

# Interesseavveiningen etter arbeidsmiljøloven § 15-11 (2) ved arbeidsgivers begjæring om fratreden

Med særlig fokus på oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold

Kandidatnummer: 58

Antall ord: 14484



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

## Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	4
1.1.	Tema og aktualitet.....	4
1.2.	Hensyn.....	5
1.3.	Historikk.....	6
1.3.1.	Utvikling av stillingsvernet.....	6
1.3.2.	Utvikling i interesseavveiningen.....	7
1.4.	Rettslig plassering.....	8
1.5.	Metodiske spørsmål og fremstillingen videre.....	9
2.	Innholdet i retten til å stå i stilling.....	11
2.1.	Hva innebærer retten til å stå i stilling.....	11
2.2.	Retten til å stå i stilling ved forhandlinger.....	11
2.3.	Retten til å stå i stilling ved søksmål.....	12
2.4.	Hvem gjelder regelen for?.....	12
2.5.	Søksmålet må omfatte påstand om ugyldighet.....	13
2.6.	Arbeidstaker må faktisk kunne fortsette i stillingen.....	14
3.	Urimelighetsvurderingen.....	15
3.1.	Generelt om urimelighetsvurderingen.....	15
3.2.	Tidspunktet for urimelighetsvurderingen.....	17
3.3.	Momenter i urimelighetsvurderingen.....	18
3.3.1.	Innledning.....	18
3.3.2.	Sakens sannsynlige utfall.....	18
3.3.3.	Hensyn til partene.....	21
3.3.4.	Saksbehandlingen.....	24
	Betydningen av enighet med de tillitsvalgte.....	25
3.3.5.	Betydningen av at arbeidsgiver tilbyr annen stilling.....	26
3.3.6.	Hensyn til øvrige ansatte.....	27
3.3.7.	Ansattes stilling.....	29
3.3.8.	Tid til hovedforhandling.....	30
4.	Typetilfeller som viser hvordan momentene slår ut.....	31
4.1.	Innledning.....	31
4.2.	Oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.....	31
4.2.1.	Innledning.....	31
4.2.2.	Graden av skyld.....	31

4.2.3.	Stillingskategori .....	33
4.3.	Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold.....	33
4.3.1.	Innledning.....	33
4.3.2.	Betydningen av bedriftens størrelse .....	34
	Små bedrifter .....	34
	Større bedrifter.....	35
4.3.3.	Antall ansatte som er sagt opp.....	36
4.3.4.	Særlig om hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet.....	38
5.	Oppsummering.....	40
5.1.	Gjeldende rett .....	40
5.2.	Kort om konsekvenser av domstolenes interesseavveining i praksis .....	41
5.3.	Bør regelen endres? Betragtninger de lege ferenda.....	42
	Litteraturliste.....	45

## **1. Innledning**

### **1.1. Tema og aktualitet**

Ved arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 15-7 er utgangspunktet at arbeidsforholdet opphører ved utløpet av oppsigelsestiden.<sup>1</sup> Retten til å fortsette i stillingen utgjør et unntak fra dette, og åpner for at arbeidstaker på nærmere vilkår kan ha en rett til å fortsette i stillingen etter oppsigelsestidens utløp.

Hovedregelen etter § 15-11 er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen frem til forhandlinger er ferdig eller frem til endelig dom ved tvist om oppsigelsen. Noen ganger kan det slå uheldig ut for arbeidsgiver å ha en eller flere arbeidstakere stående i stilling. Dette har lovgiver tatt hensyn til ved at retten kan avsi kjennelse for fratreden jf. § 15-11 annet ledd. Vurderingen av om arbeidstaker skal få fortsette i stillingen, selv om arbeidsgiver begjærer fratreden, beror på om det er «urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling» jf. § 15-11 annet ledd. Dette innebærer at det må foretas en avveining av arbeidstakers behov for å fortsette, sett opp mot virksomhetens behov for at vedkommende skal fratre.

Det er det nærmere innholdet i begrepet «urimelig», og således den interesseavveiningen som retten må foreta når arbeidstaker etter å ha blitt oppsagt krever å stå i stilling etter hovedregelen i § 15-11, samtidig som arbeidsgiver svarer med å begjære fratreden etter § 15-11 annet ledd, som er hovedtema for oppgaven.

På grunn av redusert aktivitet i flere næringer i Norge fra første halvdel av 2014 har mange virksomheter hatt behov for omstilling for å tilpasse seg endringene i markedet. Lønnsutbetalinger utgjør en betydelig kostnad for virksomhetene. For å oppnå nødvendig besparelse og på den måten sikre fortsatt drift, vil kutt i lønnskostnader kunne nødvendiggjøre en reduksjon av antall ansatte. Virksomhetene vil ha behov for hurtig avklaring av nedbemanningsprosesser for å oppnå ønsket effekt. Arbeidstakeres rett til å fortsette i stillingen utover oppsigelsestiden kan være et hinder for at virksomhetene klarer å oppnå nødvendig omstilling hurtig nok.

---

<sup>1</sup> Oppgaven anvender i hovedsak bestemmelser fra arbeidsmiljøloven. På grunn av dette vil det ikke gis lovhenvvisning før en lovbestemmelse, med mindre det gjelder andre lover enn arbeidsmiljøloven.

På motsatt side står hensynet til arbeidstakeren. Det å ha arbeid er et grunnleggende behov, og den enkeltes rett til arbeid er lovfestet i Grunnloven § 110<sup>2</sup>. Arbeid er grunnleggende blant annet for selvutvikling, helsetilstand, en meningsfull hverdag og for å ha en inntekt til livsopphold. I nedgangstider vil oppsigelser ramme arbeidstakere hardt, da mulighetene for å finne nytt arbeid vil kunne være begrenset. En eventuell kjennelse for fratreden er likevel en midlertidig avgjørelse. Hensynene ovenfor har mer tyngde i selve saklighetsspørsmålet under oppsigelsessaken.

Advokat Jan Fougner har i Dagens Næringsliv den 24.01.2017 tatt til orde for at regelen om rett til å stå i stilling burde endres, og hevder at retten til å stå i stilling ikke burde gjelde dersom «oppsigelsen skyldes at arbeidsgiver har fulgt nedbemanningskriterier utarbeidet i samarbeid med fagforeningen».<sup>3</sup> I lys av utviklingen i markedet vil et særlig spørsmål være om en kan se konturene av en endring i hvordan retten foretar interesseavveiningen, som imøtekommer virksomhetenes behov.

## 1.2. Hensyn

Retten til å fortsette i stillingen har som formål å effektivisere beskyttelsen mot usaklige oppsigelser. Regelen kan sees på som en forlengelse av stillingsvernet som følger av § 15-7.<sup>4</sup> Bestemmelsen må sees i sammenheng med § 15-12. Denne slår fast at en usaklig oppsigelse skal kjennes ugyldig. Konsekvensene av at en oppsigelse kjennes ugyldig er at arbeidsforholdet består.

Hensynene bak § 15-11 annet ledd er todelt. For det første skal regelen sikre kontinuitet i arbeidet.<sup>5</sup> Det kan være vanskelig for arbeidstaker å komme tilbake i arbeidet dersom han først har fratrudd. Årsaken er at arbeidstaker mister kontakt med arbeidsplassen, kollegaer og arbeidsgiver. Ved å fortsette i stillingen slipper arbeidstaker å gjeninntre dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig.<sup>6</sup> For det annet skal regelen verne om arbeidstakers inntekt i perioden hvor saken er uavklart.<sup>7</sup> Denne økonomiske beskyttelsen er viktig fordi en arbeidstaker er avhengig

---

<sup>2</sup> Lov 17. mai 1814, Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven).

<sup>3</sup> <https://www.dn.no/meninger/2017/01/23/2108/Innlegg/misbruk-av-retten-til-a-sta-i-stilling>

<sup>4</sup> Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, 2. utgave, Oslo 2015 s. 868.

<sup>5</sup> NOU 2004: 5 (s. 321-322).

<sup>6</sup> Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2006 s. 453.

<sup>7</sup> NOU 2004: 5 (s. 321-322).

av en inntekt til livsopphold. I Norge er det utviklet en rekke økonomiske støtteordninger som gjør at arbeidstaker uansett ikke står på bar bakke om han mister arbeidet. Likevel vil en arbeidsledighetstrygd for mange utgjøre en så stor reduksjon i inntekt at det kan skape utfordringer til f.eks. å dekke løpende kostnader til livsopphold.

### **1.3. Historikk**

#### **1.3.1. Utvikling av stillingsvernet**

Før arbeidervernloven av 1936<sup>8</sup> kunne en arbeidsgiver si opp en arbeidstaker etter eget forgodtbefinnende. Dette illustreres av Rt. 1935 s. 467 på side 471. Høyesterett fremholdt at en arbeidsgiver utvilsomt kan «...si op folk fra sitt arbeide efter eget skjønn ... uten at behøve at angi eller paavise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet». Fra dette har det frem til i dag skjedd en betydelig rettsutvikling. I dag finnes det en rekke regler som fastsetter både prosessuelle og materielle krav som må oppfylles i forbindelse med arbeidsgivers oppsigelse. Arbeidstaker har nå i utgangspunktet en sterk beskyttelse mot usaklig og vilkårlig behandling, og mot det å bli sagt opp.

Arbeidervernloven av 1936 ble avløst av arbeidervernloven av 1956<sup>9</sup>, som ble erstattet av arbeidsmiljøloven av 1977<sup>10</sup>. Bestemmelsen om retten til å fortsette i stillingen var ny i 1977-loven. Hensikten med § 15-11 var å effektivisere beskyttelsen mot usaklige oppsigelser. Regelen var inspirert av Sveriges Lag om anställningsskydd § 34 annet ledd som fastsatte at ved tvist om oppsigelsens gyldighet, «upphör ej anställningen till följd av uppsägningen förrän tvisten har slutligt avgjorts». De andre nordiske landene har ikke en regel om rett til å fortsette i stillingen.

I forarbeidene til gjeldende arbeidsmiljølov fremgår det at «[d]a bestemmelsen ble innført i 1977 var det en uttalt forutsetning at begjæring om fratreden kunne behandles raskt og som hovedregel innen utløpet av oppsigelsestiden. Dette har ikke skjedd i praksis».<sup>11</sup> Statistikk fra domstolsadministrasjonens årsrapport for 2015 viser at domstolenes saksbehandlingstid har vært stadig økende de siste 5 år.<sup>12</sup> Det synes å være et gap mellom forutsetningen og reell

---

<sup>8</sup> Lov 19. juni 1936 om arbeidervern (arbeidervernloven).

<sup>9</sup> Lov 7. desember 1956 om arbeidervern (arbeidervernloven).

<sup>10</sup> Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven).

<sup>11</sup> NOU 2004: 5 s. 326.

<sup>12</sup> <http://aarsmelding.domstol.no/data/2015/aarsmelding.pdf> s. 17-18.

saksbehandlingstid. Årsaken til dette er at en oppsigelsestid veldig ofte er kortere enn saksbehandlingstiden i domstolene.

Arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 avløste arbeidsmiljøloven av 1977. Bestemmelsen i § 15-11 annet ledd avvek i første omgang fra 1977-lovens § 61 nr. 4 annet ledd, tredje punktum.<sup>13</sup> Ved lovendring den 21. desember 2005 ble bestemmelsen endret til en ren videreføring.<sup>14</sup> Rettspraksis fra 1977-loven er derfor fortsatt relevant. Tilsvarende gjelder for forarbeidene til 1977-loven, og forarbeidene til endringer både i 1977- og i 2005-loven.

### **1.3.2. Utvikling i interesseavveiningen**

Allerede i forarbeidene til 1977-loven heter det at det ved urimelighetsvurderingen vil «være naturlig å skille mellom de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i disiplinære forhold o.l. og tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i bedriftens forhold». Det fremgår videre at dersom oppsigelser er begrunnet i bedriftens forhold, «bør retten ikke avsi kjennelse for at arbeidstakeren skal fratres», og motsatt at der oppsigelsen derimot er begrunnet i arbeidstakers forhold, «...bør retten i alminnelighet ta et krav om han skal fratres under sakens behandling til følge». <sup>15</sup> Lovgiver har med dette klargjort at det er en vesentlig ulikhet i situasjonen om oppsigelsen skyldes arbeidstaker eller om oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgivers side. Dette er et vesentlig ledd i interesseavveiningen, og betydningen av dette vil bli belyst nærmere i punkt 3 og 4.

I forbindelse med utformingen av 2005-loven la Bondevik II-regjeringen opp til en endring som innebar at det skulle bli noe enklere for arbeidsgiver å få medhold i fratreden. Forslaget gikk ut på å snu regelen om rett til å fortsette i stillingen i ankeomgangen.<sup>16</sup> Dette innebar at så fremt oppsigelsen ble funnet gyldig, skulle ikke arbeidstaker ha rett til å stå i stillingen, med mindre det var urimelig at arbeidstaker måtte fratres. Forslaget ble forkastet av Stoltenberg-regjeringen før loven trådte i kraft. Regelen forble uendret.

---

<sup>13</sup> Se siste avsnitt under punkt 1.3.2 for hvorfor bestemmelsen var ulik.

