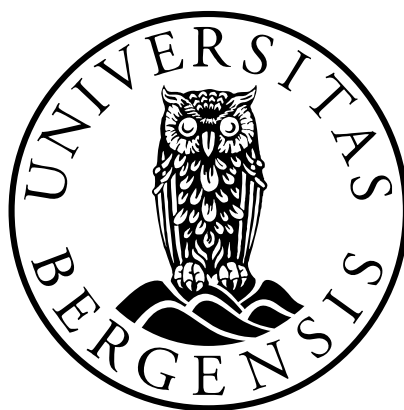


Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt

*Arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for varig
deltidsstilling i lys av HR-2022-390-A*

Kandidatnummer: 47

Antall ord: 14 918



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12. desember 2022

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Tema og problemstilling	4
1.2	Aktualitet	4
1.3	Avgrensning av oppgaven	5
1.4	Videre fremstilling	6
2	Rettskilder og metode	7
2.1	Nasjonale rettskilder	7
2.1.1	Lovtekst og forarbeider	7
2.1.2	Rettspraksis	8
2.1.3	Juridisk teori	9
2.1.4	Styringsretten	9
2.2	Internasjonale rettskilder	10
3	Generelt om arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 og ldl. § 22 12	
3.1	Innledning	12
3.2	Pliktsubjekt	13
3.3	Rettighetssubjekt	13
3.4	Formålet med den individuelle tilretteleggingsplikten	16
3.5	«Nødvendige» eller «egne» tiltak	18
3.6	Generelt om terskelen	19
3.7	Generelle momenter i interesseavveiningen	21
3.7.1	Forhold på virksomhetens side	21
3.7.2	Forhold knyttet til tilretteleggingstiltaket	23
3.7.3	Forhold knyttet til arbeidstaker	25
3.8	Oppsummert om terskelen	27
4	Generelt om kravet til dokumentasjon og domstolsprøving av arbeidsgivers vurderinger	28
4.1	Kravet til dokumentasjon	28

4.2	Domstolenes prøvingsintensitet med arbeidsgivers vurderinger av tilretteleggingsplikten	29
5	Er det en særlig terskel for varige tilretteleggingstiltak som innebærer inngrep i organisasjons- og stillingsstrukturen?.....	32
5.1	Innledning.....	32
5.2	Hensynet til styringsretten.....	33
5.3	Kravet om «vektige grunner».....	36
5.4	Forarbeidsuttalelsene knyttet til om det foreligger en plikt til å opprette en ‘ny’ stilling 40	
5.5	Hva innebærer HR-2022-390-A med henhold til plikten til individuell tilrettelegging av arbeidstid?	43
5.5.1	Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging av arbeidstid	43
5.5.2	Når har arbeidsgiver plikt til å innvilge varig tilrettelagt arbeidstid?	44
5.5.3	Får den høyere terskelen virkning også for andre organisatoriske og ikke-organisatoriske tilretteleggingstiltak?	44
5.6	Hvilken betydning har HR-2022-390-A for ldl. § 22?.....	45
6	Hva innebærer HR-2022-390-A med henhold til dokumentasjonskravet og domstolsprøving?	47
6.1	Dokumentasjonskravet	47
6.2	Domstolsprøving med arbeidsgivers vurderinger	48
7	Avsluttende betraktninger om plikten til individuell tilrettelegging	50
	Kilderegister	52

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Arbeidskraft har stor samfunnsøkonomisk betydning.¹ Deltakelse i arbeidslivet har i tillegg betydning for den enkelte ettersom dette gir mulighet for inntekt, sosiale nettverk, og mulighet til å bidra i samfunnet.² I dag faller en stor andel av befolkningen utenfor arbeidslivet på grunn av sykdom. Ifølge Statistisk sentralbyrå (SSB) var andelen arbeidstakere i heltidsstillinger som ikke kom tilbake til jobb etter langtidssykefravær på 28,3 prosent i 2020.³ Statistikken illustrerer at det er et behov for tilrettelegging for å få arbeidstakere tilbake i arbeidslivet.

Temaet for masteroppgaven er rekkevidden av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse etter arbeidsmiljøloven (aml.)⁴ § 4-6 og likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.)⁵ § 22. Tilrettelegging er et viktig verktøy for å få arbeidstakere tilbake i arbeid og hindre frafall i arbeidslivet. Tilretteleggingen kan være fysisk, teknisk eller organisatorisk. Organisatorisk tilrettelegging innebærer endring av arbeidstid, eksempelvis fra heltids- til deltidsstilling, samt endring av arbeidssted og arbeidsoppgaver.⁶ Denne oppgaven har et fokus på tilrettelegging av arbeidstid.

Problemstillingen i oppgaven er hvilken terskel som gjelder for den individuelle tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 første ledd og ldl. § 22, hvor arbeidstaker har behov for varig nedsatt arbeidstid som følge av redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse.

1.2 Aktualitet

Temaet for masteroppgaven er særlig aktuelt da det tidligere i år ble avsagt en høyesterettsdom HR-2022-390-A, hvor det ble tatt stilling til rekkevidden av arbeidsgivers

¹ Perspektivmeldingen 2021, Meld. St. 14 (2020 – 2021) s. 98 (lest 07.10.2022).

² Ibid. s. 96.

³ SSB (2022), tabell 3.10, (lest 20.10.2022).

⁴ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern.

⁵ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

⁶ Eidsvaag (2008) s. 386 – 393.

tilretteleggingsplikt overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne. I dommen trakk Høyesterett opp nye grenser for rekkevidden av tilretteleggingsplikten når det gjelder tilrettelegging i form av permanent deltidsstilling etter aml. § 4-6. Høyesterett slo blant annet fast at det gjelder en høy terskel for at arbeidsgiver skal ha plikt til å tilby tilrettelegging i form av en permanent deltidsstilling til en arbeidstaker med redusert arbeidsevne. Høyesterett uttalte at «§ 4-6 må tolkes i lys av hensynet til arbeidsgivers behov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstruktur».⁷ Videre ble det uttalt at dersom arbeidsgiver skal ha plikt til å foreta «permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen i bedriften» må det foreligge «viktige grunner».⁸ Det skal likevel foretas en «konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering».⁹ Når det gjelder ldl. § 22 foretok Høyesterett en kort drøftelse og kom til at «hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur» også er relevant for ldl. 22 «om enn ikke alltid avgjørende».¹⁰ I tillegg foretok Høyesterett viktige avklaringer rundt dokumentasjonskravet til arbeidsgiver i oppsigelsessaker.

Ettersom det er nærmere 30 år siden Høyesterett tok stilling til et liknende spørsmål, er det behov for en avklaring av tilretteleggingspliktens rekkevidde etter aml. § 4-6 i lys av den nye dommen og dagens samfunnsforhold. En klarlegging av plikten vil bidra til økt forutberegnelighet for arbeidsgiver og arbeidstaker, og gjør temaet derfor aktuelt.

Formålet med oppgaven er å avklare rettstilstanden og omfanget av arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging med særlig fokus på varig tilrettelegging av arbeidstid. Dette skal gjøres ved å behandle bestemmelsene aml. § 4-6 første ledd og ldl. § 22 parallelt gjennom oppgaven. I tillegg vil HR-2022-390-A behandles, og det vil undersøkes på hvilken måte dommen påvirker rekkevidden av tilretteleggingsplikten.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Hvorvidt tilretteleggingsplikten er oppfylt er ofte et tema i vurderingen av om en oppsigelse er saklig etter aml. § 15-7 første ledd der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers reduserte arbeidsevne på grunn av sykdom. Ettersom oppgaven dreier seg om tilretteleggingspliktens

⁷ Avsnitt 46.

⁸ Avsnitt 48.

⁹ Ibid.

¹⁰ Avsnitt 51.

rekkevidde anses aml. § 15-7 å ligge utenfor oppgavens kjerne og vil derfor ikke behandles. I noen deler av oppgaven vil bestemmelsen likevel nevnes kort av hensyn til sammenhengen.

Oppgaven har fokus på permanent tilrettelegging av arbeidstid og derfor avgrenses det mot å behandle aml. § 10-2 fordi bestemmelsen hovedsakelig gjelder midlertidig tilrettelegging av arbeidstid. Etersom fokuset i oppgaven er tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne, som reguleres av aml. § 4-6, vil ikke de øvrige bestemmelsene i aml. kapittel 4 om generelle krav til arbeidsmiljøet behandles.

Det er den materielle regelen i aml. § 4-6 første ledd som er sentral for problemstillingen. Det avgrenses derfor mot å behandle saksbehandlingsreglene i aml. § 4-6 andre til sjette ledd.

Bestemmelsen i ldl. § 22 gir rett til individuell tilrettelegging for både arbeidstakere og arbeidssøkere. I denne oppgaven vil kun tilretteleggingsplikten overfor arbeidstakere bli behandlet.

I oppgaven vil domstolsprøving av styringsrettsbeslutninger behandles kort, herunder hvilket dokumentasjonskrav som stilles til arbeidsgivers vurderinger ved tilrettelegging. Disse temaene er tatt opp i HR-2022-390-A, og har direkte sammenheng med vernet av arbeidsgiver og arbeidstakers interesser, og anses derfor som relevant for oppgaven.

1.4 Videre fremstilling

I den videre fremstillingen skal det redegjøres for utfordringene ved rettskildene som er relevante for oppgaven. I kapittel 3 vil det først gis en generell gjennomgang av hva den individuelle tilretteleggingsplikten er, og hva den innebærer i medhold av aml. § 4-6 og ldl. § 22. Kapittel 4 vil ta for seg hvilke krav som stilles til arbeidsgivers dokumentasjon og domstolsprøvingen av arbeidsgivers vurderinger. Gjennomgangen i kapittel 3 og 4 er nødvendig for å forstå resten av oppgaven. I kapittel 5 vil dommen HR-2022-390-A behandles, og det vil undersøkes hvilken betydning dommen har for tilretteleggingspliktens rekkevidde etter aml. § 4-6 og ldl. § 22. I kapittel 6 vil det ses nærmere på hvilken betydning HR-2022-390-A har for dokumentasjonskravet og domstolens adgang til å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Til slutt vil det i kapittel 7 bli gitt noen avsluttende betraktninger rundt plikten til individuell tilrettelegging i lys av HR-2022-390-A.

2 Rettskilder og metode

2.1 Nasjonale rettskilder

2.1.1 Lovtekst og forarbeider

Sentralt for oppgaven er aml. § 4-6 første ledd og ldl. § 22 som pålegger arbeidsgiver en plikt til individuell tilrettelegging av arbeidstakere med redusert arbeidsevne eller funksjonsnedsettelse.

Arbeidsmiljøloven av 1977¹¹ gjennomgikk i 2003 en omfattende lovendring¹². Det ble blant annet gjort viktige endringer i aml. § 13 nr. 2 (nå § 4-6). Ordlyden «yrkeshemmet» ble erstattet med « redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l.» for å tydeliggjøre bestemmelsens brede nedslagsfelt.¹³ Videre ble arbeidstid nevnt uttrykkelig i bestemmelsen for å signalisere at arbeidsgiver også har en plikt til å vurdere tilrettelegging av arbeidstiden.¹⁴ Endringene ble videreført i den gjeldende arbeidsmiljøloven av 2005.

Formålet med aml. § 4-6 er å tilbakeføre sykmeldte arbeidstakere til arbeidslivet,¹⁵ og bidrar til å nå målsettingen med arbeidsmiljøloven om å skape et mer inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 bokstav f.¹⁶ Ved tolkningen av aml. § 4-6 første ledd vil både lovens og bestemmelsens formål stå sentralt, og de kan i enkelte tilfeller være avgjørende for tolkningsresultatet.¹⁷

Retten til individuell tilrettelegging fremgår i dag av ldl. § 22 og har blitt til gjennom en rekke lovendringer. Ved gjennomføringen av EU sitt rammedirektiv om likebehandling 2000/78/EF i norsk rett i 2004,¹⁸ ble bestemmelsen § 13-5 opprettet i arbeidsmiljøloven av 2005. Aml. § 13-5 påla arbeidsgiver en tilretteleggingsplikt overfor "arbeidstakere med funksjonshemming». I 2008 kom diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (dtl.),¹⁹ og aml. §

¹¹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø (opphevet).

¹² Loven ble endret ved lov nr. 15/2004.

¹³ Ot.prp. nr. 18 (2002 – 2003) s. 8.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid. s. 71.

¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 309.

¹⁷ Ibid. s. 68.

¹⁸ Se nærmere under punkt 2.2 i oppgaven.

¹⁹ Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (opphevet).

13-5 ble inntatt i dtl. § 12 og tatt bort fra arbeidsmiljøloven. Ved denne endringen ble også ordlyden endret fra «funksjonshemming» til «nedsatt funksjonsevne». I 2013 gjennomgikk diskriminerings- og tilgjengelighetsloven store språklige endringer og bestemmelsen ble videreført som § 26.²⁰ Da det i 2017 ble bestemt at de fire lovverkene om diskriminering og likestilling skulle slås sammen til én samlet lov for å gi et mer effektivt vern, ble bestemmelsen videreført til likestillings- og diskrimineringsloven § 22. I den forbindelse ble ordlyden «nedsatt funksjonsevne» erstattet med «funksjonsnedsettelse» ettersom dette ble ansett som et mer presist og nøytralt uttrykk.²¹ Endringen hadde likevel ingen betydning for hvordan uttrykket skulle forstås.²² Ettersom de nevnte lovendringene i hovedsak har vært språklige har forståelsen av bestemmelsen fra 2008 blitt videreført.

Et av formålene med likestillings- og diskrimineringsloven er å hindre diskriminering av personer med funksjonsnedsettelser, jf. ldl. § 1 første ledd. Individuell tilrettelegging er et viktig virkemiddel for å nå målsettingen, jf. ldl. § 1 andre ledd andre punktum.

Formålsbestemmelsen vil ha betydning for tolkningen av ldl. § 22. Ettersom likestillings- og diskrimineringsloven også gjelder på arbeidslivets område, jf. ldl. § 2 første ledd, må reglene om tilretteleggingsplikten etter ldl. § 22 tolkes i lys av de øvrige reglene i arbeidsmiljøloven.²³

Både aml. § 4-6 og ldl. § 22 angir tilretteleggingspliktens rekkevidde gjennom de svært skjønnsmessige vilkårene «så langt det er mulig», jf. aml. § 4-6 første ledd og «uforholdsmessig byrde», jf. ldl. § 22 andre ledd. For å klarlegge innholdet i bestemmelsene vil det være nødvendig å se hen til andre rettskilder. Forarbeidene til bestemmelsene er en viktig rettskilde fordi de behandler de ulike vilkårene grundigere. Ettersom lovendringene ikke var ment å utgjøre noen realitetsendring, vil forarbeidene knyttet til tidligere lover fremdeles være viktige.

2.1.2 Rettspraksis

En utfordring for oppgaven er at det eksisterer svært lite høyesterettspraksis om den individuelle tilretteleggingsplikten. Det er kun to dommer som behandler temaet; HR-2022-

²⁰ Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (opphevet). Se Prop. 88 L (2012 – 2013) s. 11.

²¹ Skjønberg (2022) s. 302.

²² Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 313.

²³ Ibid. s. 327.

390-A og Rt. 1995 s. 227. Den førstnevnte avgjørelsen er sentral da den behandler spørsmålet om rekkevidden av arbeidsgivers plikt til å tilby permanent redusert arbeidstid.

