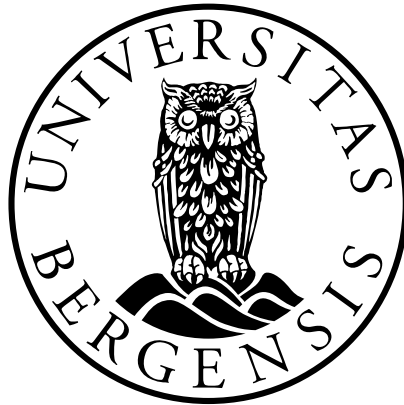


En arbeidstakers vern for sine arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden

I hvilken grad har arbeidsgiver adgang til å frata og/eller endre en arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden?

Kandidatnummer: 220

Antall ord: 14 957



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.06.2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	3
1.1	Tema og aktualitet	3
1.2	Rettskildebilde og metodiske utfordringer	6
1.3	Videre fremstilling	7
2	Begrepsavklaring og generelle arbeidsrettslige utgangspunkter av betydning for hvilket vern en arbeidstaker har for sine arbeidsoppgaver	9
2.1	Opphør av arbeidsforhold og ulike opphørsformer. Arbeidstakers stillingsvern	9
2.2	Retten til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11	12
2.3	Arbeidsgivers styringsrett	13
2.4	Avtalebaserte ordninger	15
2.4.1	Sluttavtaler og forhåndsavtaler	15
2.4.2	Konkurransesklausuler	16
3	Det alminnelige utgangspunkt - arbeidstaker har både rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden	17
4	Arbeidsgivers adgang til å utestenge arbeidstaker fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden	19
4.1	Innledning	19
4.1.1	Behovet for et unntak fra hovedregelen om rett til å arbeide i oppsigelsestid	19
4.1.2	Rettslig grunnlag for unntaket	19
4.1.2.1	Kritikk av begrunnelsen i kjennelsen	21
4.1.3	Hvilket rettslig grunnlag baserer Høyesteretts ankeutvalg seg på i Investeringsrådverkjennelsen?	22
4.1.4	Rettsikkerhetsproblem – arbeidsgiver må ikke kreve rettens kjennelse for at arbeidstaker skal måtte fratre	23
4.2	Vilkår og vurderingstema for at unntaket skal komme til anvendelse	25
4.2.1	Retten må finne det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes	25
4.2.2	Det må i tillegg foreligge «særlig tungtveiende grunner» som kan begrunne fratreden i oppsigelsestiden	26
4.2.2.1	Om terskelen som kreves for å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene	26
4.2.2.2	Hvilke forhold kan få betydning i vurderingen av om det foreligger «særlig tungtveiende grunner»?	27

4.2.2.2.1	Om oppsigelsen er begrunnet i forhold på arbeidstakers eller arbeidsgivers side	27
4.2.2.2.2	Arbeidstakers stilling	29
4.2.2.2.3	Kan det at arbeidstaker oppholder seg på arbeidsplassen i oppsigelsestiden medføre <i>risiko</i> for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver?. 30	
5	Arbeidsgivers endringsadgang med hensyn til arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden	32
5.1	Innledning.....	32
5.2	Den generelle rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett.....	32
5.2.1	Lovregulerte begrensninger i styringsretten.....	33
5.2.2	Avtaleregulerte begrensninger i styringsretten	34
5.2.3	Grunnprepresumsjonen som tradisjonell ytterramme for arbeidsgivers endringskompetanse tilknyttet arbeidsoppgavene.....	36
5.3	Foreligger det, og bør det foreligge en utvidet endringsadgang for arbeidsgiver i oppsigelsestiden?.....	37
5.3.1	Bakgrunnen for problemstillingen	37
5.3.2	Momenter som vil kunne få betydning i vurderingen av om endringsadgangen <i>bør</i> være utvidet	39
5.3.2.1	Hva sier den individuelle arbeidsavtalen om arbeidsgivers endringsadgang?.....	40
5.3.2.2	Hvem av partene som har avsluttet arbeidsforholdet.....	41
5.3.2.2.1	Arbeidstaker har gått til oppsigelse	41
5.3.2.2.2	Arbeidsgiver har gått til oppsigelse	42
5.3.2.3	Endringen gjelder for en tidsbegrenset periode	43
5.3.2.4	Arbeidstakers stilling	43
5.3.2.5	Årsaken til at arbeidsgiver vil foreta endringene	44
5.3.3	Oppsummering og konklusjon	45
6	De prosessuelle reglene – hvordan skal arbeidstaker sikre sitt eventuelle krav på arbeid?.....	47
6.1	Ved fullstendig utestengelse fra arbeidsplassen.....	47
6.2	Ved endring av arbeidsoppgavene	48
7	Avsluttende bemerkninger	49
	Litteraturliste.....	51