<sup>14</sup> Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 12.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

<sup>16</sup> NOU 2004: 5 s. 331

#### 1.4. Rettslig plassering

Spørsmålet om en arbeidstaker skal få rett til å stå i stilling, forutsetter at det har skjedd en oppsigelse etter § 15-7. Bestemmelsen slår fast at en oppsigelse må være «saklig begrunnet». Konsekvensen av dette er at en oppsigelse ikke kan være begrunnet i utenforliggende hensyn, og de forhold som det kan legges vekt på må være tilstrekkelig tungtveiende.<sup>17</sup> Bestemmelsen forutsetter at det skal foretas en avveining mellom virksomheten- og arbeidstakers interesser. Jo større belastning det er for arbeidstaker å bli sagt opp, jo mer vesentlig må virksomhetens behov for oppsigelse være.<sup>18</sup> Denne interesseavveiningen vil bli belyst nærmere i punkt 3.1 da den er relevant for vurderingen etter § 15-11 annet ledd.

For at en oppsigelse skal anses saklig, må arbeidsgiver forut for oppsigelsen ha fulgt de fremgangsmåter arbeidsmiljøloven angir. Loven inneholder blant annet krav til drøftelsesmøter både på kollektivt og individuelt nivå. Arbeidsmiljølovens kapittel 8 har generelle regler om virksomheters plikt til å informere og drøfte forhold som har betydning for arbeidstakerne med de tillitsvalgte. Kapittel 8 suppleres av kapittel 15, hvor det i § 15-1 er en særskilt regulert plikt til å drøfte med arbeidstaker og med eventuelle tillitsvalgte når det skal foretas oppsigelser. Videre følger det en mer omfattende plikt til drøftelser ved masseoppsigelser jf. § 15-2.<sup>19</sup> Virksomheter kan også være bundet av tariffavtaler som stiller supplerende krav til saksbehandlingen.

Formkravene for en oppsigelse følger av § 15-4 som blant annet fastsetter at en oppsigelse må skje skriftlig, hvordan oppsigelsen skal formidles og hvilke opplysninger som skal gis. For å sikre at retten til å fortsette i stillingen er reell, kreves det at oppsigelsen skal gi opplysninger om retten til å stå i stilling, og fristene for å gjøre retten gjeldende jf. § 15-4 nr. 2 bokstav b og c.

Samtlige av bestemmelsene har til formål å sikre en ryddig, oversiktlig og veloverveid oppsigelsesprosess. Dette skal sikre at en eventuell oppsigelse bygger på korrekt og forsvarlig faktisk grunnlag. Lovgiver har forsøkt å legge grunnlaget for en forsvarlig prosess for å hindre konflikter og eventuell rettslig prosess. Arbeidsmiljøloven er gjort ufravikelig til gunst for arbeidstaker jf. § 1-9. I de tilfeller det oppstår konflikter og påfølgende saker for domstolene,

---

<sup>17</sup> Alexander Næss Skjønberg og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett*, Oslo 2014 s. 292

<sup>18</sup> Nils H. Storeng mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave, Oslo 2016 s. 558.

<sup>19</sup> Masseoppsigelser er «oppsigelser som foretas overfor minst 10 arbeidstakere innenfor et tidsrom på 30 dager, uten at oppsigelsene er begrunnet i de enkelte arbeidstakeres forhold» jf. § 15-2 første ledd.



vil samtlige av de saksbehandlingsreglene som nå er presentert, ha relevans i spørsmålet om oppsigelsen er gyldig, og for urimelighetsvurderingen når arbeidsgiver begjærer fratreden. Dette vil bli videre drøftet i punkt 3, og særlig punkt 3.3.4.

### **1.5. Metodiske spørsmål og fremstillingen videre**

Det finnes en rekke rettsavgjørelser relatert til oppgavens tema. Jeg har søkt å velge et representativt utvalg av saker avgjort av Høyesterett etter regelen om retten til å stå i stilling siden den ble vedtatt ved 1977-loven. Dette er gjort for å kartlegge hvordan domstolene tilnærmer seg spørsmålet om rett til å stå i stilling i form av hvilke momenter de anvender i interesseavveiningen. Videre vil jeg se på om det har skjedd noen utvikling i anvendelsen og vektleggingen av momentene. Jeg har også undersøkt flere avgjørelser fra både tingrettene og lagmannsrettene i tidsrommet 2014 til i dag. Dette er gjort for å se om terskelen for urimelighetsvurderingen er blitt endret i lys av utviklingen i arbeidsmarkedet, og i så fall på hvilken måte. Det er sparsomt med Høyesterettspraksis fra denne perioden, og jeg har ikke lyktes i å finne relevante saker fra tingrettene. Avgjørelsene fra lagmannsrettene har lavere prejudikatsverdi, og må i hovedsak forstås som illustrasjoner av interesseavveiningen.

Hovedfokuset vil være på oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold. Oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold vil bli omtalt for å synliggjøre forskjeller i interesseavveiningen.

Med mindre det er angitt noe annet, vil alle sakene som blir omtalt være avgjørelser som knytter seg til spørsmålet om fratreden i oppsigelsessak. Med innføringen av tvl. i 2005<sup>20</sup> ble kjæremål fjernet. Både dommer, kjennelser og beslutninger er nå gjenstand for anke jf. tvl. § 29-2 første ledd. Det vil fremgå hvilke avgjørelser som er fra kjæremålsutvalget.

For å forstå bakgrunnen for den interesseavveiningen som skal foretas, vil det i punkt 2 bli gitt en kort redegjørelse for retten til å stå i stilling. I punkt 3 vil jeg se nærmere på de momentene som inngår i interesseavveiningen på bakgrunn av analyser av rettspraksis. I punkt 4 vil jeg gjennomgå konkrete typetilfeller for å belyse at interesseavveiningen får ulikt utfall avhengig av hva som er årsaken til oppsigelsen. Avslutningsvis i punkt 5 gis en oppsummering basert

---

<sup>20</sup> Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven-tvl.)

på rettstilstanden slik den er, før jeg viser noen innspill til hvordan regelen alternativt kunne vært modifisert.

## **2. Innholdet i retten til å stå i stilling**

### **2.1. Hva innebærer retten til å stå i stilling**

Hovedregelen etter § 15-11 er at arbeidstaker har rett til å fortsette i «stillingen» ved oppsigelse. Dette innebærer at arbeidsgiver har begrenset adgang til å endre arbeidsoppgaver m.m. til den som fortsetter i stillingen. Dette er en naturlig konsekvens av formålet om å sikre kontinuitet i arbeidet, herunder kontakten med arbeidsstedet og kollegaer.

Når arbeidstaker står i stilling, fortsetter arbeidsforholdet som før. Konsekvensen er at både arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter i arbeidsforholdet består.. Arbeidstaker har derfor rett til å komme på arbeid, til å utføre sine vanlige arbeidsoppgaver i stillingen, og til å motta lønn og andre goder i samsvar med sin arbeidskontrakt.<sup>21</sup> Essensen er at arbeidsforholdet videreføres slik det var før oppsigelsen.

Retten til å stå i stilling innebærer altså mer enn en rett til å motta lønn. Arbeidsgiver og arbeidstaker kan likevel bli enige om fritak for arbeidsplikt. En arbeidsgiver kan ikke omgå retten til å stå i stilling ved å permittere arbeidstakeren i oppsigelsestiden.<sup>22</sup>

### **2.2. Retten til å stå i stilling ved forhandlinger**

En arbeidstaker som mener at en oppsigelse er ulovlig, kan kreve forhandlinger med arbeidsgiver jf. § 17-3. Det forutsetter at arbeidstaker sender skriftlig varsel om dette til arbeidsgiver innen to uker etter oppsigelsen kom frem til arbeidstaker jf. § 17-3 annet ledd jf. § 17-3 annet ledd bokstav a.

Det fremgår av § 15-11 første ledd at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen mens forhandlinger pågår. Målet med forhandlinger er først og fremst å løse tvisten uten rettslig prosess, og da er det viktig for arbeidstaker at det sikres kontinuitet i arbeidsforholdet.<sup>23</sup>

Forhandlingsmøtet skal være avholdt senest innen to uker etter at kravet om forhandlinger ble fremsatt for arbeidsgiver jf. § 17-3 tredje ledd. Det innebærer at det i utgangspunktet ikke skal gå mer enn fire uker fra oppsigelsen fant sted, til forhandlinger er avsluttet. En arbeidstaker har rett til å arbeide og motta lønn i oppsigelsestiden, som etter § 15-3 første ledd er på minst

---

<sup>21</sup> Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave*, 2. utgave, Oslo 2013 s. 832.

<sup>22</sup> ARD-1980-25, og senere gjentatt i bl.a. Rt. 1984 s. 400 (kjm.utv.).

<sup>23</sup> Jan Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Oslo 2016 s. 424.

én måned, men i de fleste tilfeller lenger. Når oppsigelsestiden stort sett er lenger enn forhandlingsperioden er det sjelden at retten til å fortsette i stillingen under forhandlinger får noen selvstendig betydning.

Skulle arbeidsgiver nekte arbeidstaker adgang til arbeidsstedet, eller til å utføre sitt arbeid, kan arbeidstaker kreve rettens kjennelse for å gjeninntre i stillingen jf. § 15-11 femte ledd. Dette gjelder både under forhandlinger, og når det reises søksmål.

### **2.3. Retten til å stå i stilling ved søksmål**

Arbeidstaker kan i tillegg til å kreve forhandlinger, reise søksmål om oppsigelsens gyldighet. Hovedregelen etter § 15-11 annet ledd er at arbeidstaker som reiser slikt søksmål, har rett til å fortsette i stillingen etter utløpet av oppsigelsestiden og frem til domstolens avgjørelse av oppsigelsesspørsmålet er rettskraftig. Fristen for å reise søksmål er åtte uker fra forhandlingenes avslutning, eller innen oppsigelsestiden dersom forhandlinger ikke er avsluttet. Det er tilstrekkelig for å avbryte søksmålsfristen og gjøre retten til å stå i stilling gjeldende, at *varsel* om at søksmål vil bli reist innen åtteukersfristen gis innen utløpet av oppsigelsestiden, jf. § 17-4 femte ledd.

Fristreglene forutsetter at oppsigelsen er formriktig. Konsekvensen av at formkravene ikke er fulgt, er at det ikke løper noen søksmålsfrist jf. § 17-4 femte ledd jf. § 17-4 tredje ledd.

Virkingen av dette i relasjon til retten til å stå i stilling, er at det heller ikke løper noen frist for å kreve å stå i stilling.<sup>24</sup> Har arbeidstakeren fratrudd før kravet om å fortsette i stillingen gjøres gjeldende, kan lengden på «fraværet» være et moment i helhetsvurderingen som vil bli nærmere behandlet i punkt 3.

### **2.4. Hvem gjelder regelen for?**

De som er oppsagt fra en fast stilling (unntak for prøvetidsansatte) etter § 15-7, og som bestrider oppsigelsen ved å kreve forhandlinger eller reise søksmål om gyldigheten av oppsigelsen innen de gitte frister i §§ 17-3 og 17-4, kan kreve å stå i stilling.

---

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 342.

Retten til å fortsette i stillingen gjelder også i de tilfellene hvor «arbeidstaker senere bestrider gyldigheten av egen oppsigelse».<sup>25</sup> Umiddelbart fremstår dette som en utvidelse av anvendelsesområdet til § 15-11, all den tid retten til å stå i stillingen gjelder når arbeidstaker er blitt sagt opp etter § 15-7. Det vil heller ikke være en naturlig betraktning at en arbeidstaker sier opp, for så å kreve å stå i stillingen. Årsaken til at rettspraksis har lagt til grunn at en slik regel kan gjelde, er at selv om det formelt er arbeidstaker som har bragt arbeidsforholdet til opphør, kan realiteten være en annen. Dette illustreres av Rt. 1995 s. 555. I dommen la Høyesterett nettopp dette til grunn, all den tid det var en situasjon skapt av arbeidsgiver, som ledet til at flere arbeidstakere umiddelbart sa opp sine stillinger.

Retten til å stå i stillingen gjelder derimot ikke ved «tvist om avskjed, oppsigelse i prøvetiden, for innleid arbeidstaker eller midlertidig ansatt» jf. § 15-11 tredje ledd. I disse tilfellene er det arbeidstaker som må begjære å stå i stillingen jf. § 15-11 tredje ledd, annen setning. Heller ikke «deltakere i arbeidsmarkedstiltak» har rett til å fortsette i stillingen jf. § 15-11 fjerde ledd.

Til sist gjelder ikke retten til å stå i stilling ved bedriftsinterne aldersgrenser. Dette fremgår ikke direkte av loven, men er fastslått i rettspraksis.<sup>26</sup> Det samme gjelder dersom arbeidsforholdet opphører grunnet alder etter § 15-13 a. Da opphører arbeidsforholdet automatisk, og ikke ved oppsigelse. Det følger også forutsetningsvis av § 15-11 første ledd, som fastslår at retten til å stå i stilling kun gjelder når en oppsigelse etter § 15-7 bestrides.

## **2.5. Søksmålet må omfatte påstand om ugyldighet**

For at retten til å stå i stilling skal være aktuell, må søksmål i henhold til § 17-4 omfatte påstand om ugyldighet etter § 15-12 første ledd. Dersom søksmålet kun gjelder erstatning, er det ikke tvist om å få beholde jobben, slik at ugyldighetsvirkningen ikke er at arbeidstaker skal ha jobben tilbake. De hensyn som begrunner regelen slår ikke til i slike tilfeller, og gjør det unaturlig å kreve å fortsette i stillingen. Det følger av forarbeidene at dersom søksmålet kun gjelder erstatning etter § 15-12 annet ledd, skal retten uten videre ta et krav fra arbeidsgiveren om at arbeidstakeren må fratruke til følge.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235.

<sup>26</sup> Jf. bl.a. Rt. 2011 s. 974.