Det er likevel en god del avgjørelser fra lagmannsretten som tar for seg rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Avgjørelser fra lagmannsretten har ikke like stor rettskildemessig vekt som avgjørelser fra Høyesterett. Når det er få Høyesterettsavgjørelser å forholde seg til vil praksis fra lagmannsretten kunne brukes som eksempler på hvordan liknende situasjoner har blitt behandlet tidligere, og gi en pekepinn på hvordan situasjonene bør behandles videre.²⁴ Ved anvendelse av avgjørelsene er det likevel viktig å ta i betraktning at avgjørelsene fra lagmannsretten ikke har prejudikatverdi, og at utfallet i avgjørelsene kunne ha blitt annerledes dersom sakene hadde blitt behandlet i Høyesterett.

Videre foreligger det også en del praksis fra Diskrimineringsnemnda i saker om individuell tilrettelegging etter ldl. § 22. De aller fleste sakene på likestillings- og diskrimineringsfeltet håndheves av Diskrimineringsnemnda og disse avgjørelsene går sjeldent videre til domstolene.²⁵ Diskrimineringsnemnda kan på bakgrunn av dette anses som et «ekspertorgan» på saker innenfor likestillings- og diskrimineringsfeltet.²⁶ Denne typen praksis kan derfor være viktig som et tolkningsbidrag selv om de i utgangspunktet har begrenset rettskildevikt.²⁷

2.1.3 Juridisk teori

Bestemmelsene aml. § 4-6 og ldl. § 22 er også behandlet grundig i juridisk teori. Ettersom dommen HR-2022-390-A har vært utfordrende å forstå har juridisk teori bidratt til å oppklare sammenhenger Høyesterett har trukket frem i dommen. I tillegg har det hjulpet med å få innsikt i svakheter ved dommen, og regelverket rundt den individuelle tilretteleggingsplikten.

2.1.4 Styringsretten

Styringsretten er ikke positivt lovregulert, men har sitt rettsgrunnlag i ulovfestet rett, og anses i dag som en nødvendig del av arbeidsretten.²⁸ Denne ulovfestede kompetansenormen gir arbeidsgiver kompetanse til å ensidig treffe beslutninger om det enkelte arbeidsforholdet.²⁹ I

²⁴ Monsen (2012) s. 39.

²⁵ Hellum og Strand (2021) s. 50 – 51.

²⁶ Ibid. s. 51.

²⁷ Eidsvaag (2021) s. 458.

²⁸ Skjønberg (2022) s. 170.

²⁹ Ibid.

rettspraksis blir styringsretten definert som arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».³⁰ I tillegg omfattes også ansettelse og oppsigelse av arbeidstakere.³¹ Retten til å organisere arbeidet omfatter muligheten til å bestemme stillingsstrukturen i virksomheten, hvorvidt et tilretteleggingstiltak skal iverksettes, og velge mellom ulike tilretteleggingstiltak.³² Styringsretten er videre begrenset av lov, tariffavtale, arbeidsavtalen og ulovfestede saklighetsnormer.³³ Det handlingsrommet som er igjen til arbeidsgiver omtales ofte som en restkompetanse.³⁴ Styringsretten har dermed betydning for innholdet i den individuelle tilretteleggingsplikten.

2.2 Internasjonale rettskilder

EUs rammedirektiv om likebehandling 2000/78/EF (heretter rammedirektivet) gir vern mot diskriminering på grunn av religion, alder, seksuell orientering eller «handicap», jf. rammedirektivets artikkel 1.

EØS-avtalen³⁵ inneholder ingen bestemmelser som forplikter Norge til å gjennomføre rammedirektivet, og dermed anses gjennomførelsen av direktivet for å ligge utenfor det Norge er forpliktet til.³⁶ Likevel har Norge valgt å forplikte seg til direktivet og vedtok i 2004 derfor § 13-5 i arbeidsmiljøloven av 2005, og deretter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven i 2008 – i dag likestillings- og diskrimineringsloven.³⁷

Utgangspunktet ved praktiseringen av EØS-avtalen er at norsk rett skal tolkes i tråd med praksis fra EU-domstolen, jf. EØS-avtalens artikkel 6.³⁸ Som nevnt er ikke rammedirektivet en del av EØS-avtalen, og spørsmålet blir hvilken vekt EU-domstolspraksis har ved tolkningen av bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven. Høyesterett har i en rekke avgjørelser lagt til grunn at nasjonale lovbestemmelser som gjennomfører rammedirektivet må tolkes i samsvar med direktivet.³⁹ Praksis fra EU-domstolen er sentral for å forstå hvordan direktivet skal anvendes. Praksis fra EU-domstolen vil dermed ha betydning

³⁰ Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609).

³¹ Skjønberg (2022) s. 174.

³² Se HR-2022-390-A.

³³ Skjønberg (2022) s. 173.

³⁴ Skjønberg (2022) s. 176, og Rt. 2001 s. 418.

³⁵ Avtale om Det Europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen).

³⁶ Skjønberg (2022) s. 277.

³⁷ Skjønberg (2022) s. 277. Se også Rt. 2012 s. 219 avsnitt 46.

³⁸ Hellum og Strand (2021) s. 58.

³⁹ Ibid. s. 59. Se også Rt. 2012 s. 219.

for tolkningen av nasjonale lovbestemmelser selv om det ikke er et område omfattet av EØS-avtalen.⁴⁰ Avgjørelsen *Ring C-335/11* avsagt av EU-domstolen tar opp temaet om individuell tilrettelegging av arbeidstid, og spørsmål om hvordan artikkel 5 i rammedirektivet skal tolkes. Denne avgjørelsen er derfor relevant å se hen til ved tolkningen av ldl. § 22.

⁴⁰ Rt. 2012 s. 219 avsnitt 46.

3 Generelt om arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging etter aml. § 4-6 og ldl. § 22

3.1 Innledning

Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging følger av aml. § 4-6 og ldl. § 22. I dette kapitlet vil innholdet i disse bestemmelsene klarlegges nærmere.

Arbeidsmiljølovens § 4-6 første ledd lyder som følger:

«Hvis en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l., skal arbeidsgiver, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Arbeidstaker skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden [...]»

Likestillings- og diskrimineringslovens § 22 lyder som følger:

«Arbeidstakere [...] med funksjonsnedsettelse har rett til egnet individuell tilrettelegging av [...] arbeidsplass og arbeidsoppgaver, for å sikre at de kan få eller beholde arbeid [...] samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet, på lik linje med andre.

Retten gjelder tilrettelegging som ikke innebærer en uforholdsmessig byrde. I denne vurderingen skal det særlig legges vekt på

- a) tilretteleggingens effekt for å fjerne barrierer for personer med funksjonsnedsettelse*
- b) kostnadene ved tilretteleggingen*
- c) virksomhetens ressurser.»*

3.2 Pliktsubjekt

Etter aml. § 4-6 «skal arbeidsgiver» iverksette tilretteleggingstiltak dersom arbeidstakerens arbeidsevne er redusert. Ut ifra ordlyden «skal» kan man utlede at det foreligger en plikt, og at denne gjelder for enhver «arbeidsgiver». Det fremgår av aml. § 1-8 andre ledd første punktum at en arbeidsgiver er «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste».

Det fremgår videre av ldl. § 22 at «[a]rbeidstakere» med funksjonsnedsettelse «har rett til» egnet individuell tilrettelegging. Det fremgår ikke direkte av lovteksten hvem plikten retter seg mot, men ut ifra konteksten er det naturlig at det er arbeidsgiver som skal sørge for individuell tilrettelegging. Ettersom ldl. § 22 må tolkes i lys av reglene i arbeidsmiljøloven, taler dette også for at tilretteleggingsplikten gjelder for arbeidsgiver.⁴¹

3.3 Rettighetssubjekt

Tilretteleggingsplikten etter både aml. § 4-6 og ldl. § 22 gjelder overfor «arbeidstaker». En arbeidstaker er i aml. § 1-8 første ledd definert som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Ettersom forarbeidene er tause om hvordan uttrykket «arbeidstaker» skal forstås i ldl. § 22, er det antatt i juridisk teori at dette skal forstås på samme måte som i aml. § 1-8 første ledd.⁴² Hensynet til sammenheng i lovverkene støtter opp under en slik forståelse, da likestillings- og diskrimineringsloven også er ment å gjelde for arbeidslivet.⁴³

Videre gjelder aml. § 4-6 for arbeidstakere med «redusert arbeidsevne» som skyldes «ulykke, sykdom, slitasje e.l.». En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må foreligge en reduksjon i evnen til å gjennomføre de arbeidsoppgavene en arbeidstaker er tildelt og dette må være knyttet til helserelaterte forhold. En slik ordlydstolkning indikerer at det er egenskaper ved arbeidstakeren som hindrer han i utføre arbeidsoppgavene sine, og at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er begrenset til disse tilfellene.

Aml. § 4-6 anvendes for det meste i forbindelse med sykmeldte arbeidstakere som er hindret fra å utføre arbeidsoppgavene sine på grunn av sykdom eller skade.⁴⁴ I slike tilfeller er det

⁴¹ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 327.

⁴² Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 22.2.2, Juridika.no (lest 20.10.2022).

⁴³ Skjønberg (2022) s. 270.

⁴⁴ Eidsvaag (2008) s. 25.

korrekt at det er egenskapene ved arbeidstakeren som medfører en midlertidig «reduisert arbeidsevne». I juridisk teori har det blitt fremholdt at det i enkelte tilfeller kan være uheldig at man i aml. § 4-6 bruker uttrykket «reduisert arbeidsevne».⁴⁵ Etter Eidsvaags oppfatning er det ikke nødvendig at den reduserte arbeidsevnen skyldes egenskaper hos arbeidstakeren for at tilretteleggingsplikten i medhold av aml. § 4-6 skal gjelde.⁴⁶ Det holder at arbeidstakeren har en midlertidig eller varig redusert arbeidsevne, og at denne i kombinasjon med barrierer på arbeidsplassen gjør det vanskelig å utføre arbeidet.⁴⁷ Eidsvaag skriver at dersom en arbeidstaker som er avhengig av rullestol har arbeidsoppgaver knyttet til kontorarbeid, og virksomheten flytter til lokaler som er lite egnet for rullestolbrukere, vil arbeidsgiver likevel ha en plikt til å tilrettelegge.⁴⁸ Dette til tross for at det ikke er egenskaper ved arbeidstakeren som hindrer han i å utføre arbeidsoppgavene, men omgivelsene rundt han. Egenskaper ved arbeidstakeren kan dermed i kombinasjon med miljøet og omgivelsene føre til at han blir hindret fra å arbeide. På bakgrunn av dette ville det ha vært mer hensiktsmessig dersom det avgjørende var *mulighetene* til å utføre arbeidsoppgavene, og ikke hvorvidt det foreligger en «reduisert arbeidsevne».⁴⁹ Hva som menes med «arbeidsevne» er for øvrig ikke nærmere forklart i verken lov eller forarbeider.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er tydelige på at aml. § 4-6 første ledd skaper forpliktelser for enhver arbeidsgiver overfor alle arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevnen, uavhengig av om reduksjonen er kort- eller langvarig.⁵⁰ Det oppstilles dermed ingen krav til varigheten eller omfanget av den reduserte arbeidsevnen for atplikten skal inntre. Varigheten av den reduserte arbeidsevnen vil likevel være et moment i vurderingen av hvor langt tilretteleggingsplikten strekker seg.⁵¹ Når det gjelder omfanget av reduksjonen i arbeidsevne uttales det i forarbeidene at bestemmelsen omfatter personer med funksjonshemming, altså permanent reduksjon i arbeidsevnen, men også personer som har fått gipset en arm eller som har en «forbigående sykdom med tilretteleggingsbehov».⁵² Aml. § 4-6 gjelder dermed både ved permanent og midlertidig reduksjon av arbeidsevnen.⁵³

⁴⁵ Eidsvaag (2008) s. 25.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 104.

⁵¹ Se punkt 3.7.2 i oppgaven.

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 104.

⁵³ Skarning (2019) s. 63 – 64, se også HR-2022-390-A avsnitt 50.

Den reduserte arbeidsevnen må videre skyldes «ulykke, sykdom, slitasje e.l.», jf. aml. § 4-6 første ledd. Dette kan være forhold av fysisk, psykisk eller sosial art, eller det kan være sammensatte forhold.⁵⁴ Det avgrenses likevel mot «ordinære variasjoner» i arbeidsevnen som skyldes forskjeller ved kjønn, alder eller livsfase. Tilrettelegging i disse tilfellene vil kunne skje etter bestemmelser som aml. § 10-2, § 4-2 andre ledd bokstav b, og andre bestemmelser i likestillings- og diskrimineringsloven.⁵⁵ Tilretteleggingsplikten gjelder derfor ikke ved all slags reduksjon i arbeidsevnen.

Ldl. § 22 gir rett til individuell tilrettelegging for arbeidstakere med «funksjonsnedsettelse». En naturlig forståelse av ordlyden er at enkelte kroppslige funksjoner ikke fungerer som normalt. I forarbeidene uttales det at med funksjonsnedsettelse menes «tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner».⁵⁶ Dette omfatter fysiske funksjoner som nedsatt hørselsfunksjon, hjerte- eller lungesykdom, eller allergi, nedsatt kognitive eller intellektuelle funksjoner, og psykiske lidelser som depresjon eller bipolar lidelse. Årsaken til funksjonsnedsettelsen skal ikke ha betydning, og dermed avgrenses det ikke mot tilstander som er selvpåført.⁵⁷ Videre stilles det ikke konkrete krav til funksjonsnedsettelsens varighet eller omfang, men forbigående eller bagatellmessige forhold omfattes ikke.⁵⁸

Tilretteleggingsplikten etter ldl. § 22 vil dermed ikke aktualiseres ved for eksempel et brukket ben, til forskjell fra tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6.⁵⁹

Ldl. § 22 omfatter også rusavhengighet, overvekt og utseendemessige forhold dersom dette «medfører nedsatt funksjonsevne, har sin årsak i en underliggende funksjonsnedsettelse, eller forskjellbehandlingen skjer på grunn av tidligere, fremtidig, eller antatt nedsatt funksjonsevne».⁶⁰ I tillegg omfattes hivsmittede og personer som bruker alternativ eller supplerende kommunikasjon som tegnspråk. Med andre ord skal ordlyden «funksjonsnedsettelse» tolkes ganske vidt.

Gjennomgangen ovenfor viser at aml. § 4-6 og ldl. § 22 fremstår som ganske like ettersom begge bestemmelsene regulerer arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging overfor arbeidstakere. Det er imidlertid en viktig forskjell mellom bestemmelsene; aml. § 4-6 gjelder

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 104.

⁵⁵ Ibid. s. 104 – 105.

⁵⁶ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 313.

⁵⁷ Prop. 88 L (2012 – 2013) s. 180.

⁵⁸ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 313.

⁵⁹ Ibid. s. 221.

