeidsforholdet opprettholdes. Denne urimelighetsvurderingen baseres på partenes interesser og behov. Sentrale momenter i vurderingen vil blant annet være om oppsigelsen er begrunnet i arbeidstaker eller arbeidsgivers forhold, hvorvidt arbeidstaker har en ledende stilling, samt det sannsynlige utfallet av oppsigelses-saken.

For det andre oppstiller retten et tilleggsvilkår om at det må foreligge «*særlig tungtveiende grunner*» som taler for at arbeidsoppgavene kan fratras arbeidstaker. Det er vanskelig å fastslå hva som generelt skal til for at kriteriet er oppfylt og kommer til anvendelse, i og med at Høyesterett ikke har utdypet og kommentert dette.

I investeringsrådgiverkjennelsen ble det lagt til grunn at selskapet kunne lide betydelige økonomiske tap gjennom manglende tillit fra investorer. Retten uttalte at det er ikke nødvendig at disse skadevirkningene hadde materialisert seg, men de utgjorde i seg selv «*særlig tungtveiende grunner*». Interne samarbeidsproblemer har i andre rettsavgjørelser ikke vært ansett å være tilstrekkelig til å utgjøre tungtveiende grunner for at arbeidstaker ikke kan utføre arbeid i oppsigelsestiden.

Videre vil det kunne være relevant å ta utgangspunkt i det vurderingstemaet som finner sted ved suspensjon etter aml. § 15-13 og vurderinger av om arbeidsgiver rettsgyldig kan avtalefeste en konkurranseklausul. Suspensjon er noe som finner sted forut for en eventuell oppsigelse, og vurderings normen her er derfor noe strengere enn adgangen til å frata arbeidstakeren arbeid i oppsigelsestiden. Tilsvarende vil det bli i de tilfeller der arbeidsgivers behov for å frata arbeidstakerne arbeid i oppsigelsestiden er begrunnet i konkurranse-sensitiv informasjon. Da må det kunne legges til grunn at de vurderinger som gjøres i forhold til en konkurranseklausuls gyldighet også vil måtte kunne gjøres gjeldende under oppsigelsestiden.

Retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden har stor praktisk og rettslig betydning, ikke minst for arbeidstaker. Det gjenstår å se om arbeidsgivere, i et økende antall saker, vil påberope seg «*særlig tungtveiende grunner*» for dermed å kunne effektivere umiddelbar fratreden. Alternativet vil ofte være å forsøke å løse situasjonen med tilbud om frivillig avtale om fratreden med lønn. I saker der partene ser ulikt på grunnlaget og bakgrunnen for arbeidsgivers oppsigelse, kan Høyesteretts kjennelse bidra til situasjoner der arbeidstaker må gå til rettslige skritt for å fastholde sin rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden og eventuelt for å få kjent oppsigelsen ugyldig.

11 LITTERATURLISTE OG RETTSKILDER

11.1 Bøker, Artikler

Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, 3. utgave, Den individuelle del, Universitetsforlaget 2013.

Jan Tormod Dege: Arbeidsrett, Rettigheter og plikter i arbeidsforhold, Oslo. Mai 2003

Kristen Andersen, fra arbeidslivets rett, Oslo 1967.

Styringsrett og restkompetanse, av Stein Evju, 2010 s.55.

11.2 Domsregister

11.2.1 Norsk Retstidende

Rt.2011 s.841

Rt.2009 s.1183

Rt.2006 s.420

Rt.2004 s.1413

Rt.1993 s.908

Rt.2002 s.712

Rt.2001 s.418

Rt.2000 s.1602

Rt.2000 s.1062

Rt.2000 s.1958

Rt.1999 s.1998

Rt.1990 s.607

Rt.1987 s.692

Rt.1988 s.959

Rt.1984 s.400

Rt.1964 s.1345

Rt.1963 s.1013

11.2.2 Rettens gang

RG.2010 s.488 Borgarting lagmannsrett av 25. mars 2010

RG.2009 s.945 Borgarting lagmannsrett av 22. juli 2009

RG.2003 s.1588 Borgarting lagmannsrett dom av 22. september 2003

RG.2000 s.719 Borgarting lagmannsrett dom av 11. Oktober 1999

RG.1996 s.202 Eidsivating lagmannsrett kjennelse av 10. juli 1995

RG.1991 s.1106 Tønsberg byrett av 14. februar 1991

11.2.3 Andre avgjørelser

NAD-1984-442 Eidsivating lagmannsrett av 25.januar 1985

NAD-1981-619 Eidsivating lagmannsrett av 6.mai 1983

LB-2007-146215 Borgarting lagmannsrette kjennelse og dom av 20.oktober 2008

LB-2010-137547 Borgarting lagmannsrett kjennelse av 1.oktober 2010

LB-2010-160933 Borgarting lagmannsrett kjennelse av 25.oktober 2010

TMOSS-2010-104207-1 Moss tingsrett av 7.september 2010

11.3 Lovregister

11.3.1 Norske/Utenlandske lover

2005	Lov 17. juni nr.62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
1977	Lov 4. februar nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven 1977- opphevet)
1918	Lov 31. mai nr.4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer. (avtaleloven).
1902	Lov 22. mai nr.10 om almindelig borgelig straffelov. (straffeloven)

1988	Lov 6. mai nr.22 om lønnsplikt under permittering. (permitteringslønsloven)
1982:80	Lag om anstillningsskydd. (LAS)

11.3.2 Forarbeider

2005	Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.253
2005	Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.336
2005	Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.235
2005	Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.252
2005	Ot.prp. Nr.49(2004-2005) s.239
1976	Ot. Prp. Nr.41 (1975-1976) s.75

11.3.3 Annet

Hovedavtalen mellom LO-NHO-§8-1