<sup>27</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

## 2.6. Arbeidstaker må faktisk kunne fortsette i stillingen

Skal arbeidstakeren «fortsette» i stillingen, må vedkommende faktisk være i stand til å fortsette. Det innebærer at arbeidstaker ikke kan la være å komme på arbeid, med mindre lovlig fraværsgrunn foreligger.<sup>28</sup> Videre vil en naturlig tolkning av «fortsette» tilsi at det ikke kan ha vært nevneverdige avbrudd i arbeidsforholdet i forbindelse med oppsigelsen. En kjennelse som illustrerer dette er inntatt i Rt. 1993 s. 908. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at dersom «arbeidstakeren skal kunne få bli i stillingen, må han ha holdt fast ved stillingen kontinuerlig fra oppsigelsestidspunktet». Høyesteretts kjæremålsutvalg sluttet seg til dette på side 910. Lagmannsretten hadde sidestilt det at arbeidstaker godtok å ikke arbeide i oppsigelsestiden, med frivillig fratreden. Høyesterett avviste at dette kunne være ensbetydende. De anså det heller som «en akseptert uteblivelse, et gyldig fravær» (s. 911), og ikke som et markert opphør av arbeidsforholdet. Retten til å fortsette i stillingen var ikke tapt. Annerledes vil det stille seg dersom arbeidstaker i påvente av saken uteblir fra arbeidsstedet uten arbeidsgivers samtykke. Da risikerer vedkommende at retten til å fortsette i stillingen kan gå tapt.

---

<sup>28</sup> Rt. 1992 s. 1482 og Jan Fougner m.fl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* s. 834.

### **3. Urimelighetsvurderingen**

#### **3.1. Generelt om urimelighetsvurderingen**

Arbeidsgiver kan møte et krav om å få stå i stilling med å begjære fratreden. Det vil si at arbeidsgiver kan begjære fratreden fra det tidspunktet arbeidstaker har gitt skriftlig varsel eller reist søksmål om oppsigelsens gyldighet, slik at vedkommende i kraft av dette krever å fortsette i stillingen.<sup>29</sup> Dette innebærer at arbeidsgiver kan kreve fratreden før det er reist søksmål. Tidspunktet for fratreden kan imidlertid ikke settes før oppsigelsestidens utløp. Skulle arbeidstaker ombestemme seg underveis i prosessen, og ønske å fratre under søksmålet, kan han gjøre det – oppsigelsen er jo allerede gitt, men han bør gi arbeidsgiver et rimelig varsel.<sup>30</sup>

Krav om fratreden kan dermed reises og avgjøres før behandling av hovedsaken i første instans, eller reises som et krav som skal avgjøres sammen med oppsigelsesspørsmålet i hovedsaken. Betydningen av tidspunktet for krav om fratreden vil bli nærmere drøftet i punkt 3.3.8.

Retten må i lys av § 15-11 annet ledd foreta en vurdering om det vil være urimelig at arbeidstaker får fortsette i stillingen, når arbeidsgiver begjærer fratreden. Urimelighetsvilkåret gjør at det må foretas en avveining mellom arbeidsgiver og arbeidstakers interesse jf. punkt 1.1. Begrepet «urimelig» viser at det er tale om en klar unntaksregel, og terskelen for at unntaket skal komme til anvendelse er høy. Arbeidsgivers begjæring om fratreden skal bare unntaksvis tas til følge, fordi hovedregelen er at arbeidstakeren skal få fortsette i stillingen.<sup>31</sup>

Som nevnt under punkt 1.3.2 er terskelen for å avsi kjennelse for fratreden særlig høy når oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold. Avgjørelsen i Rt. 1984 s. 400 (kjm.utv.) illustrerer at terskelen likevel ikke er så høy som forarbeidene indikerer. Høyesterett viste på side 401 til sitatet fra forarbeidene om terskelen (se punkt 1.3.2), og uttalte at «dette kan imidlertid ikke innebære at retten i disse tilfelle skal være helt avskåret fra å foreta den rimelighetsvurdering som følger av lovens ordlyd. Det som sies i forarbeidene, må tas som et uttrykk for at rimelighetsvurderingen i disse tilfelle, hvor det ikke er noe å bebreide arbeidstaker, som regel må føre til at arbeidsgivers krav ikke tas til følge». Resultatet i dommen ble at arbeidstakeren fikk fortsette i stillingen.

---

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 50 (1993–1994) s. 210 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235.

<sup>30</sup> Johansen og Stueland s. 870.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

Tilsvarende var resultatet i LH-2015-98981. Kjennelsen har svakheter ved at den ikke synliggjør sin urimelighetsvurdering. Det er interessant at lagmannsretten i forbindelse med redegjørelsen for urimelighetsvilkåret, uttaler at «[u]rimelighetsnormen er uforandret fra rettspraksis etter arbeidsmiljøloven av 1977 ...». All den tid urimelighetsnormen etter arbeidsmiljøloven av 1977 er at retten ikke bør avsi kjennelse for fratreden når oppsigelsen er begrunnet i arbeidsgivers forhold, kan et slikt standpunkt stå i fare for å hindre retten i å foreta en reell og konkret skjønnsmessig helhetsvurdering.

Ofte vil det være mindre byrdefullt for en arbeidsgiver å fortsette og betale lønn til en arbeidstaker som yter arbeid, enn det er for arbeidstaker å miste sitt arbeid og sin lønn. På den annen side kan det fremstå urimelig om arbeidsgiver må betale lønn til en arbeidstaker som f.eks. har gjort seg skyldig i pliktbrudd, eller som ikke yter arbeid fordi det ikke er arbeid igjen å utføre. Oppgavens punkt 4 vil belyse nærmere hvilken betydning det får for interesseavveiningen at oppsigelsen er begrunnet i henholdsvis arbeidstaker eller arbeidsgivers forhold. Det sentrale er at det er en helhetsvurdering på grunnlag av urimelighetskriteriet, hvor det skal foretas en avveining av motstridende hensyn.<sup>32</sup>

I forlengelsen av dette kan det stilles spørsmål med hvordan interesseavveiningen etter § 15-11 annet ledd skal være i forhold til interesseavveiningen etter § 15-7 første ledd. Vurderingstema er ulikt, ved at det etter § 15-11 annet ledd er et spørsmål om det er «urimelig» at arbeidstaker får fortsette i stilling, mens det etter § 15-7 første ledd er et spørsmål om det var «saklig grunn» til å si opp arbeidstakeren. Selv om det prinsipielt er forskjellige forhold, vil vurderingen av oppsigelsens saklighet kunne inngå som en del av urimelighetsvurderingen etter § 15-11 annet ledd, jf. Rt. 1996 s. 812 (kjm.utv.). Årsaken er at flere av momentene kan være sammenfallende for begge vurderingene. Dette vil særlig gjelde der retten tar stilling til fratreden samtidig med oppsigelsessaken.

Avgjørelsen inntatt i HR-2017-561-A belyser at momentene i interesseavveiningen etter § 15-7 første ledd, kan være de samme som inngår i vurderingen om retten til å stå i stilling etter § 15-11 annet ledd. Spørsmålet i saken var om utvelgeskretsen var saklig begrunnet, og om oppsigelsen var saklig. Høyesterett svarte bekræftende på det første spørsmålet, men kom på bakgrunn av en interesseavveining til at oppsigelsen var ugyldig. I avsnitt 88 fremkommer det at sentrale momenter i avveiningen er «...frem satt stillingstilbud, arbeidstakerens alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet holdt opp mot bedriftens

---

<sup>32</sup> NOU 2004: 5 s. 324.



behov for å gjennomføre nødvendig nedbemanning». Oppgavens punkt 3.3 med underpunkter vil vise at flere av disse momentene er relevante for spørsmålet om det er «urimelig» at arbeidstaker får stå i stilling.

### 3.2. Tidspunktet for urimelighetsvurderingen

Urimelighetsvurderingen må foretas med utgangspunkt i situasjonen slik den er på det tidspunktet retten fatter sin avgjørelse.<sup>33</sup> Dette innebærer et viktig skille fra den avveiningen som må foretas i hovedsaken. Spørsmålet om en oppsigelse er usaklig med den konsekvens at den skal kjennes ugyldig, må som hovedregel vurderes i lys av hvordan forholdene var på tidspunktet for oppsigelsen.<sup>34</sup>

Dette illustreres tydelig av Rt. 2004 s. 1413. Tingretten kom til at oppsigelsene av to kokker som arbeidet på en rigg var gyldige på grunn av bedriftens økonomiske situasjon.

Arbeidstakerne anket dommen og det ble avsagt kjennelse for at arbeidstakerne måtte fratregne sine stillinger i forkant av behandlingen i lagmannsretten. Kjennelsen om fratredningen ble påkjært. Innen anken om fratredelsesspørsmålet ble behandlet hadde bedriften fått nye kontrakter og utlyst stillinger som var aktuelle for de oppsagte arbeidstakerne. Resultatet i Høyesteretts kjæremålsutvalg var at arbeidstakerne fikk fortsette i sine stillinger frem til ny hovedforhandling i lagmannsretten. Avgjørelsen viser at selv om de økonomiske forholdene har endret seg, vil vurderingen av gyldigheten av oppsigelsen måtte ta utgangspunkt i forholdene slik de var på oppsigelsestidspunktet.<sup>35</sup> Det er dermed tenkelig at en eventuell ankeinstans ville kommet til det samme som underinstansen i hovedsaken.<sup>36</sup> I en slik situasjon, der det var arbeid som de oppsagte kunne utføre, vil det likevel være lettere å si seg enig i at det ikke fremsto som urimelig for arbeidsgiver at arbeidstaker fikk fortsette i stillingen. Dette har også en side til fortrinnsretten etter § 14-2.

Ved spørsmål om gyldigheten av oppsigelsen kan forholdene på domstidspunktet likevel få betydning. Dette gjelder ved vurderingen av om det skal avsies dom for opphør etter § 15-12 første ledd, annet punktum. Trekkes slike forhold inn, vil interesseavveiningen i forhold til om det er «åpenbart urimelig» at arbeidsforholdet fortsetter etter § 15-12 første ledd, annet

---

<sup>33</sup> Jf. bl.a. Rt. 1990 s. 908 (kjm.utv.) og Rt. 1993 s. 1283 (kjm.utv.).

<sup>34</sup> Jf. bl.a. Nils H. Storeng mfl. s. 597.

<sup>35</sup> Jf. drøftelsen i punkt 3.2.

<sup>36</sup> Kjennelsen ble ikke påkjært til kjæremålsutvalget.

punktum ha særlige likhetstrekk med vurderingen om det er «urimelig» at arbeidstaker får fortsette i stillingen etter § 15-11 annet ledd.

### **3.3. Momenter i urimelighetsvurderingen**

#### **3.3.1. Innledning**

Bestemmelsen i § 15-11 annet ledd sier ikke noe om hvilke momenter som er relevante, eller hvordan disse skal vektas. Det vil være opp til retten i den konkrete sak å vurdere hvilke momenter som er relevante, og hvordan disse skal vektas.<sup>37</sup> Det er sentralt at det skal foretas en helhetsvurdering. På denne bakgrunn er det ikke gitt hvilke momenter som står mest sentralt eller skal vektlegges tyngst, da det vil variere fra sak til sak. Retten står med andre ord fritt i sin vurdering.

Om oppsigelsen er begrunnet i arbeidsgiver eller arbeidstakers forhold har stor betydning jf. det som er sagt om terskelen i punkt 1.3.2. Jeg fant det mest hensiktsmessig å anvende dette som et utgangspunkt for å klarlegge terskelen. Det vil like fullt kunne ha vært et moment som ble presentert i den følgende drøftelsen her, og da som et moment av betydelig vekt.

I det følgende vil det bli redegjort for momenter som fremkommer i forarbeidene, og for momenter som er utviklet gjennom rettspraksis. Rekkefølgen på momentene er basert på min oppfatning av hvilke momenter domstolene vektlegger tyngst i praksis. Som det fremgår vil noen av momentene overlappe hverandre.

#### **3.3.2. Sakens sannsynlige utfall**

Når retten tar stilling til en begjæring om fratreden, vil et naturlig utgangspunkt være å vurdere hva de anser som det sannsynlige utfallet av selve oppsigelsessaken. Arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen har lite for seg dersom retten anser det klart at oppsigelsen vil bli funnet gyldig. Årsaken til dette er at det ikke er grunn til å sikre kontinuiteten i arbeidet, herunder kontakten med arbeidsstedet og kollegaer, når arbeidsforholdet etter all sannsynlighet vil opphøre. I en slik situasjon er det heller ikke rimelig at arbeidsgiver skal fortsette å betale lønn til vedkommende.

---

<sup>37</sup> Jan Fougner mfl. *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* s. 838.

En kjennelse som illustrerer dette er inntatt i Rt. 1991 s. 330, hvor kjæremålsutvalget uttalte på side 332 at de var «enig i at det sannsynlige utfall av saken kan telle med ved vurderingen». Her hadde lagmannsretten vurdert at oppsigelsen ikke fremsto som tvilsom, og tillagt det vekt ved urimelighetsvurderingen. Dette er senere vektlagt i en rekke avgjørelser.<sup>38</sup>

Dersom en oppsigelse derimot fremstår som tvilsom eller mindre klar, vil domstolen normalt være tilbakeholden med å avsi kjennelse for fratreden. Det vil være uheldig om retten avsier kjennelse for fratreden, for deretter å komme til at oppsigelsen er ugyldig med den virkning at arbeidstakeren skal tilbake i jobben. Da er de sentrale hensyn bak retten til å stå i stilling allerede brutt, og kan vanskeliggjøre gjeninsetting i stillingen.