⁶⁰ Prop. 88 L (2012 – 2013) s. 180.

ved «reduisert arbeidsevne», enten dette er varig eller midlertidig, og ldl. § 22 gjelder ved «funksjonsnedsettelse» og dermed tilstander av varig karakter. I noen tilfeller vil bestemmelsene likevel overlappe hverandre. Dette er særlig i de tilfeller hvor en arbeidstaker har «reduisert arbeidsevne» over tilstrekkelig lang tid slik at det blir ansett som en «funksjonsnedsettelse».⁶¹ Arbeidsgiver vil i slike tilfeller kunne ilegges en plikt til individuell tilrettelegging etter både aml. § 4-6 og ldl. § 22.⁶²

3.4 Formålet med den individuelle tilretteleggingsplikten

Formålet med den individuelle tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 er å tilbakeføre sykmeldte arbeidstakere til arbeidslivet og hindre utstøting.⁶³ Formålet kommer også til uttrykk i ordlyden «arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid» i aml. § 4-6 første ledd første punktum. Dette er fordi den gir anvisning på at arbeidstakeren gjennom tilretteleggingstiltak enten skal kunne fortsette i sitt ordinære arbeid eller at han skal tilbys nytt arbeid slik at han kan beholde sin tilknytning til virksomheten.⁶⁴

Når det gjelder ordlyden «få et passende arbeid» presiseres det i forarbeidene at tilretteleggingsplikten ikke går så langt at arbeidsgiver må opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstakeren.⁶⁵ Dersom det eksisterer en ledig, passende stilling, har arbeidsgiver plikt til å tilby denne til arbeidstakeren så fremt vedkommende er skikket til stillingen.⁶⁶ I enkelte tilfeller kan det oppstå spørsmål om hva som regnes for å være opprettelse av ny stilling.⁶⁷ I avgjørelsen LA-2013-45685 som gjaldt en barnehageassistent som var blitt sykmeldt og deretter oppsagt, uttalte lagmannsretten at en reduksjon i omfanget av stillingen ikke var å anse som opprettelse av ny stilling, og at dette måtte ligge innenfor plikten etter aml. § 4-6 første ledd. Et liknende synspunkt ble lagt til grunn i LE-1993-2176, hvor lagmannsrettens flertall anså tilretteleggingsplikten for å være brutt ettersom tilpasning av arbeidstiden ikke ble forsøkt som et tiltak. Videre uttales det i forarbeidene at kravet til «passende arbeid» innebærer at arbeidet ikke må være «vesentlig annerledes med hensyn til ansvar, lønn osv., enn arbeidstakers tidligere arbeid i virksomheten».⁶⁸ I tillegg forutsetter

⁶¹ Engan (2022) s. 152.

⁶² Se LB-2019-745200.

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 308.

⁶⁴ Eidsvaag (2008) s. 382.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 309.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Våg og Engan (2021) s. 439.

⁶⁸ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

dette at arbeidstakeren er kvalifisert og egnet til arbeidet, og er i stand til å utføre arbeidet til tross for at arbeidsevnen er redusert.⁶⁹

Det følger av aml. § 4-6 første ledd andre punktum at en arbeidstaker fortrinnsvis skal få mulighet til å «fortsette i sitt vanlige arbeid». En naturlig forståelse av ordlyden «vanlig arbeid» tilsier at det skal være arbeidstakerens normale arbeidsoppgaver og arbeidssted. Dermed utgjør dette en begrensning i hva slags type arbeid arbeidsgiver kan tilby arbeidstakeren. Ordlyden indikerer også at det ikke er ment at arbeidstaker gjennom tilretteleggingsplikten skal gjøre karriere ved å få en bedre stilling.⁷⁰

Formålet med den individuelle tilretteleggingsplikten etter ldl. § 22 er å sikre personer med funksjonsnedsettelse like muligheter i arbeidslivet som andre arbeidstakere, jf. ldl. § 22 første ledd. For å oppnå denne likebehandlingen er det viktig at arbeidsgiver iverksetter konkrete tiltak som er tilpasset behovene til den enkelte arbeidstaker.⁷¹ Formålet med tilretteleggingstiltakene etter ldl. § 22 er derfor mer vidtrekkende enn formålet etter aml. § 4-6.⁷²

Likt med aml. § 4-6 er hensikten etter ldl. § 22 at arbeidstakeren skal kunne «få eller beholde arbeid» ved hjelp av individuell tilrettelegging. Ettersom at reglene i likestillings- og diskrimineringsloven skal tolkes i lys av arbeidsmiljøloven, er det nærliggende å tolke ordlyden på samme måte som i aml. § 4-6 første ledd.⁷³ Det vil innebære at dersom en arbeidstaker får en funksjonsnedsettelse underveis i arbeidsforholdet, skal det utføres tilrettelegging slik at vedkommende kan fortsette i arbeidet sitt, jf. ordlyden «beholde».⁷⁴ Dersom dette ikke er mulig eller det er uforholdsmessig byrdefullt, skal det vurderes om arbeidstakeren kan utføre andre arbeidsoppgaver innenfor den samme virksomheten, eventuelt etter tilrettelegging, jf. ordlyden «få».⁷⁵ For at arbeidsgiver skal ha plikt til å tilby annet arbeid synes det å være en forutsetning at arbeidstakeren er kvalifisert til arbeidet.⁷⁶ Utgangspunktet

⁶⁹ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

⁷⁰ Eidsvaag (2008) s. 382.

⁷¹ Engan og Våg (2020) s. 125.

⁷² Ibid. s. 126.

⁷³ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 327.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 22.2.5, Juridika.no (lest 17.11.2022).

om at tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 ikke innebærer en plikt til å opprette en 'ny' stilling ser ut til å gjelde også for ldl. § 22, jf. LDO 11/2335.⁷⁷

3.5 «Nødvendige» eller «egne» tiltak

Det oppstilles et krav om at arbeidsgiver må «iverksette nødvendige tiltak» dersom arbeidstakeren har fått redusert arbeidsevnen, jf. aml. § 4-6 første ledd første punktum. En naturlig forståelse av ordlyden «nødvendig» er at arbeidsgiver må iverksette et minimum av tiltak for at arbeidstakeren primært skal kunne beholde arbeidet sitt, eller kunne ta annet passende arbeid. Hva som anses som et nødvendig tilretteleggingstiltak vil derfor bero på hva som er årsaken til den reduserte arbeidsevnen.⁷⁸

Ordlyden «iverksette [...] for at» indikerer at hensikten med tilretteleggingstiltakene er at arbeidstaker skal tilbake i arbeid. Etter Eidsvaags oppfatning innebærer ordlyden et krav om at «tiltakene skal være hensiktsmessige for å øke arbeidstakers mulighet for å utføre arbeidet».⁷⁹

Av ldl. § 22 første ledd fremgår det at en arbeidstaker med funksjonsnedsettelse har rett til «egnet» individuell tilrettelegging. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at tilretteleggingstiltaket skal kunne bidra til at arbeidstakeren kan utføre arbeidsoppgavene sine. Den tilsvarende bestemmelsen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven opererte med ordlyden «rimelig» individuell tilrettelegging, men dette ble endret for å tydeliggjøre at tilretteleggingstiltaket må vurderes opp mot situasjonen, behovet og nytten for den enkelte arbeidstakeren.⁸⁰ Dermed er ikke ordlyden «egnet» ment som en begrensning.⁸¹ Hva som anses som et «egnet» tilretteleggingstiltak må vurderes konkret i hvert tilfelle. Lovteksten oppstiller kun tilrettelegging av «arbeidsplass og arbeidsoppgaver» som mulige tiltak, men det fremgår av forarbeidene at også andre organisatoriske tilretteleggingstiltak som tilrettelegging av arbeidstid omfattes.⁸²

⁷⁷ Engan og Våg (2020) s. 132 – 133.

⁷⁸ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 12.

⁷⁹ Eidsvaag (2008) s. 418.

⁸⁰ Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 22.2.3, Juridika.no (lest 17.11.2022).

⁸¹ Skjønberg (2022) s. 326.

⁸² Prop. 81 (2016 – 2017) s. 327.

3.6 Generelt om terskelen

Aml. § 4-6 gir anvisning på at arbeidsgiver i første rekke skal tilrettelegge «så langt det er mulig» slik at arbeidstaker kan beholde arbeidet sitt. Dersom dette ikke er mulig skal arbeidsgiver «så langt det er mulig» tilby arbeidstaker et passende arbeid.

Ordlyden «så langt det er mulig» angir rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at arbeidsgiver må strekke seg langt for å ivareta plikten, men at pliktens rekkevidde likevel ikke er ubegrenset. En slik forståelse støttes av lovens forarbeider hvor det uttales at «så langt det er mulig» er et forbehold som skal tolkes strengt fordi arbeidsgiver i utgangspunktet har plikt til å tilrettelegge for arbeidstakeren.⁸³ Dette gjelder til tross for at tiltakene som må iverksettes er økonomisk tyngende, ressurskrevende eller medfører andre ulemper. Denne oppfatningen er også lagt til grunn i Rt. 1995 s. 227 hvor Høyesterett uttalte at «arbeidsgiverens forpliktelser overfor den yrkeshemmete skal være betydelige».⁸⁴

Videre er ordlyden «så langt det er mulig» vag og konkretiserer i liten grad rekkevidden av plikten. Det kan skyldes at tilretteleggingsbehovet er ulikt fra arbeidstaker til arbeidstaker, og at tilretteleggingsmulighetene vil variere fra arbeidsgiver til arbeidsgiver. Derfor må pliktens rekkevidde vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Dette legges også til grunn i forarbeidene hvor det uttales at i vurderingen av hvilke tiltak som er «mulig» å gjennomføre må det foretas en «konkret helhetsvurdering» hvor forhold som «virksomhetens art, økonomi og størrelse, hensynet til andre ansatte i virksomheten, varigheten av den reduserte arbeidsevnen, samt forhold på arbeidstakers side» må veies opp mot hverandre.⁸⁵ I tillegg vil varigheten og omfanget av det aktuelle tilretteleggingstiltaket også ha betydning.⁸⁶ De nevnte momentene vil bli gjennomgått i punkt 3.7.

I ldl. § 22 andre ledd presiseres det at plikten kun gjelder for tilrettelegging som ikke innebærer en «uforholdsmessig byrde». Dette gjelder i tilfeller hvor arbeidsgiver skal tilrettelegge slik at arbeidstakeren kan «beholde» arbeidet sitt og dersom arbeidstaker er avhengig av å «få» annet arbeid. I vurderingen av hva som utgjør en «uforholdsmessig byrde»

⁸³ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13.

⁸⁴ Rt. 1995 s. 227 s. 232.

⁸⁵ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13. Se også Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 309 og Ot.prp. nr. 18 (2002 – 2003) s. 4.

⁸⁶ Engan og Våg (2020) s. 56.

skal det særlig legges vekt på «tilretteleggingens effekt for å fjerne barrierer for personer», «kostnadene ved tilretteleggingen» og «virksomhetens ressurser», jf. ldl. § 22 andre ledd, andre punktum bokstav a til c.

En naturlig forståelse av ordlyden «uforholdsmessig byrde» er at arbeidsgiver påføres urimelige store ulemper gjennom tilretteleggingstiltaket som står i misforhold til nytten arbeidstakeren har av tiltaket. Basert på momentene listet opp i bokstav a til c er det naturlig å tenke at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle for å bestemme hva som vil utgjøre en «uforholdsmessig byrde».⁸⁷ Opplistingen av momentene er ikke uttømmende jf. ordlyden «særlig legge vekt på», og andre forhold kan derfor ha betydning.⁸⁸ Behovet for tilrettelegging og effekten av denne blir løftet frem som viktige momenter.⁸⁹ Videre har det også betydning om tilretteleggingen gjør det mulig for arbeidstakeren å utføre de sentrale oppgavene ved stillingen eller om tiltaket kun avhjelper utførelsen av mindre omfattende oppgaver.⁹⁰ De nevnte momentene vil bli gjennomgått i punkt 3.7.

I avgjørelser fra Diskrimineringsnemnda uttales det at «[...] tilretteleggingen må vurderes fortløpende, både med tanke på om den er egnet for den det gjelder og med tanke på om den innebærer en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiveren».⁹¹ Dette kan indikere at det kan være vanskelig å iverksette tilretteleggingstiltak som er ment å være permanente. Det er viktig å påpeke at vilkåret «uforholdsmessig byrde» er en «sikkerhetsventil» som ikke må tolkes vidt.⁹² Utgangspunktet er derfor at arbeidsgiver har en plikt til å tilrettelegge slik at den enkelte arbeidstakerens behov imøtekommes,⁹³ og at det må en del til før tilretteleggingstiltaket anses som uforholdsmessig.⁹⁴

Under punkt 3.7 vil de ulike momentene knyttet til interesseavveiningen i aml. § 4-6 og ldl. § 22 gjennomgås nærmere. Momentene vil behandles etter følgende inndeling; forhold på virksomhetens side, forhold knyttet til tilretteleggingstiltaket, og forhold knyttet til arbeidstaker.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 182.

⁸⁸ Engan og Våg (2020) s. 131 – 132, og Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 22.3.3, Juridika.no (lest 17.11.2022).

⁸⁹ Engan og Våg (2020) s. 132.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ DIN-2021-41, DIN-2019-150 og DIN-2018-144.

⁹² Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 181 og Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 221.

⁹³ Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 181.

⁹⁴ Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 22.3.2, Juridika.no (lest 17.11.2022).

3.7 Generelle momenter i interesseavveiningen

3.7.1 Forhold på virksomhetens side

Virksomhetens økonomiske situasjon vil være sentral i vurderingen av tilretteleggingsplikten rekkevidde etter aml. § 4-6. Bedrifter som er økonomisk ressurssterke vil ofte ha større muligheter for å iverksette tilretteleggingstiltak sammenliknet med en virksomhet med svakere økonomi.⁹⁵ Kostnadsbildet ved et sykefravær avhenger imidlertid av en rekke faktorer.⁹⁶ Andre ansatte må i noen tilfeller ta over arbeidsoppgavene til den sykmeldte, noe som leder til overtidsbetaling. Dersom det er behov for å skaffe vikar vil det påløpe kostnader i forbindelse med opplæring. En arbeidsgiver må i tillegg betale faste utgifter. Dette kan føre til at tilretteleggingstiltaket anses for å være utenfor det som er «mulig». I avgjørelsen LG-2016-177480 ble tilretteleggingsplikten ansett som oppfylt fordi det på grunn av virksomhetens økonomiske stilling i kombinasjon med nedbemanningsprosessen ikke var mulig å tilrettelegge.⁹⁷

At mangel på ressurser medfører at tilrettelegging for arbeidstaker ikke er mulig, er ingen unnskyldning virksomheter kan påberope seg uten videre.⁹⁸ Det kreves at arbeidsgiver foretar grundige undersøkelser for å finne løsninger som kan være hensiktsmessige, blant annet må arbeidsgiver undersøke muligheten for offentlig bistand.⁹⁹ Forarbeidene er klare på at en virksomhet ikke kan vise til dens svake økonomi som et hinder for tilrettelegging dersom virksomheten ikke har vurdert eksisterende muligheter, eller benyttet seg av relevante tilbud som kunne dekke det aktuelle tilretteleggingstiltaket.

Virksomhetens størrelse kan også ha betydning for rekkevidden av tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6. I forarbeidene uttales det at en større virksomhet ofte vil ha bedre muligheter til å legge om arbeidsrutiner, tilpasse arbeidsoppgaver og omplassere arbeidstakere enn det mindre virksomheter vil ha.¹⁰⁰ En slik oppfatning vises også i underrettspraksis blant annet i LE-1993-2176 og LB-2000-3513. Forarbeidene er klare på at «det skal mye til før en virksomhet med flere hundre ansatte skal kunne høres med at det ikke er mulig å legge til rette for eller

⁹⁵ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13.

⁹⁶ Engan og Våg (2020) s. 50 – 51.

⁹⁷ Ibid. s. 51 – 52.

⁹⁸ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13.

⁹⁹ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13 og Skarning (2019) s. 66.