Dette er nok begrunnelsen for at domstolene i en del tilfeller velger å avvente behandling av fratredelsesspørsmålet til behandlingen av hovedsaken. Før behandling i hovedsaken, må retten bygge sin avgjørelse på saksdokumenter som er framlagt i saken frem til tidspunktet for kjennelsen. Her vil det være variasjoner i hvor mye informasjon retten får til å bygge sin avgjørelse på, som gjør at de vil være tilbakeholdne med å vektlegge momentet om sakens sannsynlige utfall. En naturlig konsekvens av dette er at retten også ofte vil være restriktive med å avsi kjennelse for fratreden før hovedforhandling.

Når saken derimot har vært til behandling i første instans vil det gi en indikasjon på hvor saken står, selv om resultatet kan bli et annet i ankeinstansen. Enda sterkere vil sannsynligheten bli dersom både tingretten og lagmannsretten har kommet til samme resultat. Det vil være et moment i retning av at arbeidstaker må fratre jf. Rt. 1992 s. 1681 (kjm.utv.).

Avgjørelsen i LB-2015-118358 illustrerer at tidligere instans sitt resultat kan ha stor betydning for vurderingen av sakens sannsynlige utfall. Retten startet med å vise til skillet mellom oppsigelser som skyldes arbeidstaker versus arbeidsgivers forhold og la terskelen for fratreden høyt, fordi det i saken var arbeidsgivers forhold som hadde ledet til oppsigelse. Det som skiller Borgatings vurdering fra mange andre er at de i forlengelsen av dette uttaler at «...dette stiller seg annerledes når det foreligger dom fra to instanser som klart fastslår at oppsigelsen er gyldig». Dette viser at selv om det er arbeidsgivers forhold som begrunner oppsigelsen, er ikke det ensbetydende med at arbeidstaker skal få fortsette i stillingen. Sakens sannsynlige utfall ble med dette tillagt betydelig vekt. Det ble også vektlagt at arbeidstakeren var tilbudt annen stilling som han takket nei til, og at virksomheten ville ha vanskelig for å

---

<sup>38</sup> Bl.a. Rt. 1992 s. 1681 (kjm.utv.), Rt. 1992 s. 1688 (kjm.utv.) og Rt. 2004 s. 1413 (kjm.utv.).

oppnå full effekt av omstillingene så lenge arbeidstakeren sto i stilling. Betydningen av dette vil bli nærmere drøftet i punkt 4.3 med underpunkter.

I Rt. 2000 s. 525 fikk arbeidstakeren imidlertid stå i stilling selv om både tingretten og lagmannsretten kom til at oppsigelsene var gyldige. I saken vurderte Høyesteretts kjæremålsutvalg det slik at virksomheten ikke sto ovenfor noen prekær og pressende økonomisk situasjon, selv om den hadde behov for nedbemanning. Konklusjonen ble at «bedriftens behov for raskt å gjennomføre rasjonaliseringen ikke er så sterkt at det begrunner fratreden før rettskraftig dom». Hovedregelen om at det skal mye til å avsi kjennelse for fratreden når oppsigelse er begrunnet i virksomhetens forhold, ble tillagt avgjørende vekt på bekostning av sakens sannsynlige utfall.

Tilsvarende var tilfelle i LG-2016-90926-4, ved at to arbeidstakere fikk fortsette i stilling selv om både tingretten og lagmannsretten hadde kommet til at oppsigelsene var gyldige. I kjennelsen la retten for det første vekt på at det ville ta kort tid før Høyesteretts ankeutvalg avgjorde om en eventuell anke skulle tillates fremmet. I lys av dette ville kjennelsen bli rettskraftig hurtig dersom anken ble avvist. For det annet vektla retten momentet om sakens sannsynlige utfall, i lys av muligheten for at Høyesterett kunne komme til et annet resultat dersom en eventuell anke slapp inn. Dette til tross for at lagmannsretten anså det som lite sannsynlig at en eventuell anke ville slippe inn til Høyesterett.<sup>39</sup>

Det kan stilles spørsmål ved om dette er en heldig anvendelse av momentet om sakens sannsynlige utfall. Når en avgjørelse er avsagt under tvil, vil sannsynligheten for samme resultat i neste instans være mindre og svekke momentets vekt. Når resultatet i en avgjørelse derimot ikke er tvilsomt, nettopp slik som LG-2016-90926-4, bør momentet tillegges betydelig vekt. Om det skal være avgjørende at Høyesterett kan komme til et annet resultat, vil det fjerne all betydning fra momentet om sakens sannsynlige utfall. En videre konsekvens av dette vil være den prosessdrivende virkningen det innebærer at avgjørelser som er avsagt i lavere instanser skal få så liten betydning.

En kjennelse som etter mitt syn behandler momentet om sakens sannsynlige utfall mer hensiktsmessig, ble avsagt av Agder lagmannsrett den 19.01.2017 (ikke publisert).<sup>40</sup> Her kom tingretten i hovedsaken til at oppsigelsen var saklig, og uttalte at saken ikke hadde vært tvilsom. På denne bakgrunn kom lagmannsretten til at det var sannsynlighetsovervekt for at

---

<sup>39</sup> Anken er fremmet til behandling ved HR-2017-934-U.

<sup>40</sup> Se note 41.

anken ikke ville føre frem, og avsa kjennelse for fratreden.<sup>41</sup> Sakens sannsynlige utfall ble tillagt betydelig vekt, og det mener jeg må være riktig vurdering ut i fra at momentet bør ha stor tyngde når det ikke foreligger vesentlig tvil om resultatet i hovedsaken.

Saksforholdet i de to sistnevnte kjennelsene har store likhetstrekk. Begge gjaldt omfattende nedbemanninger på grunn av fallet i markedet, hvor oppsigelsene ble funnet saklige i henholdsvis en og to instanser. De faktiske forholdene var også parallelle på den måten at bedriftene stod i samme situasjon ved at de ikke hadde arbeidsoppgaver å tilby arbeidstakerne, og at de vurderte permittering av øvrige ansatte. Samtidig var begge virksomhetene så store at de kunne tåle den økonomiske belastningen av at arbeidstakerne stod i stilling.

Vekten av sakens sannsynlige utfall ble derimot vurdert forskjellig, og ledet til at avgjørelsene fikk ulike resultat. Regelen om rett til å fortsette i stilling har etter min mening visse svakheter når så like saker får så ulike utfall. Det er særlig problematisk for partene å forutberegne sin rettsstilling dersom det er for tilfeldig hvordan interesseavveiningen slår ut. Ikke minst er det problematisk når kjennelsen fra Gulating lagmannsrett ikke lar momentet om sakens sannsynlige utfall få vekt når to instanser tidligere har kommet til at saken ikke er tvilsom. Dette vil bli nærmere berørt i punkt 5.

### **3.3.3. Hensyn til partene**

Allerede i Rt. 1987 s. 117 slo Høyesteretts kjæremålsutvalg fast på side 119 at «[d]et er klart at konsekvensene for arbeidstakeren og bedriften av at arbeidstakeren henholdsvis får stå i stillingen eller må fratrukke seg, må være helt sentralt i vurderingen». Og i forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov heter det at det skal legges «vekt på arbeidsgivers økonomi og behovet for å få gjennomført kostnadsreduksjoner, bemanningsendringer, tilpasninger til nye arbeidsoppgaver mv. raskt» og at «[k]onsekvensene for arbeidstaker må vurderes konkret i forhold til den enkelte, og det må tas hensyn til alder, ansiennitet, mobilitet, forsørgerbyrde, andre sosiale forhold mv.»<sup>42</sup> Dette understreker den interesseavveiningen som retten må foreta ved å avveie bedriftens behov for at arbeidstakeren fratrukker seg, mot arbeidstakerens behov for å få fortsette i stillingen.

---

<sup>41</sup> Anke over kjennelsen ble forkastet at Høyesterett ved HR-2017-599-U. Kjennelsen er således rettskraftig, og har noe mer prejudikatsverdi enn avgjørelsen ovenfor fra Gulating.

<sup>42</sup> NOU 2004: 5 s. 330

## Hensyn til arbeidstaker

Hensynet til arbeidstaker er et relevant moment som gjerne blir omtalt som sosiale/personlige forhold. Sosiale forhold innebærer i denne sammenheng individuelle konsekvenser for arbeidstaker som følge av at han må fratrukke seg. En nærliggende konsekvens er tap av lønn og andre ytelser. Foreligger det særlige tungtveiende forhold ved akkurat denne arbeidstakeren, f.eks. særlig forsørgerbyrde som gjør at vedkommende blir rammet hardere av en oppsigelse enn normalt, vil momentet få større vekt i helhetsvurderingen. En illustrerende situasjon er omtalt i ARD-2009-211. Saken gjaldt permittering, hvor én ansatt ikke ble permittert på bekostning av andre med lengre ansiennitet fordi han av rehabiliteringsformål hadde behov for å møte på jobb. Ved permittering står arbeidsgiver friere i sitt valg, slik at sosiale forhold ikke vil veie like tungt. Avgjørelsen illustrerer likevel at sosiale forhold vil kunne være viktige momenter. Dette vil i større grad kunne gjelde ved urimelighetsvurderingen etter § 15-11 annet ledd.

I avgjørelsen i Rt. 1993 s. 941 ble det anført fra arbeidstaker at lagmannsretten skulle ha vurdert arbeidstakerens «situasjon ved fratreden med tap av lønn og øvrige ytelser, hans forsørgelsesbyrde, mulighet for alternativ beskjeftigelse m.v.». Kjæremålsutvalget uttalte at de «ikke [kunne] se at det i saken fra den kjærende parts side er fremsatt anførsler og gitt opplysninger av denne karakter som kunne gi lagmannsretten grunnlag for at en slik vurdering ville avvike fra det som vil være den vanlige situasjon ved fratreden» (s. 942). Avgjørelsen fra Arbeidsretten gav også uttrykk for at det generelt kreves særlig tungtveiende grunner for å gjøre avvik basert på sosiale forhold, men godtok fravik på grunn av de uforholdsmessig store konsekvensene det innebar for denne konkrete arbeidstakeren.

I HR-2016-2053-U opphevet Høyesteretts ankeutvalg lagmannsrettens kjennelse, fordi lagmannsretten ikke hadde kommentert konsekvensene for arbeidsgiver og arbeidstaker. To oppsagte arbeidstakere anførte at det forelå særlige konsekvenser på grunn av gjeld og forsørgerforpliktelser. Lagmannsretten hadde ikke vurdert dette. Det er mulig at lagmannsretten anså disse forholdene som lite relevante all den tid det var tale om sosiale konsekvenser som ofte naturlig vil følge av en oppsigelse. Når kjæremålsutvalget i avgjørelsen i Rt. 1993 s. 941 nevnt ovenfor, ikke så noe feil ved lagmannsrettens vurdering selv om anførselene ikke var kommentert, kan det være fordi også de anså det som sosiale

forhold som naturlig følger av en oppsigelse. Det vil dermed ikke utgjøre noe viktig argument. En alternativ forklaring kan være at kravene til en tydelig interesseavveining er strengere i dag enn da denne avgjørelsen ble avsagt.

Har en arbeidstaker begått pliktbrudd eller annet som gir grunnlag for oppsigelse, er det vanskelig å forestille seg at sosiale forhold skal kunne begrunne et krav om å stå i stilling. På den annen side, ved oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold, viser praksis at sosiale hensyn er relevante. Sosiale hensyn kan være viktige som moment dersom de er tilstrekkelig kvalifisert til å stille arbeidstakeren i en særlig vanskelig situasjon. Dette vil spesielt være aktuelt dersom sosiale forhold gjør at arbeidstakeren blir stilt kvalifisert dårligere enn andre i tilsvarende situasjon.

### **Hensyn til arbeidsgiver**

Hensynet til arbeidsgiver vil i stor grad knytte seg til virksomhetens økonomi, herunder overlevelsessevne og fremtid. Det vil ha betydning hvilken belastning det er for arbeidsgiveren å betale lønn i den tiden arbeidstakeren eventuelt fortsetter i stillingen.<sup>43</sup> Størrelsen på virksomheten og virksomhetens soliditet vil i stor grad påvirke dette. I Solheim trafikkskole, Rt. 1992 s. 1688, var det kun fire ansatte pluss innehaveren av virksomheten. Her uttalte kjæremålsutvalget på side 1690 at en rett til å fortsette i stillingen «ville innebære en slik økonomisk belastning for trafikkskolen at det fremstiller seg som urimelig».

Større virksomheter må gjennomgående tåle mer. Stort sett har de en økonomi som tåler at en arbeidstaker står i stilling. Ofte vil de også ha bedre muligheter til å håndtere et eventuelt økonomisk tap det måtte medføre. Dette argumentet svekkes imidlertid dersom det er en større andel ansatte som krever å stå i stilling samtidig. Er det tale om en større andel av den totale arbeidsstokken, vil den økonomiske belastningen dette innebærer være et moment for fratredelse. I Solheim trafikkskole var det som nevnt tale om en av fire arbeidstakere. Vedkommende måtte fratre. Det er nok tvilsomt om en kan utlede noe generelt av dette. Ser man for seg en situasjon under ellers like forhold hvor f.eks. 100 oppsagte av 400 ansatte krever å stå i stilling, er det nok nærliggende å tenke at disse ville måtte fratre. Det vil kunne være uforholdsmessig byrdefullt for bedriften å bære så store kostnader.

---

<sup>43</sup> Rt. 1991 s. 330 (kjm.utv.).