¹⁰⁰ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13.

omplassere en arbeidstaker med for eksempel skadet rygg».¹⁰¹ Dette gjelder særlig dersom situasjonen er midlertidig. Det kan likevel tenkes at også større virksomheter kan rammes hardt av sykefravær i virksomheten.¹⁰² Engan og Våg er derfor av den oppfatning at man ikke kan oppstille en generell regel om at større virksomheter har en mer vidtgående tilretteleggingsplikt enn mindre virksomheter.¹⁰³

Virksomhetens ressurser er også et moment som inngår i forholdsmessighetsvurderingen i ldl. § 22 andre ledd bokstav c. Synspunktet om at det må stilles strengere krav til virksomheter med store ressurser enn bedrifter som har dårligere økonomi, gjør seg også gjeldende her.¹⁰⁴ Det samme kan tenkes om store bedrifter. Engan og Vågs uttalelse om at det må foretas en individuell vurdering kan også synes å være rimelig etter ldl. § 22.

Virksomhetens art er et ytterligere moment i den konkrete helhetsvurderingen etter aml. § 4-6. Dersom arbeidsoppgavene i et selskap utelukkende består i å kjøre buss, vil det være vanskelig å tilby den ansatte andre arbeidsoppgaver. For en virksomhet som hovedsakelig opererer med skiftordning, vil tilrettelegging i form av å redusere stillingsprosenten bli problematisk fordi det vil kreve en omlegging av hele turnusplanen. I LB-2016-70178-2 gjaldt saken en arbeidstaker som ønsket arbeidstiden tilrettelagt på en spesifikk måte etter at han var blitt skadet i en trafikkulykke. Arbeidsgiver mente at det ikke var mulig å fortsette med tilrettelegging av arbeidstiden på denne måten i «uoversiktlig fremtid», da det ble problematisk å sette opp turnusplaner som ikke brøt kjøre- og hvilereglene. Lagmannsretten uttalte at det måtte tas hensyn til virksomhetens art, i dette tilfellet en virksomhet som var avhengig av fastsatte rute- og turnusplaner, og at Norgesbuss av den grunn hadde behov for forutberegnelighet. På grunn av dette kom lagmannsretten til at det ønskede tilretteleggingstiltaket falt utenfor arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6.¹⁰⁵

Virksomhetens art kan også være et relevant moment i vurderingen etter ldl. § 22. I DIN-2019-150 ble det lagt vekt på virksomhetens art i forholdsmessighetsvurderingen. Arbeidstakeren arbeidet som trafikkbetjent og ønsket blant annet tilrettelegging i form av permanent fritak fra nattevakter. Nemnda kom til at tilretteleggingen var en uforholdsmessig byrde for arbeidsgiver ettersom tilretteleggingen innebar ganske store endringer fra det som

¹⁰¹ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 13.

¹⁰² Engan og Våg (2020) s. 50.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Engan og Våg (2020) s. 132.

¹⁰⁵ Ibid. s. 53.

var utgangspunktet for den slags stilling og virksomheten hadde ansvar for å få turnusordningen til å fungere for de resterende arbeidstakeren, og sørge for tilstrekkelig bemanning.

3.7.2 Forhold knyttet til tilretteleggingstiltaket

3.7.2.1 Tilretteleggingstiltakets art, varighet og kostnader

Tilretteleggingstiltakets art kan være relevant for rekkevidden av tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 og ldl. § 22. Det vil ofte være mer byrdefullt for arbeidsgiver å måtte foreta endringer i turnusplanen dersom en arbeidstaker har behov for fritak fra eksempelvis nattvakter, enn dersom det er snakk om fysisk tilrettelegging som innebærer å installere en justerbar kontorpult.

Videre vil tilretteleggingstiltakets varighet ha betydning for om tiltaket er «mulig» å gjennomføre, jf. aml. § 4-6 første ledd, eller om det utgjør en «uforholdsmessig byrde», jf. ldl. § 22 andre ledd. Det kan ofte være enklere å iverksette tiltak som er ment å vare en kort periode, da ulempene tiltaket medfører vil være akseptable og innenfor virksomhetens tåleevne.

Kostnadene ved tilretteleggingen skal tillegges vekt, jf. ldl. § 22 andre ledd bokstav b. Det kan ha betydning om tiltaket krever en engangsinvestering eller om det dreier seg om løpende kostnader. I DIN-2021-41 kom nemnda til at virksomhetens økonomi i kombinasjon med permitteringer medførte at et tilretteleggingstiltak ble ansett for å utgjøre en «uforholdsmessig byrde». Dersom en arbeidsgiver avviser et krav om tilrettelegging på bakgrunn av kostnadene, blir det i forarbeidene stilt krav til at kostnadene må konkretiseres ved at det eksempelvis blir utarbeidet et kostnadsoverslag av en fagkyndig.¹⁰⁶ At en fagkyndig må utarbeide kostnadsoverslaget er imidlertid enkelte teoretikere uenige i, og det blir uttalt at det bør være tilstrekkelig at arbeidsgiver kan legge frem et kostnadsoverslag.¹⁰⁷ Dersom bedriften kan få kostnadene dekket av det offentlige, bør også dette ha vært forsøkt før et eventuelt avslag.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 221.

¹⁰⁷ Engan og Våg (2020) s. 132.

¹⁰⁸ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 221.

3.7.2.2 Tilretteleggingstiltakets effekt og utsiktene til bedring

Tilretteleggingstiltakets effekt er et annet moment i helhetsvurderingen etter aml. § 4-6 og ldl. § 22. Etter ldl. § 22 andre ledd bokstav a ser man på «tilretteleggingens effekt for å fjerne barrierer for personer med funksjonsnedsettelse». Det innebærer at dersom et tilretteleggingstiltak vil gjøre arbeidsplassen mer tilgjengelig for flere arbeidstakere med funksjonsnedsettelse, vil dette anses som et effektivt tiltak og tale for at iverksettelse av tiltaket ikke er en «uforholdsmessig byrde», jf. ldl. § 22 andre ledd.¹⁰⁹ Hvis tiltaket kun har effekt for én arbeidstaker, skal det mindre til for å anse tilretteleggingen som byrdefullt.¹¹⁰

På samme måte vil ikke arbeidsgiver ha plikt etter aml. § 4-6 til å iverksette tilretteleggingstiltak dersom det er svært lite sannsynlig at tiltaket bidrar til å få arbeidstaker tilbake i arbeid.¹¹¹ Dersom det er sannsynlig at tilretteleggingstiltaket vil medføre at arbeidstaker kan komme tilbake i stillingen kan det tale for at arbeidsgiver i større grad må tåle de ulempene tilrettelegging medfører.¹¹²

3.7.2.3 Belastningen for arbeidsmiljøet

Det må også tas hensyn til andre ansatte i virksomheten i vurderingen av hva som er «mulig» å gjennomføre av tilretteleggingstiltak.¹¹³ Kapittel 4 i arbeidsmiljøloven tillegger arbeidsgiver en rekke plikter også overfor andre arbeidstakere. Disse pliktene utgjør derfor en begrensning i den individuelle tilretteleggingsplikten i medhold av aml. § 4-6. Denne oppfatningen er lagt til grunn i Rt. 1995 s. 227 hvor Høyesterett kom til at det ikke kunne tilrettelegges slik at rettighetene til de andre ansatte ble innskrenket eller at de ble påført en større belastning.¹¹⁴ Hensynet til andre arbeidstakere er også et viktig moment i forholdsmessighetsvurderingen etter ldl. § 22 andre ledd.¹¹⁵ I forarbeidene legges det til grunn at dersom tilretteleggingen medfører negative virkninger for de andre ansatte, må dette inngå som et moment i helhetsvurderingen.¹¹⁶ I de samme forarbeidene påpekes det at selv om hensynet til de andre

¹⁰⁹ Engan og Våg (2020) s. 132. Se også Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 182.

¹¹⁰ Engan og Våg (2020) s. 132.

¹¹¹ Engan og Våg (2020) s. 56 og LG-2007-124516.

¹¹² Engan (2022) s. 156.

¹¹³ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

¹¹⁴ Engan og Våg (2020) s. 80.

¹¹⁵ Ibid. s. 132.

¹¹⁶ Prop. 81 L (2016 – 2017) s. 221.

arbeidstakerne i praksis har veid tungt, må de finne seg i visse endringer i arbeidsrutiner og arbeidsoppgaver som følge av tilrettelegging for én arbeidstaker.¹¹⁷

3.7.3 Forhold knyttet til arbeidstaker

3.7.3.1 Betydningen av hvor den reduserte arbeidsevnen oppstod

I forarbeidene til aml. § 4-6 uttales det at «[d]et foreligger en forutsetning for at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er særlig vidtgående dersom helseplagene oppstod under utførelsen av arbeidet».¹¹⁸ Uttalelsen tilsier at dersom arbeidsevnen ble redusert som følge av arbeidsforholdene vil tilretteleggingsplikten være skjerpet. Dette synspunktet har også blitt lagt til grunn i underrettspraksis jf. LB-2005-182268 og LB-2018-24869-2. I den siste avgjørelsen hadde arbeidstakeren fått skader grunnet arbeidsoppgavene som innebar tunge løft. Lagmannsretten la til grunn at det gjaldt et skjerpet krav til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, men ettersom det ble ansett som en «naturlig risiko» for fysiske belastninger i stillingen og fordi arbeidsgiver hadde iverksatt gode rutiner for å redusere belastning og skadeforebyggende tiltak, ble tilretteleggingsplikten ansett som oppfylt.¹¹⁹ I juridisk teori er det imidlertid enighet om at tilretteleggingsplikten er mer vidtgående hvor den reduserte arbeidsevnen har forbindelse med arbeidet. Man kan si at reelle hensyn taler for at det bør være en strengere tilretteleggingsplikt overfor en arbeidstaker som har ofret sin helse for å tjene arbeidsgiverens interesser enn overfor en arbeidstaker som ikke har pådratt seg skaden eller sykdommen i arbeidssammenheng.¹²⁰ I slike tilfeller bør det stilles strengere krav til arbeidsgivers gjenytelse i form av tilrettelegging.¹²¹

Hvorvidt funksjonsnedsettelsen skyldes arbeidsoppgavene er ikke fremhevet som et moment i relasjon til ldl. § 22 i verken lovens forarbeider eller i praksis fra domstolene. Det kan tyde på at momentet derfor har mindre betydning i forholdsmessighetsvurderingen etter ldl. § 22.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 182.

¹¹⁸ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

¹¹⁹ LB-2018-24869-2.

¹²⁰ Engan og Våg (2020) s. 78.

¹²¹ Eidsvaag (2008) s. 428.

3.7.3.2 Alder og ansiennitet

Arbeidstakers alder og ansiennitet er momenter som er relevante for rekkevidden av tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6.¹²² Arbeidstakers alder har betydning for muligheten han har til å skaffe seg nytt arbeid. Dersom det er snakk om en lærer som snart skal pensjoneres og derfor har behov for kortere dager, kan det være utfordrende for vedkommende å skaffe seg nytt arbeid. Ifølge forarbeidene vil arbeidsgivers tilretteleggingsplikt strekke seg lengre i slike tilfeller.¹²³ At arbeidstakers ansiennitet er relevant ved tilretteleggingsplikten henger sammen med lojalitets- og avhengighetsforholdet som ligger til grunn for arbeidsforholdet.¹²⁴ Dette innebærer at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt vil være mer omfattende jo lengre arbeidstakeren har vært i arbeidsgiverens tjeneste.

Verken lovteksten eller forarbeidene til ldl. § 22 angir arbeidstakerens alder og ansiennitet som relevante momenter. På samme måte som i aml. § 4-6 kan hensynet til lojalitetsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver også være aktuelt i forholdsmessighetsvurderingen etter ldl. § 22. Det kan argumenteres for at det skal mer til for at tilretteleggingen skal anses som en «uforholdsmessig byrde» dersom arbeidstakeren har vært i arbeidsgivers tjeneste i lang tid. Når det gjelder alder kan det tenkes å være like vanskelig for en eldre arbeidstaker med funksjonsnedsettelse å skaffe seg arbeid, som det er for en arbeidstaker med midlertidig redusert arbeidsevne. Dette taler for at momentene alder og ansiennitet også gjelder i vurderingen etter ldl. § 22.

3.7.3.3 Arbeidstakers medvirkningsplikt

For at arbeidsgiver skal kunne oppfylle tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 er han avhengig av at arbeidstakeren overholder sin medvirkningsplikt.¹²⁵ Det kan være utfordrende å angi et spesifikt grunnlag for medvirkningsplikten, men den kan utledes fra selve kontraktsforholdet.¹²⁶ Arbeidsforholdet og den alminnelige lojalitetsplikten tilsier at arbeidstaker må strekke seg for å komme tilbake i arbeid og oppfylle sin del av kontraktsforholdet.¹²⁷ I tillegg til alminnelige lojalitetsbetraktninger kan medvirkningsplikten

¹²² Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Engan og Våg (2020) s. 67.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid.

i noen tilfeller fremgå av aml. § 2-3 andre ledd bokstav g. I forarbeidene er det lagt til grunn at arbeidstakers medvirkning til tilretteleggingen vil ha betydning for hva som kan kreves av arbeidsgiver etter aml. § 4-6, og dermed også for rekkevidden av plikten.¹²⁸ Dette synspunktet er lagt til grunn i underrettspraksis, se blant annet LB-2013-210912 og LA-2017-95878 hvor lagmannsretten kom til at tilretteleggingsplikten var å anse som oppfylt på grunn av manglende medvirkning fra arbeidstaker.

En hensiktsmessig tilrettelegging etter ldl. § 22 forutsetter at arbeidstaker har en plikt til å medvirke.¹²⁹ Dette er fordi arbeidstakeren ofte har kunnskap om og kjennskap til hvilke tiltak som kan bidra til å tilfredsstille behovet for individuell tilrettelegging.¹³⁰ Det blir videre uttalt i forarbeidene til bestemmelsen at dersom arbeidstakeren ikke bidrar til å avklare behovet så er det den enkelte som må bære konsekvensene av manglende tilrettelegging.¹³¹ Synspunktet har også blitt lagt til grunn i praksis fra Diskrimineringsnemnda, jf. LDN-2012-3 og LDN-2014-25.

3.8 Oppsummert om terskelen

Gjennomgangen i dette kapittelet viser at det må foretas en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle for å bestemme hva som er «mulig», jf. aml. § 4-6 første ledd eller hva som ikke utgjør en «uforholdsmessig byrde», jf. ldl. § 22 andre ledd. Det må i hovedsak foretas en interesseavveining mellom arbeidstakers behov for tilretteleggingen og ulempene arbeidsgiver påføres som følge av dette. I denne interesseavveiningen vil ulike forhold ved virksomheten og arbeidstakeren spille inn, samt forhold ved tilretteleggingstiltaket. De ulike momentene under disse tre forholdene vil bidra til å fastlegge rekkevidden av tilretteleggingsplikten i hvert enkelt tilfelle.

¹²⁸ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008) s. 181.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

4 Generelt om kravet til dokumentasjon og domstolsprøving av arbeidsgivers vurderinger

4.1 Kravet til dokumentasjon

Det stilles krav til at en oppsigelse må være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold etter aml. § 15-7 første ledd. Det innebærer at det må foretas en konkret, skjønnsmessig avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.¹³² Der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers reduserte arbeidsevne vil spørsmålet om arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 være sentralt i saklighetsvurderingen.¹³³

Utgangspunktet i norsk rett er at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for de forholdene som en oppsigelse er begrunnet i.¹³⁴ Dersom det å tilrettelegge for en arbeidstaker med redusert arbeidsevne etter aml. § 4-6 vil medføre store ulemper for arbeidsgiver slik at det ikke er «mulig» å gjennomføre tilretteleggingstaket, må arbeidsgiver kunne dokumentere dette.