Et annet sentralt aspekt er om virksomheten fortsatt kan beskjeftige arbeidstakeren. I større nedbemanningsprosesser, vil stillinger ofte falle bort på grunn av arbeidsmangel. Virksomhetene har da ikke arbeidsoppgaver igjen til arbeidstakere som krever å stå i stilling. Et arbeidsforhold baserer seg på at arbeidstaker skal yte mot å få lønn. Er situasjonen faktisk slik at det ikke finnes arbeidsoppgaver, er det et spørsmål om det er rimelig at vedkommende skal motta lønn. I begge lagmannsrettssakene omtalt under punkt 3.3.2 ovenfor, var situasjonen slik at det ikke var arbeid igjen. Likevel var det som nevnt kun i den ene saken at arbeidstakeren måtte fratruke.

Ved oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold, kan hensynet til arbeidsgiver omfatte annet enn økonomiske forhold. Det kan være sterkt belastende for en arbeidsgiver å ha en arbeidstaker stående i stilling, dersom arbeidsgiver på bakgrunn av de handlinger som arbeidstaker har begått, har mistet tilliten til vedkommende. Da er arbeidstaker å bebreide, slik at vedkommende ikke vil nyte samme vern. Det vil bli knyttet noen ytterligere bemerkninger til dette under punkt 4.2.

#### **3.3.4. Saksbehandlingen**

Saksbehandlingen forut for oppsigelsen er også relevant for vurderingen av arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen jf. punkt 1.4. Av forarbeidene fremgår det at «[r]ettspraksis synes å legge betydelig vekt på ... arbeidsgivers saksbehandling forut for oppsigelsen, herunder om de ansatte og deres representanter har vært trukket inn i prosessen ved drøftelser mv. uavhengig av grunnlaget for oppsigelsen». <sup>44</sup>

En grundig saksbehandling vil ofte ha gitt arbeidstakeren bedre informasjon, og slik sett en følelse av at prosessen har vært rettfærdig. Dette kan være et avdempende middel mot rettslig prosess. <sup>45</sup>

Saksbehandlingen har også nær sammenheng med sakens sannsynlige utfall som omtalt ovenfor under punkt 3.3.2. En god og forsvarlig saksbehandlingsprosess vil ofte indikere at en oppsigelse er saklig, og slik sett være et argument i mot at en ansatt får stå i stilling. Særlig vil dette gjelde når retten skal avsi kjennelse før hovedforhandling. Begrunnelsen for dette er at

---

<sup>44</sup> NOU 2004: 5 s. 330.

<sup>45</sup> Jan Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning* s. 274.



retten på et så tidlig tidspunkt, ikke vil ha like mye bevis å bygge på som de eventuelt ville hatt etter en hovedforhandling.

### **Betydningen av enighet med de tillitsvalgte**

En side av saksbehandlingen som har blitt tillagt særlig vekt i praksis, er om det er oppnådd enighet med de tillitsvalgte. Dersom bedriften og de tillitsvalgte har kommet til enighet om at det er et reelt behov for å nedbemanne, eventuelt om hvordan nedbemanninger skal foretas og hvilke utvelgelseskretser- og kriterier som skal ligge til grunn, vil det være en indikasjon på at saksbehandlingen i forkant av oppsigelsene har vært forsvarlig og riktig. Både arbeidsgiver- og arbeidstakers interesser har på en slik måte blitt hensyntatt, og avveid mot hverandre.

En helt sentral dom om betydningen av enighet med de tillitsvalgte er innatt i Rt. 2001 s. 71 (Rasmussen Offshore dommen). Høyesterett fastslo på side 82 at «[j]eg er enig i at det i prinsippet må foretas en kontroll med sakligheten av oppsigelser som er resultat av ansiennitetsavtaler. Men det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet.» Saken behandlet kun spørsmålet om oppsigelsenes gyldighet, og ikke spørsmålet om retten til å stå i stilling. Tilsvarende argumentasjon vil likevel kunne ha betydning for spørsmålet om retten til å stå i stilling. Den påfølgende drøftelsen vil belyse dette.

I Rt. 2000 s. 1958 la Høyesteretts kjæremålsutvalg i vurderingen vekt på at det var enighet mellom ledelsen og de ansattes organisasjoner om hvordan nedbemanningene skulle foretas. Videre hadde det betydning at det var tale om en stor organisatorisk omveltning, som arbeidstakernes organisasjon hadde akseptert og som arbeidstakerne hadde innrettet seg etter. I saken kom Høyesterett frem til at arbeidstakerne måtte fratruke. Slik jeg forstår avgjørelsen ble det lagt betydelig vekt på at arbeidstakerne hadde fått tilsvarende stillinger andre steder i virksomheten, slik at de ikke led noe tap av at de ikke fikk stå i stilling. At det foretas en konkret helhetsvurdering, gjør at det er vanskelig å si noe presist om hvilke momenter som ble tillagt mest vekt. Betydningen av at arbeidstaker blir tilbudt annen stilling vil bli mer utførlig behandlet i punkt 3.3.5.

Avgjørelsen i Rt. 2004 s. 1413 oppsummerer relevante momenter i vurderingen av retten til å stå i stillingen. Kjæremålsutvalget fastslo i avsnitt 20 at «[d]et kan legges vekt på at

oppsigelsene ble iverksatt etter drøftelser med de tillitsvalgte, og at oppsigelsene ligger innenfor det man har blitt enige om». Situasjonen var at virksomheten opprinnelig hadde et behov for nedbemanning, men på tidspunktet for rettens vurdering av fratredelsesspørsmålet, hadde virksomheten lyst ut tilsvarende stillinger. Dette var avgjørende for at arbeidstakerne fikk stå i sine stillinger. Dermed sier avgjørelsen lite om hvordan retten vektet momentet om enighet med de tillitsvalgte.

Den sviktende økonomien i flere næringer i Norge de siste årene har ledet til flere oppsigelser og på den måten gjort retten til å stå i stilling til et særlig aktuelt tema. Sakens sannsynlige utfall vil bli mer klarlagt dersom domstolene vektlegger enighet med de tillitsvalgte. Dette viser at momentene har nær sammenheng, og delvis overlapper hverandre. Ved at domstolene vektlegger enighet med de tillitsvalgte, vil oppsigelser som skjer etter en forsvarlig og fornuftig enighet mellom bedrift og tillitsmenn, etter all sannsynlighet være saklige. Da er det mye som taler for å ta et krav om fratreden til følge. På den måten kan kvaliteten på saksbehandlingen gi en indikasjon på at oppsigelsen skal anses saklig, og således tale i mot at en arbeidstaker skal få fortsette i stilling.

Det å gå til søksmål i tilfeller hvor arbeidsgiver har hatt en forsvarlig og fornuftig saksbehandling, og fulgt nedbemanningskriterier, vil undertiden være et forsøk på det å opparbeide seg lønn utover oppsigelsestiden, selv om arbeidstaker vet at sannsynligheten for å få medhold er liten. Prosessøkonomisk er det en stor belastning for samfunnet og domstolene å behandle slike saker. Å avskjære retten til å stå i stilling som Fougner foreslår, kan imidlertid stå i fare for en betydelig svekkelse av stillingsvernet og igjen åpne for urimelige og vilkårlige oppsigelser. Betydningen av dette vil bli nærmere berørt i punkt 4.3 flg.

### **3.3.5. Betydningen av at arbeidsgiver tilbyr annen stilling**

Det følger av § 15-7 annet ledd at dersom oppsigelsen skyldes rasjonaliseringstiltak eller driftsinnskrenkning, vil en oppsigelse ikke være saklig dersom arbeidsgiver har «annet passende arbeid» han kan tilby arbeidstakeren. En naturlig følge er at det vil være et relevant moment om arbeidsgiver faktisk har fulgt plikten om å tilby nytt arbeid, uten at arbeidstaker aksepterer.

En sak som illustrerer betydningen av tilbud om annen stilling er inntatt i Rt. 1990 s. 908 (kjm.utv.). Her takket arbeidstaker nei til annen passende stilling, som var det eneste egnede

arbeidet tilgjengelig. Konsekvensen av at han fikk fortsette i stillingen, var at han fikk lønn, uten at det var arbeidsoppgaver han kunne utføre. Arbeidsgiver fikk medhold i begjæring om fratredelse. Retten la betydelig vekt på det faktum at arbeidstakeren hadde avslått tilbud om annen stilling. Dette viser at momentet kan være viktig i interesseavveiningen. I avgjørelsen ble ankeforhandlingen utsatt med 6 måneder på grunn av forhold på arbeidstakers side. Dette synes også å være en viktig del av begrunnelsen for fratreden, noe som understreker at det er en konkret helhetsvurdering hvor flere momenter kan spille en rolle.

I en etterfølgende kjennelse (HR-1990-423-K), som ble avsagt tre dager etter avgjørelsen referert til i avsnittet ovenfor, viser Høyesterett til at det var på det rene at arbeidstakeren var overtallig på grunn av omstilling og nedbemanning, og at «arbeidstakeren [hadde] fått tilbud om jobb som sjåfør i det transportfirma som overtok transporten av arbeidsgivers varer – et tilbud arbeidstakeren ikke har akseptert». Etter en helhetsvurdering kom Høyesterett likevel til at arbeidstakeren ikke måtte fratred. Årsaken til dette var at det ble lagt stor vekt på den høye terskelen for å kreve fratreden ved omstillinger og nedbemanninger i en stor bedrift. Etter min mening kunne retten ha fremhevet at det ikke direkte var tilbud om annen stilling i bedriften. Det var tale om et tilbud fra arbeidsgiver om å jobbe i ett nytt firma som overtok arbeidstakerens tidligere funksjon, og dermed ville ikke oppsigelsen av den grunn bli saklig i lys av § 15-7 annet ledd. Et slikt tilbud vil ivareta arbeidstakerens inntekt, men det vil ikke ivareta kontinuiteten i arbeidsforholdet og kontakten med arbeidsplassen som er sentrale hensyn. Om resultatet i oppsigelsessaken hadde blitt at oppsigelsen var ugyldig, ville fratreden i forkant vanskeliggjøre en eventuell gjeninntreden i stillingen.

På den annen side vil det faktum at det ikke finnes andre passende oppgaver å tilby arbeidstakeren, være et moment for fratredelse.<sup>46</sup> Som jeg kommer tilbake til i punkt 4.3.2 nedenfor, vil dette være særlig aktuelt ved mindre virksomheter.

### **3.3.6. Hensyn til øvrige ansatte**

Det kan ha betydning «hvilke følger valget av løsning vil kunne få for andre arbeidstakere i bedriften».<sup>47</sup> Må andre ansatte sies opp, permitteres eller omplasseres for at arbeidstakeren skal fortsette i stillingen, kan det være et moment for fratredelse.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Jan Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven, kommentarutgave* s. 839.

<sup>47</sup> Rt. 1987 s. 117 (kjm.utv.) s. 119.

<sup>48</sup> Rt. 2004 s. 1413 avsnitt 20 (kjm.utv.).

Det er ikke uvanlig at en nedbemanningsprosess også rammer arbeidstakere som ikke blir oppsagt. Det kan tenkes at ansatte som ikke omfattes av nedbemanning, må permitteres fordi andre står i stilling. Jo større andel av de ansatte som krever å stå i stilling, jo større er sannsynligheten for at det vil gå ut over øvrige ansatte som ikke er sagt opp. Det viser at andelen oppsagte også kan komme inn som et relevant moment. Dette vil bli belyst nærmere i punkt 4.3.3.

De som er sagt opp har det svakeste stillingsvernet på bakgrunn av den utvelgelsen som er foretatt. At eventuelle andre med sterkere stillingsvern må permitteres midlertidig, kan fremstå som et mindre onde enn at en oppsagt arbeidstaker må fratre. På den annen side innebærer permittering et økonomisk tap for den ansatte. Virksomheten kan bli svekket av å måtte permittere ansatte som de har mer nytte av. For en arbeidstaker som ikke blir rammet av en nedbemanningsprosess på grunn av sitt bedre stillingsvern, kan det fremstå som urimelig å måtte permitteres for å gi plass til en med svakere stillingsvern.

Videre kan det ha betydning om rett til å fortsette i stilling vil bidra til konflikter eller medføre andre arbeidsmiljømessige belastninger som kan ramme andre arbeidstakere. Dette illustreres av Rt. 1992 s. 1688 (kjm.utv.). Retten vektla at det var et anspent forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som ledet til en generell negativ påvirkning på arbeidsmiljøet i virksomheten. Det kreves nok mer enn et vanlig motsetningsforhold, jf. Rt. 1993 s. 1096 (kjm.utv.). Dette er likevel mindre aktuelt ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold jf. den senere drøftelsen i punkt 4.1.

Det er «ikke anledning til å ta hensyn til at den som bestrider gyldigheten av en oppsigelse for domstolene og fortsetter i stillingen, blir bedre stilt enn de som aksepterer oppsigelsen og fratrer, jf. Rt. 1987 s. 117».<sup>49</sup> De som eventuelt står i stilling, kan opparbeide lønn langt utover oppsigelsestiden og opparbeide ansiennitet. Dermed vil som står i stilling vil ofte bli bedre stilt enn de som fratrer frivillig. En åpning for å hensynta dette kunne ledet til en fare for at terskelen for fratredelse ble for lav til å ivareta stillingsvernet, samtidig som det ville ha medført en risiko for uthuling av retten.

---

<sup>49</sup> Rt. 2004 s. 1413 avsnitt 20 (kjm.utv.).

På den annen side åpner regelen for en mulighet for at retten til å stå i stilling kan misbrukes til å tilegne seg lønn utover oppsigelsestiden i tilfeller der det ikke er holdepunkter for at oppsigelsen vil bli kjent ugyldig. At arbeidstakeren også opparbeider ansiennitet ved å stå i stilling, gjør at det kan få betydelige negative konsekvenser for de som godtar oppsigelsen og fratrer frivillig. Opprykk på «ansiennitetslisten» kan lede til at vedkommende både får tilbake jobb før de han har passert i ansiennitet, samt at vedkommende vil stå sterkere i en eventuell ny nedbemanningsrunde på et senere tidspunkt. Dette vil bli nærmere drøftet i punkt 4.3 flg.

### **3.3.7. Ansattes stilling**

Hva slags stilling den ansatte har, kan ha betydning for spørsmålet om rett til å fortsette i stillingen. Forarbeidene slår fast at det skal mindre til for at en leder må fratte.<sup>50</sup> Dette fordi det kan være vanskelig for en leder å utføre sin lederoppgave dersom bedriften faktisk ønsker at han skal fratte. Rettspraksis underbygger også dette ved at kjæremålsutvalget i avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1998, fastslo at det må få «vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften» (side 1999-2000).

Spørsmålet kommer sjelden på spissen ved nedbemanninger grunnet virksomhetens forhold. Etter § 15-16 annet ledd kan virksomhetens øverste leder kan si fra seg oppsigelsesvernet og dermed retten til å fortsette i stillingen i en forhåndsavtale, mot at han får etterlønn ved fratreden. Behovet for ledere kan bli mindre ved større omstillingsprosesser, fordi det blir færre underordnede å lede. Likevel får ledere i praksis ofte mulighet til å inngå avtaler i forbindelse med oppsigelser slik at de ikke har noe ønske om å stå i stilling. En avtale mellom leder og bedriften, i stedet for en tvist, anses å stille vedkommende leder i en bedre posisjon for å oppnå en tilsvarende eller bedre stilling i et annet selskap. Samtidig innehar en leder ofte en bredere erfaring og kompetanse, som kan gjøre det lettere for vedkommende å finne nytt arbeid. En underordnet ansatt konkurrerer ofte med flere om samme stillinger og er slik sett i en mer utsatt posisjon.

Hensyn til øvrige ansatte, jf. punkt 3.3.6, kan være aktuelt også her da den arbeidsmiljømessige belastningen kan bli negativt påvirket dersom en leder får fortsette i stilling. Dette gjelder særlig hvor oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold. Jeg kommer nærmere inn på dette i punkt 4.2.3.

---

<sup>50</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 239

### **3.3.8. Tid til hovedforhandling**

Som nevnt i punkt 3.3.5, ble det i avgjørelsen i Rt. 1990 s. 908 (kjm.utv.) lagt vekt på tiden frem til hovedforhandling. Lang tid frem til hovedforhandling utgjorde et moment i retning av fratredelse. Dette på grunn av belastningen for arbeidsgiver med å ha arbeidstaker stående i stilling over lang tid. Det er likevel usikkert hvor viktig dette argumentet var ettersom det var forhold på arbeidstakers side som var årsaken til utsettelsen.

Som avgjørelsen i Rt. 2000 s. 739 (kjm.utv.) illustrerer, skal det skal mye til for at lang tid til hovedforhandling i seg selv vil være et moment av avgjørende vekt. Behandlingen av hovedsaken i lagmannsretten ble berammet over ett år etter at saken var avgjort i første instans. Høyesterett anså ikke dette som et forhold av særlig betydning i helhetsvurderingen.

Dersom det på den annen side er kort tid til hovedforhandling, vil dette være et moment som domstolene tillegger vekt til arbeidstakers gunst. Alternativt er det ikke utenkelig at retten vil velge å utsette behandlingen av fratredelsesspørsmålet til hovedsaken. Konsekvensen av dette er at arbeidstaker får fortsette i stillingen.

## **4. Typetilfeller som viser hvordan momentene slår ut**

### **4.1. Innledning**

Hvilke momenter som er relevante, og hvordan disse vektet i praksis, er avhengig av den konkrete sak. Nedenfor vil jeg trekke linjer fra den tidligere redegjørelsen, for å belyse at interesseavveiningen slår ut forskjellig avhengig av om oppsigelsen er begrunnet i arbeidstaker eller arbeidsgivers forhold. Under disse to kategoriene vil jeg peke på noen typetilfeller, for å vise mer konkret hvordan interesseavveiningen foretas.

### **4.2. Oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold**

#### **4.2.1. Innledning**

Når det gjelder oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold, er det særlig to forhold som er avgjørende. Dette er graden av skyld hos arbeidstaker og hvilken stilling den aktuelle arbeidstakeren innehar.

#### **4.2.2. Graden av skyld**

Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, følger det av forarbeidene at domstolene i alminnelighet bør ta en begjæring om fratreden til følge, jf. punkt 1.3.2. Med andre ord er terskelen for fratreden lav. Spørsmålet om hvor mye momentet skal vektlegges beror på den konkrete situasjon, som kan være høyst varierende.

Dersom en arbeidstaker har begått et grovt pliktbrudd eller andre klart klanderverdige forhold, kan det foreligge grunnlag for avskjed. Arbeidsgiver vil ofte gå til oppsigelse også i tilfeller der det sannsynligvis foreligger avskjedsgrunn. Dette på grunn av den høye terskelen for avskjed, samt for å skåne arbeidstakeren mot den stigmatiserende effekten det er å bli avskjediget. Så lenge arbeidsgiver ikke går til avskjed, er ikke retten til å stå i stilling avskåret etter § 15-11 tredje ledd. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller ha stort behov for å få vedkommende bort fra arbeidsplassen raskt. Med mindre det er begått prosessuelle feil i forkant av oppsigelsen, vil sakens sannsynlige utfall stort sett fremstå såpass klart at arbeidsgiver vil få medhold i fratreden.

Er det derimot tvil om sakligheten av oppsigelsen, vil terskelen for fratreden senkes jf. særlig punkt 3.3.2 og 3.3.4. Risikoen for at oppsigelsen kan bli kjent ugyldig, gjør at hensynet som begrunner regelen om rett til å stå i stilling står sterkt. Dette taler for at vedkommende bør få stå i stilling frem til rettskraftig avgjørelse.

Kjennelsen i LA-2015-198089 illustrerer at retten til å stå i stilling kan stå sterkt, når det er usikkert hva sakens sannsynlige utfall er. Arbeidstakeren var ansatt som overlege ved et sykehus. Han hadde over tid begått gjentatte pliktbrudd i form av kritikkverdig omgang og kommunikasjon med både medarbeidere og pasienter. Situasjonen toppet seg da arbeidstakeren skallet til en operasjonssykepleier i forbindelse med en operasjon. Arbeidsgiver gikk til oppsigelse av overlegen. Tingretten kom til at oppsigelsen var gyldig, og arbeidsgiver begjærte fratreden da arbeidstaker anket avgjørelsen. Lagmannsretten kom til at arbeidstakeren fikk fortsette i stillingen. I vurderingen la retten vekt på at forholdet mellom ledelsen og arbeidstakeren var tilspisset og vanskelig, samt at det skapte problemer i miljøet på arbeidsplassen generelt. Likevel hadde sykehuset klart å etablere en ordning som gjorde at arbeidstakeren kunne arbeide uten å påføre andre medarbeidere eller arbeidstakere belastninger. Sykehuset hadde således tilpasset forholdene for å gjøre det forsvarlig at arbeidstakeren fortsatte. På dette grunnlag kom retten til at det ville bli verre for arbeidstakeren om han måtte fratred, fordi han ville miste både lønn og arbeid. Det som fremstår som utslagsgivende var tvilen om sakens sannsynlige utfall. Tingrettens avgjørelse ble avsagt under dissens, slik at det var vanskelig å si hva resultatet i ankeinstansen vil bli. Om det er riktig å tillegge en dissens så mye vekt er et annet spørsmål. Slike saker avgjøres i praksis ofte under dissens.

All den tid domstolene etter forarbeidene bør gi medhold i fratreden når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold, strekker retten seg her langt for å komme til at arbeidstakeren skal få stå i stillingen. Sammenlignet med presumpsjonen når det er forhold ved virksomheten som leder til oppsigelsen, kan det virke som om retten evner bedre å foreta en grundig og nyansert helhetsvurdering, uten å bli for mye låst av terskelen. Om det i saken var rimelig at arbeidstakeren fikk bli i stillingen er et annet spørsmål. Rettens tydelige respekt for presumpsjonen ved oppsigelsen begrunnet i virksomhetens forhold vil bli ytterligere belyst i punkt 4.3.



### **4.2.3. Stillingskategori**

Hvilken stilling en arbeidstaker har, kan potensielt få stor betydning. Som redegjort for i punkt 3.3.7, skal det mindre til for at en leder må fratres. Dette er mest aktuelt ved oppsigelser begrunnet i den enkelte ansattes forhold.

Det stilles generelt strengere krav til ledere. Dette gjør at terskelen for oppsigelse er lavere. Dermed bør også terskelen for fratreden være lavere. På den måten kan en si at ledere generelt har et svakere stillingsvern. En dom som illustrerer dette er Rt. 1997 s. 1128. Saken gjaldt gyldigheten av avskjedigelsen av en administrerende direktør i et stort selskap, som hadde begått grove pliktbrudd. Høyesterett uttalte at det må stilles «særlige krav til en leder». Det tilsier at forhold som for en underordnet ansatt ikke ville vært et grovt pliktbrudd eller vesentlig mislighold, lettere kan være det for en leder. Høyesterett kom til at avskjeden var gyldig. Utenom terskelen ble det særlig lagt vekt på tillitsaspektet, den arbeidsmiljømessige belastningen og signaleffekter både innad og utad.

Jo høyere stilling en arbeidstaker har, jo viktigere er det at vedkommende har den tilliten som er nødvendig. Investeringsrådgiverkjennelsen inntatt i Rt. 2009 s. 1183 gjaldt spørsmålet om å frata arbeidstakeren arbeid i oppsigelsestiden. Avgjørelsen er illustrerende for betydningen av tillit. Lederen var en av 5 ledere. Han hadde på bakgrunn av engasjement i et selskap utenfor den aktuelle virksomheten, mistet de øvrige ledernes tillit. Høyesterett godtok at arbeidsgiver fratok arbeidstakeren arbeidet i oppsigelsestiden. Her er vernet i utgangspunktet sterkere all den tid det ikke foreligger noen uttrykkelig hjemmel for å frata arbeid i oppsigelsestiden. Dommen tilsier at manglende tillit til en leder, bør være et tungtveiende moment i retning av fratreden.

## **4.3. Oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold**

### **4.3.1. Innledning**

Hovedinntrykket av den rettspraksis som er gjennomgått, er at domstolene gjennomgående er svært tilbakeholdne med å avsi kjennelse for fratreden når oppsigelsen(e) er begrunnet i virksomhetens forhold. «Urimelig» er et strengt vilkår og det praktiseres strengt. Arbeid er et sentralt velferdsgode som danner livsgrunnlaget for de fleste mennesker som nevnt

innledningsvis i punkt 1.1. Derfor er det klart at terskelen for å frata arbeidstaker lønn og arbeid skal være høy.

På den annen side kan det spørres om terskelen på bakgrunn av forarbeidene har blitt praktisert så strengt i rettspraksis, at retten i realiteten avviker fra en reell urimelighetsvurdering. Det synes som om domstolene opererer med en streng presumpsjon for at arbeidstaker skal få stå i stilling når oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold.

Hvor strengt regelen praktiseres er avhengig av hvor stor andel som sies opp og hvor stor andel som krever å stå i stilling sett i forhold til hvilken størrelse det er på bedriften. I det følgende vil jeg redegjøre for hvordan interesseavveiningen kan slå forskjellig ut, gitt andel oppsagte, størrelsen på bedriften samt hvordan hel- eller delvis nedleggelse får betydning for interesseavveiningen.

#### **4.3.2. Betydningen av bedriftens størrelse**

Som nevnt i punkt 3.3.3, vil bedriftens størrelse ofte utgjøre et sentralt moment i vurderingen av om det er «urimelig» for arbeidsgiver at arbeidstaker får fortsette. Jeg vil i det følgende belyse hvordan interesseavveiningen kan være ulik ut i fra om det er tale om små- eller større bedrifter.

##### **Små bedrifter**

Når dårlig økonomi nødvendiggjør oppsigelser i mindre bedrifter, vil det være prekært for arbeidsgiver å redusere lønnskostnadene raskt. En arbeidstakers rett til å stå i stilling og opparbeide lønn ut over oppsigelsestiden kan være en tung byrde for en liten bedrift. Dette var noe kjæremålsutvalget tok hensyn til i Rt. 1992 s. 1688, Solheim trafikkskole. Trafikkskolen hadde en reduksjon i omsetningen som nødvendiggjorde nedbemanning. Bedriften besto av fire ansatte, og én måtte gå. I den forbindelse sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens vurdering, som konkluderte med at arbeidstakeren måtte fratru, fordi det «ville innebære slik økonomisk belastning for trafikkskolen at det fremstiller seg som urimelig» (side 1691). Som nevnt i punkt 3.3.6, la retten også vekt på den miljømessige belastningen det innebar at arbeidstakeren fikk fortsette, da det oppsto et anspent forhold på grunn av oppsigelsen. Til slutt var det også av betydning at det var begrensede muligheter for alternativ beskjeftigelse.

Flere av de momentene som er gjennomgått vil på den måten kunne bli forsterket av at det er en liten bedrift, som kan lede til en lavere terskel for fratreden. Mulighetene for å absorbere tapet vil også være begrenset. Samtidig står utgangspunktet om at det skal mye til for å kreve fratreden når oppsigelse er begrunnet i virksomhetens forhold sterkt. Det vil alltid nødvendiggjøre en konkret helhetsvurdering av de momenter som er aktuelle.