Ved domstolsprøving av oppsigelsens rettmessighet er det de faktiske forholdene og opplysningene på oppsigelsestidspunktet som må legges til grunn.¹³⁵ I HR-2021-2389-A ble det uttrykt at det «ikke [er] utelukket» å legge til nye opplysninger som «kommer frem umiddelbart etter oppsigelsen», og som står i «nær sammenheng» med det faktiske grunnlaget som oppsigelsen bygger på.¹³⁶ Høyesterett uttalte imidlertid at ettersom det ifølge loven er oppsigelsen som er rammen, bør suppleringsadgangen praktiseres med varsomhet.¹³⁷

I HR-2019-424-A gjaldt saken nedbemanningsoppsigelser hvor arbeidsgiver valgte å fravike ansiennitetsprinsippet og heller gå ut ifra mer skjønnsmessige kriterier.¹³⁸ Til dette uttalte Høyesterett at «dess mer skjønnsmessige og subjektive kriteriene da er, dess bedre

¹³² HR-2022-390-A, avsnitt 34. Se også Engan (2022) s. 138.

¹³³ HR-2022-390-A, avsnitt 35.

¹³⁴ Skjønberg (2022) s. 673.

¹³⁵ Ibid. s. 674.

¹³⁶ HR-2021-2389-A, avsnitt 44.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ HR-2022-390-A, avsnitt 57.

dokumentasjon må kreves».¹³⁹ Det ser ut til at Diskrimineringsnemnda også stiller strenge krav til arbeidsgivers dokumentasjon og begrunnelse for å avslå arbeidstakers ønske om tilrettelegging, dersom dette er begrunnet i at tilretteleggingen vil medføre «uforholdsmessig byrde».¹⁴⁰

4.2 Domstolenes prøvingsintensitet med arbeidsgivers vurderinger av tilretteleggingsplikten

Domstolsprøving av arbeidsgivers vurderinger eller styringsrettsbeslutninger innebærer at domstolene vurderer rettmessigheten av beslutningene.¹⁴¹ Det skilles mellom domstolenes prøvingskompetanse og prøvingsintensitet.¹⁴² Prøvingskompetansen dreier seg om hva domstolene har adgang til å prøve, mens prøvingsintensiteten handler om hvor inngående domstolene prøver arbeidsgivers beslutninger.¹⁴³ Utgangspunktet i norsk rett er at domstolene har full prøvelseskompetanse av arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger.¹⁴⁴ Domstolene kan dermed prøve alle sider av arbeidsgivers beslutninger opp mot de rettslige skrankene som følger av lov, tariffavtale og arbeidsavtalen.

Det som derimot har vært omdiskutert i lang tid er domstolenes prøvingsintensitet.¹⁴⁵ Domstolenes prøvingsintensitet med arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger avhenger av hvem domstolene anser som kompetent til å foreta vurderingene.¹⁴⁶ Eksempelvis vil prøvingsintensiteten være svakere ved prøving av arbeidsgivers vurderinger basert på bedriftens økonomi og strategi, enn dersom det gjelder en oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold.¹⁴⁷ De ulike vurderingen omtales som henholdsvis ‘autonom’ og ‘heteronom’ kompetanse, og dette vil bli forklart nærmere nedenfor.

Arbeidsgivers beslutninger som treffes i medhold av styringsretten blir ofte kategorisert som enten utøvelse av heteronom eller autonom kompetanse.¹⁴⁸ Den ‘heteronome’ kompetansen

¹³⁹ HR-2019-424-A, avsnitt 81.

¹⁴⁰ Eidsvaag (2021) s. 477.

¹⁴¹ Skjønberg (2022) s. 185.

¹⁴² Hotvedt (2021) s. 244.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Skjønberg (2022) s. 185.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Skjønberg (2022) s. 174.

gir kompetanse til å ensidig binde arbeidstakere, og omtales som 'arbeidsledelse'.¹⁴⁹ Dette kan omfatte beslutninger om arbeidsutførelse, arbeidstid, arbeidssted, arbeidsuniform og kontrolltiltak.¹⁵⁰ Den heteronome kompetanseformen anses som særegen for arbeidsforhold og har en direkte påvirkning på arbeidstaker.¹⁵¹

Den 'autonome' kompetansen handler om å treffe beslutninger med bindende virkninger for en selv, og er ikke på samme måte som den heteronome kompetansen noe særegent for arbeidsforholdet.¹⁵² Arbeidsgiveren treffer her beslutninger i kraft av privatautonomien og dette omfatter både avtalekompetanse og eierrådighet, sistnevnte er også kjent som 'virksomhetsledelse'.¹⁵³ Ansettelse er et eksempel på utøvelse av avtalekompetansen, mens eierrådighet eller virksomhetsledelse vil være dersom arbeidsgiver treffer beslutninger knyttet til bedriftens økonomi og strategi, som for eksempel nedleggelse av bedriften.¹⁵⁴ Utøvelse av den autonome kompetansen vil ofte ha en indirekte betydning for arbeidstakerne.¹⁵⁵ Av den grunn benytter man en videre forståelse av styringsrettsbegrepet slik at også den autonome kompetanse omfattes, selv om det i praksis er den heteronome kompetanseutøvelsen som anses som styringsrett.¹⁵⁶ Hvorvidt en beslutning er omfattet av den heteronome eller autonome kompetansen har derfor betydning for domstolenes prøvelseskompetanse og prøvingsintensitet.

Lagmannsretten har i en rekke saker stilt strenge krav til arbeidsgivers vurderinger, kartlegging og kompetanse ved beslutninger som gjelder omplassering av arbeidstakere med redusert arbeidsevne, jf. LF-2018-185451 og LA-2018-20761. Praksis fra Diskrimineringsnemnda viser imidlertid at de er noe tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers vurderinger i liknende saker. I LDN-2014-6 gjaldt saken individuell tilrettelegging for en arbeidstaker som ikke kunne fortsette i stillingen sin og ønsket å arbeide i kommunens administrative stillinger. Arbeidsgiver mente at arbeidstakeren ikke hadde tilstrekkelige norskkunnskaper for å arbeide i en slik stilling. Nemnda uttalte i saken at «[n]år arbeidsgiver vurderer det slik at det kreves norskkunnskaper for å utføre kontoroppgaver i

¹⁴⁹ Skjønberg (2022) s. 174.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid. s. 174 – 175.

¹⁵⁵ Ibid. s.175.

¹⁵⁶ Ibid.

kommunen, vil nemnda vise forsiktighet med å overprøve arbeidsgivers vurderinger». ¹⁵⁷ Også når det gjelder organiseringen av arbeidet og arbeidsplassen har Diskrimineringsnemnda vært tilbakeholdne og uttalt at «[n]emnda kan bare i begrenset grad overprøve de vurderinger en arbeidsgiver selv gjør av den praktiske organiseringen av arbeidet ved arbeidsplassen», jf. LDN-2014-25, DIN-2018-144 og DIN-2020-244.

¹⁵⁷ Ballangrud og Søbstad, *Lovkommentar*, punkt 2.2.5, Juridika.no (lest 17.11.2022).

5 Er det en særlig terskel for varige tilretteleggingstiltak som innebærer inngrep i organisasjons- og stillingsstrukturen?

5.1 Innledning

Den generelle gjennomgangen under punkt 3.7 har vist at rekkevidden av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt vil variere ut ifra ulike momenter. Ettersom at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle vil man i utgangspunktet ikke kunne oppstille en generell terskel for tilretteleggingsplikten. Spørsmålet videre er om HR-2022-390-A innebærer at det likevel kan oppstilles en egen terskel for tilretteleggingstiltak som gjør permanente inngrep i organisasjons- og stillingsstrukturen.

Dommen HR-2022-390-A gjaldt en arbeidstaker som ble oppsagt som følge av at hans arbeidsevne var nedsatt med 50 prosent da han vendte tilbake til arbeid etter langtidssykefravær. Arbeidsgiveren hadde gjort flere forsøk på å tilrettelegge for arbeidstakeren slik at han kunne komme tilbake i full stilling som multimedieprodusent, men ønsket ikke å tilrettelegge i form av varig redusert arbeidstid på grunn av de ulempene dette ville medføre for bedriften. En enstemmig Høyesterett mente at arbeidsgiveren hadde oppfylt tilretteleggingsplikten ved å gjennomføre flere tilretteleggingstiltak opp gjennom årene, og at oppsigelsen derfor var gyldig. Høyesterett mente videre at tilrettelegging i form av permanent redusert stilling medførte permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen. For at arbeidsgiveren skulle ha plikt til å tilrettelegge i et slikt tilfelle måtte det foreligge «viktige grunner», noe Høyesterett mente at det ikke gjorde. Etter denne dommen er utgangspunktet at tilretteleggingstiltak som innebærer permanente endringer i stillings- og organisasjonsstrukturen faller utenfor det som er «mulig», jf. aml. § 4-6.

I dette kapittelet skal Høyesteretts argumentasjon i dommen HR-2022-390-A og kritikken den har fått behandles nærmere. Det skal også ses nærmere på hvilken betydning dommen har for tolkningen av den individuelle tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 og ldl. § 22. I dette kapittelet vil også problemstillingen for masteroppgaven besvares.

5.2 Hensynet til styringsretten

I HR-2022-390-A uttalte Høyesterett blant annet at tilretteleggingsplikten må tolkes i lys av «hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur».¹⁵⁸ Dermed legger Høyesterett vekt på hensynet til arbeidsgivers styringsrett, og kanskje også hensynet til arbeidsgivers plikter overfor de andre arbeidstakerne, i vurderingen av tilretteleggingspliktens rekkevidde etter aml. § 4-6.

Høyesterett uttalte videre at ordlyden «så langt det er mulig» ikke kan tas på ordet fordi tilrettelegging i form av redusert arbeid kan medføre særlige problemer for arbeidsgiver.¹⁵⁹ Eksempelvis kan det oppstå «betydelige problemer» med å skaffe annen arbeidskraft som kan ta over resttiden som oppstår, jf. Ot.prp.nr. 49 (2004- 2005) s. 104.¹⁶⁰ Det vil da være behov for å vektlegge hensynet til de konkrete ulempene arbeidsgiver påføres av tiltaket i vurderingen av hvilke tilretteleggingstiltak som er «mulig». Høyesterett mente at vanskene med å skaffe annen arbeidskraft ikke er det eneste problemet som er relevant «i denne sammenheng».¹⁶¹ Dette tolkes som at også andre typer problemer for arbeidsgiver kan medføre at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen må vektlegges i vurderingen av tilretteleggingspliktens rekkevidde, slik at tilretteleggingstiltaket anses for å ligge utenfor det som er «mulig».¹⁶² Dette kan tilsi at arbeidsgivers behov for å bestemme stillings- og organisasjonsstrukturen er et generelt viktig hensyn, som ikke trenger å begrunnes konkret.

Høyesterett mente likevel om at det etter aml. § 4-6 skal foretas en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle, slik at resultatet kan bli annerledes i andre tilfeller.¹⁶³ Videre oppstilte Høyesterett en rekke momenter som spiller inn i helhetsvurderingen blant annet om det er snakk om «kortvarige eller langvarige tilretteleggingstiltak, om stillingsstrukturen allerede innebærer bruk av deltidsstillinger, og om bedriften har behov for en ny stilling som kan passe».¹⁶⁴ Det er naturlig å anta at disse momentene knytter seg mer konkret til vurderingen av om arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge arbeidstiden. De første to momentene sikter til arbeidsgivers plikt til å iverksette tiltak slik at arbeidstaker kan

¹⁵⁸ Avsnitt 46.

¹⁵⁹ Avsnitt 45.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Avsnitt 47.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Avsnitt 48.

¹⁶⁴ Ibid.

«beholde» arbeidet, og det siste dreier seg om å tilrettelegge slik at arbeidstaker kan «få et passende arbeid». De følgende avsnittene vil forsøke å klarlegge hvilken betydning disse momentene har i en helhetsvurdering.

Dersom redusert arbeidstid iverksettes som et langvarig tilretteleggingstiltak kan det over tid føre til store utfordringer for arbeidsgiver og virksomheten. Blant annet kan det medføre problemer med å finne arbeidskraft som kan dekke resttiden som oppstår, eller påføre virksomheten økonomiske belastninger over tid, noe som kan gå utover helsen til andre arbeidstakere som må ta over arbeidsoppgavene.¹⁶⁵ På bakgrunn av Høyesteretts uttalelse i HR-2022-390-A kan det virke som at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen i virksomheten veier tyngre dersom slike problemer oppstår ved tilretteleggingen. Hvis redusert arbeidstid heller brukes som et kortvarig tilretteleggingstiltak, vil ikke den økonomiske belastningen og belastningen på de andre arbeidstakerne være like stor, og mest sannsynlig være innenfor virksomhetens tåleevne. Dermed vil ikke ulempene være like store, og det trekker i retning av at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen skal tillegges mindre vekt.

Dersom virksomheten opererer med både deltids- og heltidsansatte vil det være mindre problematisk for arbeidsgiver å tilby redusert arbeidstid enn i tilfeller hvor virksomheten utelukkende består av heltidsansatte. Hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen gjør seg gjeldende i større grad ved det siste tilfellet fordi arbeidsgiver har behov for en viss arbeidskraft som ikke dekkes gjennom en deltidsstilling. I tillegg kan det tenkes at endringer i stillingsstrukturen kan medføre betydelige problemer med å løse virksomhetens arbeidsoppgaver.

Det tredje momentet som oppstilles er om «bedriften uansett har behov for en ny stilling som kan passe». Det virker som at Høyesterett har ment at selv om det ikke foreligger noen plikt for arbeidsgiver til å opprette en ny stilling, kan arbeidsgiver i kraft av styringsretten selv velge at det skal opprettes en ny stilling som passer arbeidstakerens behov for tilrettelegging. Motsatt kan hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og

¹⁶⁵ Se punkt 3.7.2.3 i oppgaven.

stillingsstrukturen tilsi at arbeidsgiver ikke trenger å opprette en ny stilling dersom bedriften ikke har behov for dette.

Spørsmålet er videre om Høyesterett kan kritiseres for å legge så stor vekt på hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur.

Det fremgår av Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14 at «[d]e pliktene arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven kapittel 4 er tillagt med hensyn til forebyggende tiltak og organisering av arbeidsplassen for *alle* arbeidstakerne vil utgjøre en skranke for styringsretten, og for hvor langt pliktene etter arbeidsmiljøloven § 4-6 kan strekkes for å tilrettelegge for én enkelt arbeidstaker». Hensynet til arbeidsgivers plikter overfor de andre arbeidstakerne vil utgjøre en begrensning i tilretteleggingspliktens rekkevidde, og dermed hva som er «mulig».

Hensynet til arbeidsgivers styringsrett har også blitt vektlagt i tidligere underrettspraksis. I LG-2016-177480 uttalte lagmannsrettens flertall at det «ligger under arbeidsgiver å bestemme virksomheten skal organiseres og Heli-One må derfor stå fritt til å gå tilbake til den organisasjonsstruktur som er bestemt» (sic.). Flertallet ga uttrykk for at arbeidsgivers styringsrett og behovet for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen tilsa at arbeidsgiver ikke hadde plikt til å tilrettelegge i form av å tilby redusert stilling som formann på maskinverkstedet.