### **Større bedrifter**

I større bedrifter vil gjerne kostnaden ved at en arbeidstaker fortsetter i stilling være mindre sett i forhold til virksomhetens totale kostnader, slik at selve det økonomiske aspektet får mindre gjennomslag. Det har stor betydning hvor stor andel ansatte som er oppsagt, og hvor stor andel av de oppsagte som krever å stå i stilling. Dette vil bli nærmere redegjort for i 4.3.3. Arbeidsgiver vil videre ha større muligheter for å finne alternative arbeidsoppgaver til den/de som er oppsagt. Dette vil også være et egnet middel til å avdempe eventuelle miljømessige belastninger oppsigelsen har skapt.

Til dette kan det innvendes at det kan være store variasjoner i begrunnelsen for at arbeidsgiver går til oppsigelser. En kan tenke seg en bedrift som ønsker å si opp en eller flere arbeidstakere for å styrke sin økonomiske stilling, eller tilfeller hvor det er fornuftig ut i fra et mer langsiktig perspektiv for bedriftens utvikling, uten at en direkte står ovenfor vesentlige økonomiske problemer. Nedbemanning for å styrke den økonomiske stillingen kan utgjøre saklig grunn for oppsigelse etter § 15-7.<sup>51</sup> Likevel vil bedrifter i slike tilfeller ofte ha økonomi til at arbeidstaker kan fortsette i stillingen, dersom oppsigelsen bestrides. Dette kan gjøre det vanskelig for arbeidsgiver å få medhold i en fratredelsesbegjæring. Det er likevel stor avstand fra denne situasjonen, til tilfellene hvor en bedrift er i økonomisk krise og oppsigelser er nødvendige for fortsatt drift. Det kan potensielt skape store vansker for bedriften om arbeidstakere i slike tilfeller får rett til å fortsette i stilling, da de økonomiske besparelsene ved oppsigelsen vil utebli helt frem til endelig dom. I slike tilfeller vil ofte samfunnshensyn og hensyn til øvrige ansatte, tale i retning av at en fratredelsesbegjæring bør tas til følge.

Selv om arbeidstakers rett til å stå i stilling ikke er avgjørende for en virksomhets eksistens, kan det være gode grunner for at vedkommende likevel burde fratre. Tap av større kontrakter, endringer i markedet og stadig økende konkurranse internasjonalt, kan gjøre det nødvendig

---

<sup>51</sup> Nils H. Storeng mfl. s. 555.

for bedriftene å tilpasse seg slike forhold for å opprettholde konkurransedyktighet. Det er verken samfunnsøkonomisk eller fornuftig for virksomheten selv, å drive kun for å overleve. Stadige endringer i samfunnet gjør det nødvendig å ha et fremadrettet perspektiv. Oppsigelser kan på den måten være rasjonelle og nødvendige, selv om virksomheten på oppsigelsestidspunktet har råd som sådan til å dekke lønnskostnadene.

Kjennelsen fra Agder Lagmannsrett omtalt under punkt 3.3.2 mener jeg er et eksempel på en fornuftig praktisering av urimelighetsvurderingen. Saken er ett av få eksempler jeg har klart å finne blant avgjørelser fra Høyesterett og lagmannsrettene fra 2014 og frem til i dag, som faktisk tar hensyn til den rådende markedssituasjonen. Dette til tross for at virksomheten hadde økonomi til å ha vedkommende stående i stillingen.

Tilsvarende var tilfellet med kjennelsen fra Borgating lagmannsrett, omtalt under punkt 3.3.2. Denne saken skiller seg fra avgjørelsen fra Agder lagmannsrett, ved at arbeidstakeren ble tilbudt annen stilling som han takket nei til. Da skal det mindre til å få medhold i kjennelse for fratreden jf. det som er redegjort for i punkt 3.3.5. I den samlede vurderingen la retten likevel betydelig vekt på at virksomheten, i likhet med mange andre tilsvarende virksomheter, var i en krevende omstillingsfase. På denne bakgrunn ville bedriften ikke kunne oppnå ønskede effekt, så lenge arbeidstakeren ble stående i stillingen.

Avgjørelsene illustrerer at når det foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner, er det eksempler på at domstolene kommer til at arbeidstaker må fratre, selv om oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. Til tross for det grunnleggende behovet for stillingsvern, har det samfunnsmessig betydning at virksomheter ikke blir hindret i å kunne drive forsvarlig, og utvikle sin virksomhet. På den annen side er dette de eneste avgjørelsene jeg har funnet som faktisk tar hensyn til markedsutviklingen. Det kan stilles spørsmål ved om domstolene fortsatt praktiserer regelen for strengt.

#### **4.3.3. Antall ansatte som er sagt opp**

Svært mange av sakene behandlet i Høyesterett, gjelder kun én enkelt ansatt. Dette utelukker ikke at bedriften sa opp flere i en større nedbemanning. Dessverre er det vanskelig å utlede komplette opplysninger fra avgjørelsene, da det ofte bare er én enkelt arbeidstaker som velger å gå til sak. Et tenkelig tilfelle er at bedriften har sagt opp ti ansatte, men at det kun er én arbeidstaker som har reist søksmål. Retten vil ha kjennskap slike forhold, og kan ta det med i

sin vurdering. Årsaken til dette er at andel oppsagte, og andel som krever å stå i stilling vil ha stor betydning for rettens vurdering av den økonomiske situasjonen og vanskelighetene bedriften står ovenfor jf. også drøftelsen over i 4.3.2.

Generelt er det grunn til å stille spørsmål om det i det hele tatt er tale om en nedbemanning dersom kun én eller to er oppsagt. Det vil likevel avhenge av størrelsen på bedriften. Solheim-trafikkskolesaken omtalt ovenfor er et eksempel på en reell nedbemanning, selv om det bare var én arbeidstaker som ble oppsagt.

Når arbeidsgiver skal foreta masseoppsigelser gjelder flere og strengere saksbehandlingsregler for oppsigelsesprosessen, se punkt 1.4. Dette innebærer at arbeidsgiverne i samarbeid med tillitsmannsapparatet foretar en særlig grundig drøftelse, før oppsigelser iverksettes.

Avdempende tiltak og andre forhold som kan redusere antall oppsigelser står sentralt.

Arbeidsgiver skal deretter foreta individuelle drøftelser med arbeidstakerne som står i fare for å bli oppsagt. Dette for å kontrollere at det ikke er grunnlag for avvik fra det som arbeidsgiver sammen med de tillitsvalgte har kommet til enighet om når det gjelder utvelgelseskriterier.

Prosessen vil hensynta de fleste av momentene som er relevante i interesseavveiningen. Når retten kan se tilbake på en slik prosess i sin vurdering av fratredelsesspørsmålet, vil det gi et bedre grunnlag for å vurdere sakens sannsynlige utfall.

En kan kanskje lese Fougner's forslag som redegjort for i punkt 1.1 på denne bakgrunn. Det vil jo særlig være ved masseoppsigelser, at enkelte ansattes krav om å stå i stilling kan sees på som en måte å «misbruke» retten til å fortsette i stillingen.

Kostnadmessig er det også klart at det ved masseoppsigelser vil være en tyngre byrde for arbeidsgiver om alle skulle få stå i stilling. Etter gjennomgangen av rettspraksis har jeg ikke funnet eksempler på at så mange krever å stå i stilling samtidig. Uansett vil det innebære en stor belastning for arbeidsgiver om flere krever å stå i stilling. Dette vil videre kunne gå på bekostning av øvrige i form av permitteringer. Etter min mening bør det på denne bakgrunn være slik at når en stor andel krever å stå i stilling, må det kreves betydelig tyngde i øvrige momenter for å la arbeidstakerne få stå i sine stillinger.

Det er store variasjoner i hvem som er tillitsvalgte og som representerer partene i drøftelsesmøter. Virksomheter som er bundet av tariffavtale, og organiserte arbeidstakere har gjerne sterke fagorganisasjoner på sin side. Annerledes kan det stille seg for uorganiserte arbeidstakere, eller der arbeidstakere har utpekt mer eller mindre tilfeldige kollegaer som

tillitsvalgte til å representere dem i en nedbemanningsprosess. Disse vil ofte være mindre erfarne i slike prosesser. På den måten kan det være store variasjoner i hvor god saksbehandlingen egentlig har vært. Jeg mener derfor at det kan være en ulempe å legge for mye vekt på enighet mellom bedrift og de tillitsvalgte.

#### **4.3.4. Særlig om hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet**

Nedleggelse av virksomhet reiser særlige spørsmål. Tidligere var det antatt at retten til å stå i stilling bortfalt ved nedleggelse av virksomhet. Med arbeidsmiljøloven av 2005 ble det klargjort at selv om det ikke er noe arbeid igjen på grunn av hel- eller delvis nedleggelse, vil arbeidsgiver måtte gå veien om å kreve fratreden for at arbeidstaker skal miste retten til arbeid og lønn utover oppsigelsestiden.

Saken vedrørende Sparebanken Nord-Norge inntatt i Rt. 1992 s. 776, illustrerer at retten til å fortsette i stillingen kunne bortfalle automatisk, uten å gå veien om fratreden. Relevante momenter var at det var klart at virksomheten var opphørt, at det ikke var annet arbeid å tilby arbeidstakeren, og at arbeidstakeren ikke godtok tilbud om annen stilling. At retten til å stå i stilling kunne bortfalle automatisk ble begrunnet delvis ut i fra ordlyden. I 1977-loven sto det ikke noe om hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet. Høyesterett anså det unaturlig å tale om å «fortsette» i stillingen, når stillingen ikke lenger eksisterte. Høyesterett kom til at arbeidsforholdet automatisk opphørte ved utløpet av oppsigelsestiden.

Dommen ble fulgt opp i Rt. 1997 s. 1941, der de samme momentene ble vektlagt og retten kom til det samme resultat. Høyesterett understreket at det kun var i de «helt klare tilfelle», at retten til å stå i stilling ville bortfalle uten avgjørelse av retten.

Med vedtakelsen av 2005-loven er derimot gjeldende regel at retten til å stå i stilling skal vurderes fullt ut selv om virksomheten blir nedlagt jf. § 15-11 annet ledd, tredje punktum.<sup>52</sup> Til tross for dette, vil momentene fra dommene etter den tidligere lov ovenfor, også nå trekke i retning av fratreden. Det er vanskelig å tenke seg at en bedrift skal måtte drives videre, fordi at ansatte skal få fortsette i stilling. Ved nedleggelse av en hel bedrift, vil heller ikke ugyldighetsvirkningen være at vedkommende skal tilbake i arbeidet. En arbeidstaker vil i

---

<sup>52</sup> Jf. også Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85.

slike tilfeller eventuelt ha et erstatningskrav. Hensynene som begrunner retten til å stå i stilling gjør seg ikke gjeldende.

Også når det gjelder delvis nedleggelse, typisk når avdelinger legges ned, vil det være særlig aktuelt at arbeidsgiver ikke har arbeidsoppgaver igjen til arbeidstakere som krever å stå i stilling jf. også punkt 3.3.3. På den måten kan en utlede fra disse tidligere avgjørelser at terskelen for å få medhold i fratreden, vil være betydelig lavere ved hel- eller delvis nedleggelse enn den ellers er når oppsigelser er begrunnet i virksomhetens forhold.

## 5. Oppsummering

### 5.1. Gjeldende rett

Hovedregelen er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen. Gjennomgangen viser at retten til å stå i stilling står særlig sterkt når det er virksomhetens forhold som har ledet til oppsigelse. Terskelen for fratreden i slike tilfeller gjør at domstolene har et mindre spillerom for å avsi kjennelse for fratreden, enn tilfellet hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold. Spillerommet for å la arbeidstaker få *bli* i stillingen er derimot mindre når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold, all den tid retten da bør avsi kjennelse for fratreden. Det rettslige utgangspunkt er likevel at det finnes et større rom for en skjønnsmessig helhetsvurdering enn det domstolene anvender i praksis, særlig når det gjelder oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold.

Basert på de avgjørelsene som er gjennomgått og mitt inntrykk av rettspraksis ellers, synes det som at retten i større grad anvender det spillerommet som regelen legger opp til når oppsigelser er begrunnet i arbeidstakers forhold. LA-2015-198089 omtalt i punkt 4.2.1 mener jeg er illustrerende for dette. Det er færre av momentene som vil være aktuelle ved oppsigelser begrunnet i arbeidstakers egne forhold, og vektingen av momentene vil være annerledes. De momenter som rettspraksis i hovedsak anvender i disse tilfellene, er sakens sannsynlige utfall, herunder saksbehandlingen, hensyn til øvrige ansatte og ansattes stilling, særlig dersom arbeidstakeren har en ledende stilling.

Det kan og synes som om retten i økende grad foretar en reell helhetsvurdering som har ledet til at flere arbeidstakere får stå i stilling i senere tid, enn kort tid etter vedtakelsen av regelen. Det kan være et tegn på at terskelen for at arbeidsgiver får medhold i begjæring om fratreden er blitt høyere med tiden i relasjon til oppsigelser begrunnet i arbeidstakers forhold.

Ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, er mitt inntrykk at regelen gjennomgående praktiseres strengt. Terskelen har muligens blitt oppfattet høyere enn det som opprinnelig var tiltenkt, i og med at det er så få av sakene som er gjennomgått som har resultert i fratreden. Det er en rekke momenter som spiller inn i vurderingen av om arbeidsgiver skal gis medhold i en begjæring om fratreden. Dette gjør vurderingen mer sammensatt. Likevel synes det som om domstolene i liten grad evner å se og vektlegge det brede spekteret av begrunnelser som kan finnes innenfor oppsigelser på grunnlag av virksomhetens forhold. En konsekvens av dette, er at det ikke synes som om terskelen er



endret eller modifisert gjennom årene. Dette til tross for at Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1984 s. 400<sup>53</sup> kan tolkes som et signal om at terskelen ikke skulle være høy som opprinnelig fastslått.

Slik jeg oppfatter rettspraksis, er det når en virksomhet blir nedlagt, og når arbeidstaker blir tilbudt annen stilling, at domstolene i større grad gir medhold i begjæring om fratreden. Denne linjen har blitt praktisert relativt fast over tid, og innebærer slik sett ikke en endring av terskelen.

Som antydnet kan en likevel skimte konturene av en lavere terskel for fratreden i de to lagmannsrettsavgjørelsene som ble omtalt under punkt 3.3.2, som særlig knytter seg til momentet om sakens sannsynlige utfall, herunder saksbehandlingen. Derimot har jeg ikke funnet tilsvarende eksempler fra Høyesterett. Dette kan tyde på at domstolen fortsatt er restriktiv. Det kan bli problematisk om lagmannsrettene ikke lojalt følger Høyesteretts praksis, og Høyesterett har betydelig mer prejudikatsverdi enn avgjørelsene fra lagmannsrettene. Likevel kan ankeutvalgets avvisning av anken i saken fra Agder lagmannsrett være et tegn på at lagmannsretten foretok en fornuftig vurdering, og slik sett kan et mulig utfall være at også Høyesterett vil bli med på å senke terskelen noe på bakgrunn av underrettenes grundige vurderinger.

## **5.2. Kort om konsekvenser av domstolenes interesseavveining i praksis**

At terskelen for fratreden ved oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold er så høy, gjør at retten til å stå i stilling for en arbeidstaker ofte er et egnet forhandlingskort i en oppsigelsessituasjon.

Lovens system er at tvist om oppsigelse skal forsøkes løst i forhandlinger jf. § 17-3.<sup>54</sup> En vanlig forhandlingsløsning er at arbeidstaker fratrer stillingen mot et vederlag. I disse dager er det imidlertid færre virksomheter som har råd til å gi noen form for sluttpakke eller vederlag ut over den alminnelige lønn i oppsigelsestiden. Dermed er en nærliggende situasjon at arbeidstaker benytter sin rett til å fortsette i stilling for å oppnå lønn i en lenger periode enn oppsigelsestiden. På den måten kan regelen motivere arbeidstakere til å reise søksmål selv om det er lite sannsynlig at saken blir kjent ugyldig, i den hensikt å beholde lønnen utover

---

<sup>53</sup> Omtalt under punkt 3.1.

<sup>54</sup> Se punkt 2.2.

oppsigelsestiden. Da står arbeidsgiver overfor valget mellom å betale et sluttvederlag for å få arbeidstakeren til å trekke saken, eller avvente sakens gang med de kostnader også det innebærer. Det er nærliggende å tenke at et sluttvederlag fremfor å avvente saken, kan virke urettferdig overfor de arbeidstakerne som velger å fratru etter oppsigelsestidens utløp uten å bestride oppsigelsen.

Slik regelen er utformet er det ikke noe i veien for at en arbeidstaker kan gå til søksmål og trekke saken like før den skal opp. Da har vedkommende for en lang periode fått utbetalt lønn, og slipper eventuelle merkostnader i forbindelse med hovedforhandlingen. Det skal nevnes at arbeidstaker dersom saken trekkes, er forpliktet til å dekke motpartens sakskostnader jf. tvl. § 20-2 annet ledd. Det er likevel ikke uvanlig at arbeidstaker, dersom han ønsker å trekke saken, kan få til en avtale med motparten om at dette kravet frafalles mot at saken trekkes.

Arbeidstaker løper likevel en risiko for å måtte betale slike kostnader, og da er det ikke sikkert at han tjener så mye på en slik fremgangsmåte allikevel.

Dersom arbeidstaker ikke trekker saken og taper, har vedkommende likevel fått lønn i potensielt lang tid utover oppsigelsestiden. Har arbeidstaker måttet fratru og på et senere tidspunkt i saken får tre inn igjen, har vedkommende krav på erstatning for lidt lønnstap. Disse forhold illustrerer at arbeidstaker ofte har lite å tape på å reise søksmål og kreve å stå i stilling, og på motsatt side at risikofaktorene i forbindelse med søksmål i større grad påhviler arbeidsgiver alene.

Det at arbeidstaker har lite å tape på å reise søksmål, støttes også av at det i mange tilfeller vil være fagforeningen til arbeidstaker som fører saken på dennes vegne og dekker arbeidstakers kostnader forbundet med saken. På grunn av styrkeforholdet mellom partene vil hver av partene også ofte måtte bære egne sakskostnader uavhengig av resultatet, se tvl. § 20-2 tredje ledd bokstav c.

### **5.3. Bør regelen endres? Betraktninger de lege ferenda.**

Oppsigelsessaker tar ofte lang tid å få endelig avgjort i rettssystemet. Dersom sakene hadde vært avgjort innen utløpet av oppsigelsestiden slik som opprinnelig tiltenkt, jf. punkt 1.3.1, ville regelen etter min mening vært god som den er. Både arbeidsgiver og arbeidstakers

interesser ville blitt godt ivaretatt og balansert. Samtidig ville forutberegneligheten kunne blitt bedre og den prosessdrivende virkningen regelen kan ha medført ville blitt avdempet. Dessverre er det nok slik at domstolene verken har kapasitet eller ressurser til å behandle sakene særlig hurtigere.

Fougner har et godt poeng når han tar til orde for at retten til å stå i stilling burde begrenses når arbeidsgiver har fulgt nedbemanningskriterier som er utarbeidet i samarbeid med fagforeningen. Jeg mener det er uheldig når noen ansatte kan komme i en betydelig bedre posisjon ved å kreve å stå i stilling, selv om saken står likt som for andre som aksepterer oppsigelsen og fratrer. Når hensynet til sakens sannsynlige utfall havner for mye i bakgrunnen, kan det skape flere saker og slik sett virke prosessdrivende å kreve å stå i stilling.

I avgjørelsen i LG-2016-90926-4 omtalt i punkt 3.3.2 hadde arbeidsgiver fulgt nedbemanningskriteriene som var utarbeidet i samarbeid med fagforeningen. Det var dette to av 35 oppsagte arbeidstakere bestred ved at de mente at de var plassert feil på ansiennitetslisten. På denne bakgrunn kan det være utfordrende å avskjære retten til å stå i stilling fullstendig i slike tilfeller, nettopp fordi det kan være vanskelig å avgjøre når avtalte nedbemanningskriterier faktisk er fulgt. Den store variasjonen i hvilken erfaring og bakgrunn de som opptrer som tillitsvalgte har, gjør det ytterligere problematisk. Det å danne en kategori for tilfeller som bør føre til fratreden, kan også medføre risiko for at det blir for lett for arbeidsgiver å få medhold i fratreden. En annen risiko ved dette vil være at man står i fare for å redusere stillingsvernet betydelig.

Bondevik-regjeringens forslag jf. punkt 1.3.2, er også en mulig løsning for å bøte på det jeg mener er en svakhet ved interesseavveiningen slik den praktiseres i dag. Arbeidstaker kan kreve erstatning dersom oppsigelsen kjennes ugyldig. Dermed vil arbeidstaker ikke lide noe betydelig økonomisk tap ved at regelen snus, og hensynet til å sikre arbeidstakers livsgrunnlag vil ikke bli nevneverdig svekket. Det å snu regelen i ankeomgangen, sikrer også en reell mulighet til å fortsette i stilling fordi retten fortsatt skal gjelde i første instans. Etter en vurdering av saken i første instans vil retten ha grunnlag for å se om nedbemanningskriterier er fulgt. I forlengelsen av dette vil sakens sannsynlige utfall få større plass, og slik sett kunne redusere den prosessdrivende virkningen regelen synes å ha medført slik den er utformet i dag. En slik regel ville bidratt til at arbeidsgiver kunne foreta hensiktsmessige og nødvendige

omstillinger hurtigere. Forslaget om å snu regelen i ankeomgangen kan derfor være et egnet tiltak for å balansere interessene mellom partene bedre.

Arbeidstaker har som nevnt ofte mindre å tape på å reise søksmål. Dette gjelder særlig i tilfeller hvor fagforeningen dekker kostnadene. Arbeidstaker kan potensielt oppnå lønn langt utover oppsigelsestiden, til tross for at det er lite sannsynlig at vedkommende vinner frem med saken. På bakgrunn av dette hadde det etter min mening vært hensiktsmessig med et middel for å avdemppe dette. Et forslag til å bøte på et slikt potensielt misbruk av retten til å stå i stilling, kan være å kreve tilbakebetaling av lønn mottatt under perioden hvor arbeidstaker står i stilling, dersom oppsigelsen blir funnet gyldig. Det å kreve tilbake lønn og andre ytelser som arbeidstaker har mottatt er imidlertid sterkt inngripende. Arbeidstaker vil kunne få store vansker dersom pengene er brukt, noe som ofte vil være tilfellet. Da ville arbeidstaker kommet bedre ut med å få en arbeidsledighetstrygd. Et tilbakebetalingskrav er slik sett ikke hensiktsmessig og innebærer en for stor svekkelse av stillingsvernet.

Som nevnt innledningsvis i punkt 1.2 er det kun Norge og Sverige som har regler om rett til å fortsette i stillingen. Hensikten med å ha en slik regel er å styrke stillingsvernet, og det har totalt sett hatt en positiv effekt. Likevel er det etter min mening fare for at retten til å stå i stilling har blitt så sterk at det går på bekostning av arbeidsgivers interesser i å kunne gjennomføre nødvendige tiltak når virksomheten er i en vanskelig økonomisk situasjon. Dermed kan det hindre arbeidsgivere i å drive forsvarlig og fornuftig virksomhet. Dette har også en videre samfunnsmessig betydning. Foruten de forslag som allerede er nevnt, kunne et ytterligere tiltak være å legge grunnlag for at domstolene kunne tilpasse interesseavveiningen og vektingen bedre til den konkrete sak. Det er ikke utenkelig at en uttalelse fra lovgiver om det spillerommet som faktisk er innbygget i bestemmelsen uavhengig av terskelen, vil avhjelpe domstolenes tilbakeholdenhet med å avsi kjennelser for fratreden når oppsigelser er begrunnet i virksomhetens forhold.

Lovgiver har tidligere foreslått endringer i regelen som ikke har fått gjennomslag. Tunge hensyn begrunner retten til å stå i stilling, som en sentral del av stillingsvernet. Det vil likevel alltid være motstridende interesser mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Selv om det kan være et behov for at lovgiver kommer på banen for å senke terskelen for fratreden ved oppsigelser begrunnet i virksomhetens forhold, vil det være avgjørende at dette ikke reduserer arbeidstakers stillingsvern vesentlig.

## Litteraturliste

### Lover

- Lov 17. mai 1814, Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnloven)
- Lov 19. juni 1936 om arbeidervern (arbeidervernloven)
- Lov 7. desember 1956 om arbeidervern (arbeidervernloven)
- Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.)

### Utenlandske lover

- Lag om anställningsskydd (1982:80).

### Forarbeider

NOU:

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

Odelstingsproposisjoner:

- Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv.
- Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot. prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven

### Rettspraksis

Høyesterett

- Rt. 1935 s. 467
- Rt. 1984 s. 400
- Rt. 1987 s. 117
- Rt. 1990 s. 908
- HR-1990-423-K

- Rt. 1991 s. 330
- Rt. 1992 s. 1482
- Rt. 1992 s. 1681
- Rt.1992 s. 1688
- Rt. 1993 s. 908
- Rt. 1993 s. 941
- Rt. 1993 s. 1096
- Rt. 1993 s. 1283
- Rt. 1995 s. 555
- Rt. 1996 s. 812
- Rt. 1999 s. 1128
- Rt. 1999 s. 1998
- Rt. 2000 s. 525
- Rt. 2000 s. 739
- Rt. 2000 s. 1958
- Rt. 2001 s. 71
- Rt. 2004 s. 1413
- Rt. 2009 s. 1183
- Rt. 2011 s. 974
- HR-2016-2053-U
- HR-2017-561-A
- HR-2017-599-U
- HR-2017-934-U

#### Lagmannsrettene

- LH-2015-98981
- LB-2015-118358
- LA-2015-198089
- LG-2016-90926-4
- Agder lagmannsrett, 19.01.2017 mellom Mhwirth AS og Rita Irene Birkeland (ikke publisert).

#### Arbeidsretten

- ARD-1980-25
- ARD-2009-211

### Litteratur

#### Bøker

- Fougner, Jan mfl., *Arbeidsmiljøloven, Kommentartutgave*, 2. utgave (Oslo 2013).
- Fougner, Jan mfl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave (Oslo 2016).
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006).

- Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland , *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, 2. utgave (Oslo 2015).
- Skjønberg, Alexander Næss og Eirik Hognestad, *Individuell Arbeidsrett* (Oslo 2014).
- Storeng, Nils H. mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave (Oslo 2016).

#### Linker

- <https://www.dn.no/meninger/2017/01/23/2108/Innlegg/misbruk-av-retten-til-a-sta-i-stilling> (Sitert fra Dagens Næringslivs papirutgave den 24.01.2017)
- <http://aarsmelding.domstol.no/data/2015/aarsmelding.pdf> (Informasjon hentet 03.05.2017)