I juridisk teori blir det uttalt at for at virksomheten skal utvikles og ivaretas er det nødvendig at arbeidsgiver utøver sin styringsrett.¹⁶⁶ Arbeidsgiver er ofte den som har best oversikt over de individuelle og generelle behovene i virksomheten.¹⁶⁷ Dette tilsier at arbeidsgiver gjennom styringsretten må kunne ensidig beslutte hvorvidt et tilretteleggingstiltak skal gjennomføres og hvordan det skal gjennomføres.¹⁶⁸ Når det gjelder endringer av arbeidstid vil det eksempelvis høre til arbeidsgiver å bestemme plasseringen og organiseringen av den daglige arbeidstiden, med mindre arbeidsgiver har gitt avkall på styringsretten.¹⁶⁹ Større endringer i arbeidstidsordningen som å endre arbeidstiden fra dagarbeid til nattarbeid anses for å ligge utenfor arbeidsgivers styringsrett.¹⁷⁰ Dermed vil produksjonshensyn og hensynet til

¹⁶⁶ Våg og Engan (2021) s. 435.

¹⁶⁷ Ibid. s. 435 – 437.

¹⁶⁸ Ibid. s. 435 – 437.

¹⁶⁹ Ibid. s. 438. Se også Rt. 2009 s. 1465.

¹⁷⁰ Våg og Engan (2021) s. 438.

arbeidsgivers overordnede ansvar overfor alle arbeidstakerne, tilsi at arbeidsgiver bør ha stort spillerom til å bruke styringsretten for å iverksette tilretteleggingstiltak som omplassering.¹⁷¹

At Høyesterett trekker inn hensynet til arbeidsgivers styringsrett og arbeidsgivers plikter overfor de andre arbeidstakerne er dermed i tråd med forarbeidsuttalelsene og viderefører synspunktet lagt til grunn i underrettspraksis. Engan mener at uttalelsene i dommen ikke kan tolkes som at hensynet til stillings- og organisasjonsstrukturen alltid vil begrense tilretteleggingspliktenes rekkevidde.¹⁷² Arbeidsgiver kan ikke til enhver tid komme seg unna tilretteleggingsplikten kun fordi tilretteleggingstiltaket er i strid med fastsatt stillingsstruktur.¹⁷³ Dersom arbeidsgiver kan begrunne konkret hvorfor en bestemt organisasjons- og stillingsstruktur vil være mer hensiktsmessig for virksomheten, må dette etter Engans syn vektlegges i helhetsvurderingen av om plikten etter aml. § 4-6 er oppfylt eller ikke.

Basert på dette mener Engan at Høyesteretts oppsummering er «uproblematisk og i samsvar med etablerte utgangspunkter».¹⁷⁴ Det kan argumenteres for at Høyesteretts oppsummering ikke er like uproblematisk slik Engan hevder. Momentene Høyesterett oppstiller er vinklet i arbeidsgivers favør, og det virker som at Høyesterett ser bort ifra andre momenter som kan tale for en tilretteleggingsplikt.¹⁷⁵ Videre ser det ut til at Høyesterett legger større vekt på hensynet til arbeidsgivers styringsrett som en begrensning i tilretteleggingsplikten, enn det som fremgår av forarbeidsuttalelsene.¹⁷⁶ Det kan gi inntrykk av at Høyesterett beveger seg bort fra utgangspunktet om at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge slik at sykmeldte arbeidstakere kan vende tilbake til jobb.¹⁷⁷

5.3 Kravet om «viktige grunner»

I dommen HR-2022-390-A uttalte førstvoterende at dersom det er «tale om permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen i bedriften, må det imidlertid etter mitt syn foreligge *viktige grunner* før § 4-6 medfører en plikt for arbeidsgiver» til å tilrettelegge, (min

¹⁷¹ Engan og Våg (2020) s. 64. Se også Eidsvaag (2008) s. 377.

¹⁷² Engan (2022) s. 149.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Engan (2022) s. 150.

¹⁷⁵ Se momentene som er gjennomgått i punkt 3.7 i oppgaven.

¹⁷⁶ Se Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 14.

¹⁷⁷ Ibid. s. 13.

kursivering).¹⁷⁸ Høyesterett oppstiller dermed en ny terskel som ikke har blitt trukket frem i tidligere rettspraksis.¹⁷⁹

Uttalelsen forstås som at hensynet til arbeidsgivers styringsrett veier tyngre enn hensynet til arbeidstakerens behov i tilfeller hvor tilretteleggingen vil medføre permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen. Dersom arbeidsgiver skal pålegges en plikt til å tilrettelegge for arbeidstakeren i slike situasjoner, må det foreligge «vektige grunner» på arbeidstakers side. Hva som anses som «vektige grunner» blir ikke presisert i dommen, og Høyesterett kommenterer heller ikke hvorvidt det forelå «vektige grunner» på arbeidstakers side i den aktuelle saken. Ettersom Høyesterett kom til at oppsigelsen av arbeidstakeren var saklig,¹⁸⁰ er det nærliggende å tro at Høyesterett anså tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 som oppfylt selv om arbeidsgiver ikke tilbød arbeidstakeren en permanent deltidsstilling.¹⁸¹ Det er derfor naturlig å tenke at det ikke forelå «vektige grunner» på arbeidstakers side i den aktuelle saken.

Det er likevel uklart hvorfor det ikke ble ansett for å foreligge «vektige grunner» i dette tilfellet. Det kan være at det ikke var tilstrekkelig at arbeidsevnen var redusert med 50 prosent. En annen grunn kan være at arbeidstakeren fortsatt hadde mulighet til å ta utdanning og skaffe seg arbeid, og det var ingen forhold ved hans livs- og familiesituasjon som tilsa at han ville bli påført en uforholdsmessig stor belastning på grunn av redusert inntekt og tapt tilknytning til arbeidslivet.¹⁸² Sistnevnte kan minne om interesseavveiningen som foretas etter aml. § 15-7 mellom virksomhetens behov og de ulempene oppsigelsen påfører arbeidstakeren.¹⁸³ Høyesterett refererte til flertallets vurdering i lagmannsretten og uttalte «[j]eg kan ikke se at denne konkrete avveiningen er i strid med § 4-6»,¹⁸⁴ noe som kan tyde på at denne interesseavveiningen også har relevans til aml. § 4-6. Det er altså ikke godt å si hva som kvalifiserer som «vektige grunner», men det kan virke som at det må foreligge ekstraordinære forhold på arbeidstakers side.

Når det kommer til hva som anses som «permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen» uttalte Høyesterett at «[d]e problemene som lagmannsrettens flertall fant

¹⁷⁸ HR-2022-390-A, avsnitt 48.

¹⁷⁹ Skjønberg (2022) s. 596.

¹⁸⁰ Avsnitt 70.

¹⁸¹ Avsnitt 35.

¹⁸² Avsnitt 68.

¹⁸³ Se også HR-2021-2389-A, avsnitt 41.

¹⁸⁴ Avsnitt 68.

bevist knyttet til en permanent halvtidsstilling for [arbeidstakeren], innebærer etter mitt syn at det ville være tale om en permanent endring i organisasjons- og stillingsstrukturen».¹⁸⁵

Lagmannsretten hadde trukket frem at arbeidet vanligvis var organisert slik at det kun var én produsent per prosjekt, og dersom arbeidstakeren skulle arbeide halv tid ville det medføre lengre tid til prosjektet var ferdigstilt, noe som ville øke belastningen på de andre ansatte som måtte ta hasteoppdrag og andre store prosjekter.¹⁸⁶ I tillegg var tilstedeværelse på arbeidsplassen en forutsetning på grunn av samarbeid med andre aktører. Lagmannsretten viste også til at det generelt var problematisk å rekruttere kvalifiserte personer til «halve stillinger».¹⁸⁷

Høyesteretts uttalelse om «vektige grunner» har blitt kritisert i juridisk teori. Enkelte teoretikere mener at kravet om «vektige grunner» utledes av et svært tynt rettskildegrunnlag,¹⁸⁸ og medfører «en ytterligere innsnevring» av tilretteleggingsplikten.¹⁸⁹ Andre mener at det derimot har vært et forsøk på en presisering av tilretteleggingsplikten.¹⁹⁰ Ifølge Engan samsvarer det at det må foreligge vektige grunner for at arbeidsgiver skal gjøre permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen med at hensynet til den enkelte arbeidstakerens behov må vike for organisatoriske hensyn i bedriften.¹⁹¹ Videre er Engan av den oppfatning at Høyesterett mente at kravet til «vektige grunner» er ment å gjelde for tilfeller hvor endringene som tilretteleggingsplikten medfører skaper konkrete ulemper for arbeidsgiver, men at de ikke har uttrykkelig formulert dette i domspremissene.¹⁹²

Eidsvaag og andre teoretikere tolker Høyesteretts uttalelse om «vektige grunner» som at arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur gis en form for egenvekt i vurderingen av hva som er «mulig» å gjennomføre av tilretteleggingstiltak, uavhengig av andre konkrete ulemper tiltaket vil medføre.¹⁹³ Eidsvaag skriver videre i sin artikkel at kravet om «vektige grunner» innebærer at det legges flere lodd i arbeidsgivers vektskål i den konkrete interesseavveiningen etter aml. § 4-6, og dermed også i saklighetsvurderingen i oppsigelsen på grunn av redusert arbeidsevne.¹⁹⁴ Det kan også

¹⁸⁵ Avsnitt 67.

¹⁸⁶ HR-2022-390-A, avsnitt 63.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Eidsvaag (2022) s. 3.

¹⁸⁹ Due og Vang, *Kommentar til Widerøe-dommen HR-2022-390-A*, punkt 4.1, Juridika.no (lest 14.11.2022).

¹⁹⁰ Engan (2022) s. 150.

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ibid. s. 150 – 151.

¹⁹³ Eidsvaag (2022) s. 3 og Skjønberg (2022) s. 596.

¹⁹⁴ Eidsvaag (2022) s. 3.

argumenteres for at Høyesteretts uttalelse om «vektige grunner» gir inntrykk av at det oppstilles en presumsjon for at hensynet til arbeidsgivers styringsrett i slike tilfeller alltid vil veie tyngre enn arbeidstakers behov for tilrettelegging. På bakgrunn av dette kan det virke som at Høyesterett beveger seg bort fra utgangspunktet om at arbeidsgiver har plikt til å tilrettelegge for arbeidstakere med redusert arbeidsevne.¹⁹⁵ I tillegg forskyves bevisbyrden fra arbeidsgiver til arbeidstaker.¹⁹⁶

Formålet med aml. § 4-6 er å «tilbakeføre» sykmeldte arbeidstakere til arbeidet og hindre utstøting.¹⁹⁷ Det tidligere begrepet «yrkeshemmet» i arbeidsmiljøloven av 1977 rettet seg hovedsakelig mot personer med en varig tilstand, men ved lovendringen i 2003 ble ordlyden endret til « redusert arbeidsevne [...] » som kan innebære både midlertidig og varig redusert arbeidsevne.¹⁹⁸ At lovgiver bevisst har valgt å videreføre varig redusert tilstand hos arbeidstaker taler også for at varige tiltak var ment å omfattes av bestemmelsen. En slik tolkning støttes også av lovens forarbeider,¹⁹⁹ hvor det fremgår at departementet anså det som problematisk at arbeidstakere som var sykmeldte over lengre tid ofte mistet kontakt med arbeidsplassen. Dette kan tyde på at et annet formål med de individuelle tilretteleggingstiltakene var at arbeidstaker skulle beholde sin tilknytning til arbeidsplassen.²⁰⁰

For å ivareta det nevnte formålet må det ha vært tiltenkt at også tilretteleggingstiltak av varig karakter var ment å omfattes av bestemmelsen, og dermed også tiltak som vil medføre permanente endringer i virksomheten. En slik forståelse støttes av at de samme forarbeidene angir at det er mulighet for å kombinere redusert arbeidstid med graderte, varige trygdeytelser som uførepensjon.²⁰¹ Når Høyesterett legger til grunn en høyere terskel for å iverksette tilretteleggingstiltak som kan medføre endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen i virksomheten, kan det virke som at dette ikke samsvarer med lovbestemmelsens formål og forarbeidsuttalelsene.

Ettersom foranledningen med lovendringen i 2003 var å senke sykefraværet, kan det argumenteres for at en ordning med tilrettelegging av varig redusert arbeidstid ville virke mot sin hensikt fordi man åpner for et delvis sykefravær. Endringen av ordlyden i 2003 kan tyde

¹⁹⁵ Prop. 89 L (2010 – 2011) s. 12.

¹⁹⁶ Eidsvaag (2022) s. 3.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 104.

¹⁹⁸ Eidsvaag (2022) s. 2.

¹⁹⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002 – 2003) s. 8.

²⁰⁰ Eidsvaag (2008) s. 382.

²⁰¹ Eidsvaag (2022) s. 2-3 og Ot.prp. nr. 18 (2002 – 2003) s. 8 – 9.

på at det har skjedd en utvikling og at det skal legges større vekt på å iverksette midlertidige tilretteleggingstiltak. Da kan det tenkes at terskelen «vektige grunner» som Høyesterett oppstiller likevel er i tråd med motivene bak bestemmelsen.

Det ville imidlertid være uheldig dersom kun midlertidige tilretteleggingstiltak skulle omfattes da dette hadde medført at arbeidstakere, som har behov for å jobbe i redusert stilling, måtte velge mellom å enten fortsette i en 100 prosent stilling eller å bli sagt opp. Det ville gjort det vanskelig å etterleve formålet om at arbeidstakeren skal beholde sin tilknytning til virksomheten. Denne tolkningen er ikke i tråd med formålet bak bestemmelsen om individuell tilrettelegging, og har derfor ikke gode grunner for seg.

5.4 Forarbeidsuttalelsene knyttet til om det foreligger en plikt til å opprette en ‘ny’ stilling

I HR-2022-390-A anførte arbeidstakeren at arbeidsgiveren hadde plikt til å tilrettelegge i form av å permanent redusere stillingen hans fra 100 til 50 prosent ettersom arbeidsevnen hans var nedsatt med 50 prosent.²⁰² Arbeidsgiver mente på sin side at det ville være å «opprette en ny stilling» dersom stillingen ble redusert til en halvtidsstilling på permanent basis.²⁰³ I dommen tok ikke Høyesterett stilling til om det aktuelle tilretteleggingstiltaket var å anse som opprettelse av en ny stilling, men kom med enkelte bemerkninger knyttet til disse anførselene.

I forbindelse med redegjørelsen av vilkåret «så langt det er mulig» viste Høyesterett til forarbeidsuttalelsene i Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 105 hvor det fremgår at «[a]rbeidsgivers plikt går ikke så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstaker, men dersom det er eller blir ledig en passende stilling i virksomheten, skal den tilbys arbeidstakeren [...]».²⁰⁴ Førstvoterende mente at uttalelsen i forarbeidene er et utslag av det generelle prinsippet om at tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 må tolkes i lys av «arbeidsgivers behov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen».²⁰⁵ På bakgrunn av dette uttalte førstvoterende at «[o]gså det å opprette nye stillinger for andre arbeidstakere dersom det er nødvendig av hensyn til den aktuelle arbeidstakeren, kan derfor

²⁰² Avsnitt 19 – 20.

²⁰³ Avsnitt 28.

²⁰⁴ Avsnitt 45 – 46.

²⁰⁵ Eidsvaag (2022) s. 3.

ligge utenfor det som er «mulig»...²⁰⁶ Høyesterett viste til forarbeidsuttalelsene for å legitimere at arbeidsgivers styringsrett kan ha betydning for rekkevidden av aml. § 4-6.²⁰⁷

Som nevnt under punkt 3.4 i oppgaven gir aml. § 4-6 første ledd anvisning på at arbeidsgiver skal tilrettelegge slik at arbeidstaker primært kan «beholde» arbeidet sitt, og dersom dette ikke er mulig skal det så langt det er mulig tilrettelegges slik at arbeidstaker kan få et «passende arbeid». I HR-2022-390-A gjaldt saken spørsmål om arbeidstaker kunne «beholde» sin opprinnelige stilling, men at stillingsomfanget ble redusert, og ikke spørsmål om å skaffe arbeidstakeren «annet passende arbeid». Ut ifra uttalelsene til Høyesterett kan det virke som at Høyesterett anser tilrettelegging for å beholde sin egen stilling, som medfører at det oppstår et udekket behov for arbeidskraft, for å være på linje med det å opprette en ny stilling for å gi arbeidstakeren et «passende arbeid». Som nevnt ovenfor har ikke arbeidsgiver plikt til å opprette en ny stilling ved det sistnevnte tilfellet.²⁰⁸ I begge disse tilfellene vil man gripe inn i stillingsstrukturen. Dette kan være et argument for å anse situasjonene som parallelle og at de samme begrensningene derfor bør gjelde i begge tilfellene. Høyesteretts uttalelser kan derfor tolkes som at arbeidsgiver i medhold av § 4-6 ikke kan ilegges en plikt til å redusere stillingsomfanget for at arbeidstaker kan «beholde» sin egen stilling, dersom dette fører til at det oppstår et udekket behov for arbeidskraft.

Det kan stilles spørsmål ved om Høyesteretts tolkning av forarbeidsuttalelsen kan kritiseres. Når Høyesterett viser til uttalelsene i Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 105, unnlater de å presisere at det før den aktuelle setningen står følgende: «[d]ersom det ikke viser seg å være mulig å tilrettelegge slik at arbeidstaker kan fortsette i sitt vanlige arbeid, skal arbeidsgiver vurdere omplassering/overføring til annet arbeid». I den forbindelse påpekes det i forarbeidene at arbeidsgiver ikke plikter å «opprette en ny stilling». Høyesterett trekker uttalelsen om opprettelse av ny stilling ut av kontekst, og det virker som at de foretar en slags analogisk slutning av ordlyden i forarbeidene.

Ifølge Eidsvaag er det nærliggende å forstå forarbeidsuttalelsene i Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 105 på samme måte som forarbeidsuttalelsene til aml. § 15-7 annet ledd, fordi de knytter seg til like tilfeller.²⁰⁹ Det fremgår av § 15-7 annet ledd at ved

²⁰⁶ Avsnitt 46.

²⁰⁷ Engan (2022) s. 148 – 149.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 105.

²⁰⁹ Eidsvaag (2022) s. 3.

nedbemanningsoppsigelser vil en oppsigelse være usaklig dersom arbeidsgiver har «et annet passende arbeid i virksomheten» som kan tilbys arbeidstakeren. Av forarbeidene Ot.prp. nr. 41 (1975 – 1976) s. 72 fremgår det at regelen ikke innebærer at «arbeidsgiveren skal ha plikt til å opprette en ny stilling som det ikke er behov for, men at han har plikt til å omplassere vedkommende, hvis det er en passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov». En slik forståelse av Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2004) s. 105 kan se ut til å ha støtte fra også andre teoretikere. Engan og Våg viser til den aktuelle forarbeidsuttalelsen og presiserer at «[p]likten til omplassering går ikke så langt at det må opprettes en ny stilling så lenge bedriften ikke har et udekket arbeidsbehov [...]».²¹⁰

Dersom forarbeidene forstås slik Eidsvaag og Engan mener vil det medføre at forarbeidsuttalelsen Høyesterett viser til, begrenses til å gjelde kun de tilfeller der arbeidsgiver må tilrettelegge for at arbeidstaker skal «få et passende arbeid». Dermed vil ikke tilfellene der det oppstår et «udekket arbeidskraftsbehov på deltid» som følge av reduksjon i arbeidstiden til den aktuelle arbeidstakeren, omfattes.²¹¹ Ettersom vi har å gjøre med to ulike situasjoner kan det tale for at de bør behandles på ulike måter. Hvis tilrettelegging skjer ved å redusere stillingsomfanget slik at det oppstår en ny deltidsstilling, går man ikke målrettet inn for å opprette en ny stilling, dette er heller en bieffekt.

På bakgrunn av forståelsen av Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 105 trekker Høyesterett en slutning om at det å opprette nye stillinger for andre arbeidstakere av hensyn til den enkelte arbeidstakerens tilretteleggingsbehov, kan anses for å ligge utenfor arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Det betyr at både det å redusere den aktuelle arbeidstakerens stillingsomfang og det å «opprette nye stillinger» for andre arbeidstakere, kan falle utenfor arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter § 4-6. Slik det er nevnt tidligere kan det argumenteres for at Høyesterett har brukt forarbeidsuttalelser som var ment å regulere et annet tilfelle enn det saken i dommen egentlig gjaldt, og at Høyesteretts rettsoppfatning på dette punktet kan ha noe svak rettskildeforankring.

²¹⁰ Engan og våg (2020) s. 61.

²¹¹ Eidsvaag (2022) s. 3.

5.5 Hva innebærer HR-2022-390-A med henhold til plikten til individuell tilrettelegging av arbeidstid?

5.5.1 Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging av arbeidstid

I HR-2022-390-A opprettholder Høyesterett etablerte utgangspunkter om at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 er vidtrekkende.²¹² Det innebærer at det i enkelte tilfeller må iverksettes tiltak som er økonomisk belastende eller ressurskrevende, og som skaper ulemper for arbeidsgiver.²¹³ I tillegg er Høyesterett enig i at det i hvert enkelt tilfelle må foretas en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering for å fastlegge rekkevidden av plikten til tilrettelegging av arbeidstid.²¹⁴ I situasjoner hvor det er tale om å tilrettelegge ved hjelp av redusert arbeidstid vil det legges vekt på hvorvidt tilretteleggingstiltakene er «kortvarige eller langvarige tilretteleggingstiltak, om stillingsstrukturen allerede innebærer bruk av deltidsstillinger, og om bedriften uansett har behov for en ny stilling som kan passe».²¹⁵

Videre vil hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen generelt være et viktig hensyn i vurderingen av tilretteleggingspliktens rekkevidde og hva som er «mulig» etter aml. § 4-6. Det innebærer at i mange tilfeller vil hensynet til arbeidstakerens behov for tilrettelegging måtte vike for hensynet til arbeidsgiver. På bakgrunn av dette kan det virke som at Høyesterett mener at arbeidsgiver skal gis et sterkere vern i saker som gjelder plikt til individuell tilrettelegging som medfører endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen i virksomheten.

Basert på HR-2022-390-A kan det også se ut til at tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6 ikke innebærer en plikt for arbeidsgiver til å redusere stillingsomfanget, dersom dette medfører at det oppstår et udekket behov for arbeidskraft. Dette medfører at situasjoner hvor stillinger oppstår som følge av tilrettelegging i form av reduksjon i stillingsomfang, og situasjoner hvor det opprettes stillinger for å gi arbeidstaker er «passende arbeid», jf. aml. § 4-6 første ledd, behandles på samme måte. Dette gjelder også for tilfeller hvor det opprettes nye stillinger for andre arbeidstakere av hensyn til den aktuelle arbeidstakerens tilretteleggingsbehov.

²¹² Avsnitt 43.

²¹³ Avsnitt 43.

²¹⁴ Avsnitt 48.

²¹⁵ HR-2022-390-A, avsnitt 48.

Høyesterett påpeker likevel at slike tilfeller «kan» ligge utenfor det som er mulig,²¹⁶ noe som indikerer at arbeidsgiver i enkelte tilfeller kan ha plikt til å tilrettelegge arbeidstiden på den nevnte måten. Høyesteretts uttalelser i dommen fraviker også til en viss grad synspunktene som er lagt til grunn i underrettspraksis. I LA-2013-45685 kom lagmannsretten til at en reduksjon i stillingsomfanget ikke førte til opprettelse av en ny stilling. Høyesterett er imidlertid ikke bundet av rettsoppfatningene i avgjørelsen.

5.5.2 Når har arbeidsgiver plikt til å innvilge varig tilrettelagt arbeidstid?

På bakgrunn av HR-2022-390-A oppstilles det en høy terskel for at arbeidsgiver skal ha plikt til å innvilge varig redusert arbeidstid. I dommen oppstiller Høyesterett et krav om at det må foreligge «viktige grunner» på arbeidstakers side for at aml. § 4-6 skal medføre en plikt for arbeidsgiver til å foreta permanente endringer i virksomhetens organisasjons- og stillingsstruktur. Rettsoppfatningen synes å gjelde i alle tilfeller et tilretteleggingstiltak vil medføre permanente endringer, og ikke bare i de tilfeller tilretteleggingstiltaket skaper betydelige problemer for arbeidsgiver, slik Engan hevder.²¹⁷ Utover dette har ikke arbeidsgiver en plikt til å innvilge varig tilrettelagt arbeidstid for en arbeidstaker med redusert arbeidsevne, jf. aml. § 4-6 første ledd. Dommen avklarer imidlertid ikke hva som menes med «viktige grunner», og det er derfor vanskelig å vite hvilke omstendigheter på arbeidstakers forhold som kan kvalifisere som «viktige grunner».

5.5.3 Får den høyere terskelen virkning også for andre organisatoriske og ikke-organisatoriske tilretteleggingstiltak?

Det er nærliggende å tenke at den høye terskelen som legges til grunn i dommen også gjelder hvor andre tilretteleggingstiltak medfører permanente endringer i virksomhetens organisasjons- og stillingsstruktur. Dette fordi de samme hensynene gjøre seg gjeldende; arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen i virksomheten. Tilretteleggingstiltak av organisatorisk karakter, altså tilrettelegging av arbeidsoppgaver og arbeidstid,²¹⁸ som vil gjøre permanente endringer kan skape betydelige problemer for arbeidsgiver, og derfor oppstilles det et krav om «viktige grunner» før arbeidsgiver pålegges

²¹⁶ Se avsnitt 46.

²¹⁷ Se punkt 5.3 i oppgaven.

²¹⁸ Eidsvaag (2008) s. 34.

en tilretteleggingsplikt. Det er viktig å presisere at dette er utgangspunktet og at det i visse tilfeller kan foreligge en tilretteleggingsplikt for arbeidsgiver til tross for den høye terskelen.

I andre saker hvor tilretteleggingstiltaket ikke medfører permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen, kan dette være et argument for at det kan foreligge en plikt for arbeidsgiver til å tilrettelegge for varig redusert arbeidstid eller deltidsstilling på permanent basis.²¹⁹

5.6 Hvilken betydning har HR-2022-390-A for ldl. § 22?

I HR-2022-390-A foretok Høyesterett en kort vurdering av ldl. § 22, og uttalte at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen også gjelder for vurderingen etter ldl. § 22.²²⁰ Det ble imidlertid ikke sagt noe om hvorvidt det også skulle oppstilles et krav til «viktige grunner». Spørsmålet er derfor hvilken betydning Høyesteretts uttalelser har for ldl. § 22, og om disse samsvarer med det øvrige rettskildebildet.

Når hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstrukturen også skal gjelde for ldl. § 22 kan dette forstås som at dette er et relevant hensyn som skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen.²²¹ Det innebærer at momentene Høyesterett oppstiller i dommen vil ha betydning i denne vurderingen; «kortvarige eller langvarige tilretteleggingstiltak, om stillingsstrukturen allerede innebærer bruk av deltidsstillinger, og om bedriften har behov for en ny stilling som kan passe».²²² Hensynet til arbeidsgivers styringsrett vil imidlertid kun gjelde i tilfeller hvor tilretteleggingstiltaket er av organisatorisk karakter.²²³

Enkelte teoretikere er av den oppfatning at dommen ikke gir grunnlag for at vilkåret «uforholdsmessig byrde» skal forstås annerledes ved varig tilrettelegging av arbeidstid enn ved andre tilretteleggingstiltak.²²⁴ Dette er fordi det kan se ut til at Høyesterett har foretatt en overfladisk behandling av ldl. § 22, og at dommen derfor har svakere rettskildemessig vekt ved tolkningen av ldl. § 22.

²¹⁹ Due og Vang, *Kommentar til Widerøe-dommen HR-2022-390-A*, punkt 6.3, Juridika.no (lest 14.11.2022).

²²⁰ Avsnitt 51.

²²¹ Skjønberg (2022) s. 327.

²²² Se avsnitt 48.

²²³ Skjønberg (2022) s. 327.

²²⁴ Eidsvaag (2022) s. 4.

Høyesterett uttalte at de ikke tok stilling til om utfallet av en avveining ville bli lik etter både aml. § 4-6 og ldl. § 22.²²⁵ Dette forstås som at selv om hensynet til arbeidsgivers styringsrett er relevant i vurderingen etter begge bestemmelsene, kan det tenkes tilfeller hvor eksempelvis arbeidstakers behov for tilrettelegging veier tyngre etter ldl. § 22 enn etter aml. § 4-6.

I dommen sies det ingenting om kravet til «viktige grunner» også gjelder ved tilrettelegging etter ldl. § 22. Slik det er gjort rede for under punkt 2.2 i oppgaven er praksis fra EU-domstolen sentral for å forstå rekkevidden av ldl. § 22. I avgjørelsen *Ring C-335/11* gjaldt saken spørsmål om artikkel 5 i rammedirektivet omfattet en plikt til varig nedsatt arbeidstid.²²⁶ Det ble hevdet fra motparten i saken at bestemmelsen kun omfattet tiltak som var ment å øke arbeidsevnen, noe som ikke ville skje ved tilrettelegging i form av varig redusert arbeidstid. EU-domstolen kom til at en slik forståelse av bestemmelsen ikke stemte.²²⁷ Ordlyden «disability» omfattet også tilstander hvor arbeidsevnen ikke kunne avhjelpes med spesifikke hjelpemidler, og så lenge tiltaket var «egnet»²²⁸ til å få arbeidstaker tilbake i arbeid, ble varig redusert arbeidstid ansett som et aktuelt tilretteleggingstiltak.²²⁹ I Diskrimineringsnemnda har det også i forbindelse med ansettelse blitt lagt til grunn at arbeidsgiver ikke kan avvise en arbeidssøker med funksjonsnedsettelse basert på at vedkommende kun kan arbeide deltid.²³⁰ Det kan dermed tyde på at arbeidsgiver kan ha en plikt til å tilrettelegge ved å dele en stilling på permanent basis.²³¹

Dersom man skulle ha oppstilt en liknende terskel om «viktige grunner» for å pålegge arbeidsgiver en plikt til å tilby varig redusert arbeidstid, vil ikke dette samsvare med praksis fra EU-domstolen og Diskrimineringsnemnda. Etter Engan sitt synspunkt kan det være nødvendig å innfortolke et krav om at de permanente endringene bør innebære en «uforholdsmessig byrde».²³² Hun er likevel av den oppfatning at det ikke er grunnlag for å oppstille et krav om «viktige grunner» ved tolkningen og anvendelsen av ldl. § 22.²³³

²²⁵ HR-2022-390-A, avsnitt 51.

²²⁶ Eidsvaag (2022) s. 3.

²²⁷ Ibid. s. 3 – 4.

²²⁸ *Ring C-355/11* avsnitt 57 (11.april 2013, EU:C:2013:222).

²²⁹ Engan (2022) s. 155.

²³⁰ Eidsvaag (2022) s. 4, se også LDN-2014-69 og DIN-2018-413.

²³¹ Eidsvaag (2022) s. 4.

²³² Engan (2022) s. 155.

²³³ Ibid.

6 Hva innebærer HR-2022-390-A med henhold til dokumentasjonskravet og domstolsprøving?

6.1 Dokumentasjonskravet

Et annet spørsmål HR-2022-390-A reiste var hvilke krav som kan stilles til arbeidsgivers dokumentasjon av ulempene et tilretteleggingstiltak medfører.²³⁴ I saken anførte arbeidstakeren at det ikke forelå dokumentasjon på hvilke ulemper tilrettelegging i form av redusert arbeid hadde skapt for arbeidsgiver.²³⁵ I tillegg ble det anført at det var tidspunktet for oppsigelsen som var avgjørende for dokumentasjonskravet.²³⁶

Høyesterett uttalte i dommen at utgangspunktet måtte tas i de etablerte prinsippene for domstolsprøving ved oppsigelser.²³⁷ Høyesterett viste til HR-2021-2389-A hvor det blant annet fremgår at det er opplysningene som foreligger på oppsigelsestidspunktet som utgjør det faktiske grunnlaget for domstolsprøvingen.²³⁸ Om adgangen til å trekke inn supplerende opplysninger presiserte førstvoterende at «[h]vilken vekt retten kan legge på slike utdypninger gjennom parts- eller vitneforklaringer, må etter mitt skjønn i noen grad også avhenge av oppsigelsesgrunnen – hva slags vurdering det konkret er tale om å prøve – og situasjonen for øvrig i den enkelte sak».²³⁹ Videre mente Høyesterett at det i HR-2019-424-A²⁴⁰ ble stilt strenge krav til dokumentasjonen arbeidsgiver hadde bygd på, og i motsetning til saksforholdet i den dommen var det her tale om andre forhold som gjorde at «[...] domstolen [...] i større grad kunne bygge sin prøving også på det som kommer frem gjennom parts- og vitneforklaringer».²⁴¹ Videre uttalte Høyesterett at det ikke er «grunnlag for å oppstille en generell regel om at rettens prøving av om en oppsigelse er saklig, bare kan bygge på

²³⁴ Engan (2022) s. 158.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Skjønberg (2022) s. 675.

²³⁷ HR-2022-390-A, avsnitt 55.

²³⁸ Ibid. Avsnitt 53.

²³⁹ Ibid. Avsnitt 56.

²⁴⁰ Se punkt 4.1 i oppgaven.

²⁴¹ HR-2022-390-A, avsnitt 58.

dokumentasjon av arbeidsgivers vurderinger og grunnlaget for dem foretatt *før* oppsigelsen» (min utheving).²⁴²

Høyesterett ser ut til å lempe på kravet til dokumentasjon, og mener at supplerende opplysninger i form av vitne- og partsforklaringer etter oppsigelsestidspunktet kan inngå som en del av domstolens prøvingsgrunnlag.²⁴³ I tillegg kan det se ut til at Høyesterett avviser at HR-2019-424-A kan tas til inntekt for at det gjelder et krav om at vurderinger rundt oppsigelsen må være skriftlig dokumentert.²⁴⁴ Ved å moderere kravet til skriftlig dokumentasjon kan arbeidsgiver ha større fokus på å få arbeidstaker tilbake i arbeid fremfor å «bygge en sak» mot han på et tidligere tidspunkt i sykdomsforløpet.²⁴⁵ Dette representerer dermed en videreutvikling i kravet til dokumentasjon ved oppsigelsessaker.²⁴⁶

I saker om tilrettelegging vil ofte spørsmålet i saken knytte seg til hvilke ulemper det aktuelle tilretteleggingstiltaket medfører for arbeidsgiver.²⁴⁷ Høyesteretts uttalelser i HR-2022-390-A tyder på at slike ulemper også kan dokumenteres gjennom vitneforklaringer.²⁴⁸ Bakgrunnen for dette er at faktumet som ligger til grunn for om tilrettelegging skal iverksettes eller ikke, sjeldent vil endre seg fra oppsigelsestidspunktet til domstidspunktet.²⁴⁹ I tillegg vil det være vanskelig å dokumentere hva et sannsynlig utfall av tilretteleggingen vil være i fremtiden, og i slike situasjoner kan det tenkes å være mindre problematisk å legge vekt på informasjon om generelle utfordringer knyttet til organiseringen av virksomheten.²⁵⁰

6.2 Domstolsprøving med arbeidsgivers vurderinger

Slik det er påpekt under punkt 4.2 i oppgaven, kan det virke som at domstolene er mindre tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers skjønn ved oppsigelser enn ved ansettelse.²⁵¹ Dette kan skyldes at hensynet til forutberegnelighet og at man har en etablert posisjon gjør seg gjeldende i sterkere grad ved oppsigelse.²⁵² Prøvingen av arbeidsgivers skjønn ved

²⁴² HR-2022-390-A, avsnitt 59.

²⁴³ Due og Vang, *Kommentar til Widerøe-dommen HR-2022-390-A*, punkt 5, Juridika.no (lest 14.11.2022).

²⁴⁴ Engan (2022) s. 159.

²⁴⁵ Ibid. s. 162.

²⁴⁶ Due og Vang, *Kommentar til Widerøe-dommen HR-2022-390-A*, punkt 5, Juridika.no (lest 14.11.2022).

²⁴⁷ Engan (2022) s. 160.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Ibid.

²⁵¹ Eidsvaag (2021) s. 476. Se også Rt. 1984 s. 1058 versus Rt. 2014 s. 402.

²⁵² Ibid.

oppsigelser vil også medføre prøving av arbeidsgivers vurderinger i medhold av tilretteleggingsplikten. I HR-2022-390-A kan det virke som at vurderingen av om tilrettelegging i form av varig nedsatt arbeidstid skal iverksettes eller ikke, blir løftet opp som en form for 'virksomhetsledelse' som følge av kravet om «viktige grunner». ²⁵³ Domstolene skal generelt være tilbakeholdne med å prøve slike vurderinger, men fordi det dreier seg om individuelle tilretteleggingstiltak som har direkte påvirkning på arbeidstakeren burde dette tilsi en høyere prøvingsintensitet. ²⁵⁴

²⁵³ Eidsvaag (2022) s. 3

²⁵⁴ Ibid.

7 Avsluttende betraktninger om plikten til individuell tilrettelegging

På bakgrunn av HR-2022-390-A og de øvrige rettskildene er gjeldende rett at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har plikt til å innvilge varig tilrettelagt arbeidstid etter aml. § 4-6 dersom dette medfører permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen. Dersom tilretteleggingsplikten skal være aktuell i slike tilfeller må det foreligge «vektige grunner».²⁵⁵ Dette vil medføre at arbeidsgiver i svært sjeldne tilfeller blir forpliktet til å iverksette slike tilretteleggingstiltak. Av den grunn kan det stilles spørsmål ved hvorvidt dette er en heldig regel basert på hensynene som ligger til grunn for lovgivningen.

Hensynet til inkludering og likestilling har vært sentralt for arbeidsmiljøloven.²⁵⁶ Fra dette perspektivet kan rettsregelen oppleves som problematisk da den innskrenker rettighetene til personer som har behov for å arbeide på deltid.²⁵⁷ Den høye terskelen medfører at disse personene blir utstøtt av arbeidslivet da de enten må arbeide i en fulltidsstilling på bekostning av helsen, eller bli oppsagt. Rettsregelen vil gjøre det vanskeligere å etterleve formålet om et inkluderende arbeidsliv og likebehandling i arbeidslivet, jf. aml. § 1-1 bokstav b og f. Hensynet til samfunnsøkonomien taler også for at en slik rettsregel vil være uheldig. Det vil være mer belastende for samfunnet å ha personer uten arbeid enn personer i deltidsstillinger.²⁵⁸ Ikke bare vil det føre til at flere personer vil være avhengige av trygdeytelser, men arbeidsledighet over lang tid kan føre til at personer faller utenfor arbeidslivet på varig basis.²⁵⁹ På denne måten kan samfunnet miste arbeidskraft som er viktig for å opprettholde velferdsordningen.²⁶⁰

Et annet aspekt ved dette er at arbeidsgivere vil forsøke å organisere seg bort fra tilretteleggingsplikten ved å eksempelvis kun operere med heltidsstillinger i virksomheten.²⁶¹ Dette vil også medføre at personer som ikke har mulighet til å arbeide i fulltidsstillinger blir utstøtt av arbeidslivet, noe som taler for at regelen ikke er helt heldig. Det kan imidlertid argumenteres for at svært få arbeidsgivere vil organisere seg på en slik måte for å unngå

²⁵⁵ HR-2022-390-A avsnitt 48.

²⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005) s. 13 – 14.

²⁵⁷ Eidsvaag (2022) s. 4.

²⁵⁸ Perspektivmeldingen 2021, Meld. St. 14 (2020 – 2021) s. 96 (lest 20.11.2022).

²⁵⁹ Ibid. s. 97.

²⁶⁰ Ibid. s. 96.

²⁶¹ Engan (2022) s. 151.

tilretteleggingsplikten, og at de aller fleste velger den organisasjonsformen som er best egnet til å ivareta virksomhetens oppgaver.²⁶²

På den andre siden kan hensynet til forutberegnelighet for arbeidsgiver og arbeidstaker tilsi at det likevel er en god regel. Det faktum at det generelt gjelder en høyere terskel for varig tilrettelagt arbeidstid skaper mindre usikkerhet og gjør det enklere for partene å avklare sin rettsstilling. En arbeidstaker vil for eksempel forvente at det som regel skal en del til for å få innvilget slik tilrettelegging. På den måten kan regelen også virke konfliktdempende, noe som vil medføre færre oppsigelsessaker og færre saker for domstolene. Det kan argumenteres for at det er mulig å styrke forutberegneligheten i større grad, eksempelvis ved at lovgiver presiserer at aml. § 4-6 også omfatter varig tilrettelagt arbeidstid.²⁶³

Oppsummert ser ut til at rettsregelen kan ha uheldige virkninger for arbeidstakerne. På den andre siden skaper rettsregelen større forutberegnelighet for arbeidstaker og arbeidsgiver i saker om individuell tilrettelegging, og dekker et etterspurt behov. Som illustrert ovenfor er dette gjeldende rett og dette må følges frem til det avses en ny høyesterettsdom som endrer rettsregelen, eller frem til det foretas endringer i lovverket.

²⁶² Engan (2022) s. 151.

²⁶³ Eidsvaag (2022) s. 4.

Kilderegister

Norske lover

Arbeidsmiljøloven (opph.)	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø,
Arbeidsmiljøloven (aml.)	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (opph.)	Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (opph.)	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.)	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

Norske lovforarbeider

Ot.prp. nr. 41 (1975 – 1976)	Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.
Ot.prp. nr. 18 (2002 – 2003)	Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om

	endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven.
Ot.prp. nr. 49 (2004 – 2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Ot.prp. nr. 44 (2007 – 2008)	Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Prop. 89 L (2010 – 2011)	Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom).
Prop. 88 L (2012 – 2013)	Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).
Prop. 81 L (2016 – 2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

Norsk rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1995 s. 227

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2009 s. 1465

Rt. 2012 s. 219

Rt. 2014 s. 402

HR-2019-424-A

HR-2021-2389-A

HR-2022-390-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LE-1993-2176

LB-2000-3513

LB-2005-182268

LG-2007-124516

LB-2013-210912

LA-2013-45685

LB-2016-70178-2

LG-2016-177480

LA-2017-95878

LA-2018-20761

LF-2018-185451

LB-2018-24869-2

LB-2019-745200

Avgjørelser fra Diskrimineringsnemnda og Likestillings- diskrimineringsombudet

LDO 11/2335

LDN-2012-3

LDN-2014-69-2

LDN-2014-6

LDN-2014-25

DIN-2018-413

DIN-2018-144

DIN-2019-150

DIN-2020-244

DIN-2021-41

Internasjonale kilder

EØS-avtalen

Avtale om det Europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.

Rådsdirektiv 2000/78/EF

Rådets direktiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelse om likebehandling.

Avgjørelser fra EU-domstolen

Forente saker *Ring* C-335/11

Dom av 11. april 2013 [SC], *Ring*, C-335/11 og *Skoube Werge*, C-337/11, EU:C:2013:222

Litteratur

- Ballangrud og Søbstad (2022) Ballangrud, Anne Jorun Bolken og Margrethe Søbstad, *Lovkommentar til likestillings- og diskrimineringsloven*, *Juridika.no*, 30. september 2022 (sist lest 17.11.2022).
- Due og Vang (2022) Due, Anne Marie og Håvard Nybakk Vang, «Kommentar til Widerøe-dommen HR-2022-390-A», *Juridika.no*, 18. mars 2022.
<https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-wider%C3%B8e-dommen-hr-2022-390-a> (sist lest 14.11.2022).
- Eidsvaag (2008) Eidsvaag, Tine, «Handlaus gjæte – Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse», Universitetet i Bergen 2008.
- Eidsvaag (2021) Eidsvaag, Tine, «Styringsrett og arbeidstakers krav om individuelle arbeidstidstilpasninger – Nemndspraksis og overprøving av arbeidsgivers styringsrett», i *Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Alexander Sønnerlund Skjønberg, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jennum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2021, s. 455 – 477.
- Eidsvaag (2022) Eidsvaag, Tine, «Multimedieprodusent: oppsigelse på grunn av redusert arbeidsevne – arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidstid – HR-2022-390-A», *Nytt i privatretten*, 2022-2, *Rettsdata.no* (sist lest 12.11.2022)

- Engan (2022) Engan, Anne-Beth Meidell, «Tilretteleggingsplikt og stillingsvern ved redusert arbeidsevne», *Arbeidsrett*, 1.utg., 2022 s. 135 – 162.
- Engan og Våg (2020) Engan, Anne-Beth Meidell og Lasse Gommerud Våg, *Oppsigelse ved sykdom og sykefravær*, 1.utg., Universitetsforlaget 2020.
- Hellum og Strand (2021) Hellum, Anne og Vibeke Blaker Strand, *Likestillings- og diskrimineringsrett – midlertidig kompendieutgave for studenter*, 1.utg., Gyldendal Norsk Forlag AS 2021.
- Hotvedt (2021) Hotvedt, Marianne Jenum, «Styringsrett og domstolsprøvelse», i *Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Alexander Sønderlund Skjønberg, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2021, s. 239 – 277.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i Juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm Akademisk 2012.
- Skarning (2019) Skarning, Nicolay, *Sykefravær – nye arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse*, 2.utg., Universitetsforlaget 2019.
- Skjønberg (2022) Skjønberg, Alexander Sønderland, Erik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Arbeidsrett – individuelle og kollektive emner*, 3.utg., Gyldendal Norsk Forlag 2022.
- Våg og Engan (2021) Våg, Lasse Gommerud og Anne-Beth Meidell Engan, «Arbeidsgivers styringsrett ved tilrettelegging etter arbeidsmiljøloven § 4-6», i

Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt,
Alexander Sønderland Skjønberg, Gina Bråthen,
Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og
Kurt Weltzien (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS
2021, s. 434 – 454.

Nettsider

Perspektivmeldingen 2021, Meld. St.
14 (2020 – 2021) <https://www.regjeringen.no/contentassets/91bdfca9231d45408e8107a703fee790/no/pdfs/stm202020210014000dddpdfs.pdf> (hentet 20.11.2022)

SSB (2022) https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/arbeidsmiljo-sykefravaer-og-arbeidskonflikter/artikler/sykefravaer-og-fracfall-fra-arbeidsmarkedet/_attachment/inline/be3dd08b-ba03-494a-b13b-3ca44bd5b917:3020461017cdf9fd406cb0dd148eb6159c6f1c28/RAPP2022-10.pdf (hentet 20.10.2022)