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for oppgaven er hvilket vern en arbeidstaker har for sine arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Problemstillingen som skal undersøkes er i hvilken grad en arbeidsgiver *ensidig* har mulighet til å frata og/eller endre arbeidsoppgavene i denne perioden.

Arbeidsgivers adgang til å endre eller frata arbeidsoppgavene beror på en avveining av to sentrale hensyn; hensynet til virksomhetens behov for fleksibilitet i arbeidsforholdet, og arbeidstakers behov for vern. Stillingsvernet har tradisjonelt stått sterkt i norsk rett. Samtidig vil arbeidsgivers behov også veie tungt i en avviklingsperiode, som en oppsigelsestid vil innebære. Styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker har også generelt utviklet seg gjennom demokratisering på arbeidsplassen, noe som har ført til at arbeidstakere i dag er langt mer ressurssterke enn tidligere.¹

Oppgaven tar for seg arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven (heretter «aml»). Det avgrenses mot offentlige tjenesteforhold.² Arbeidsmiljøloven inneholder regler om oppsigelse og avskjed jf. hhv. aml. §§ 15-7 og 15-14.³ Det finnes også en generell adgang for arbeidstaker til å stå i stillingen mens tvist om oppsigelsens gyldighet pågår jf. aml. § 15-11.⁴ Spørsmålet oppgaven tar for seg er imidlertid ikke lovregulert. Dette skaper flere metodiske utfordringer.⁵

En arbeidsavtale etablerer rettigheter og plikter for partene. Arbeidstaker plikter å stille sin arbeidskraft til disposisjon, mens arbeidsgiver plikter å betale arbeidstaker lønn for innsatsen.⁶ Arbeidstaker har også *rett* til å utføre arbeid etter avtalen. Et arbeidsforhold opphører i rettslig forstand ikke før oppsigelsestiden er utløpt. Ettersom partenes rettigheter og plikter består

¹ Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, 2016 s. 320.

² Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven), lov 1. juli 2017 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) og lov 30. mai 1975 nr. 18 om sjømannslov (sjømannsloven).

³ Se punkt 2.1 for en nærmere redegjørelse.

⁴ Se mer om denne retten i punkt 2.2.

⁵ Se punkt 1.2.

⁶ Se f.eks. Prop.85 L (2014-2015) s. 7.

frem til arbeidsforholdet er opphørt, er utgangspunktet og hovedregelen at arbeidstaker har både rett og plikt til å utføre sine opprinnelige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Hovedregelen kan også forankres i det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om ytelse mot ytelse, ettersom arbeidskontrakten også reguleres av alminnelige kontraktsrettslige regler.⁷

Arbeidsgivers adgang til å foreta endringer i arbeidsforholdet beror på hvor langt arbeidsgivers styringsrett rekker i det aktuelle tilfellet. Rekkevidden avgjøres hovedsakelig ut ifra en tolkning av den individuelle arbeidsavtalen som foreligger. Som vi skal se, er det imidlertid mange faktorer som må tas i betraktning i vurderingen, og reelt sett blir arbeidsavtalen bare et utgangspunkt.⁸ Oppgavens fokus er i det følgende på endringer i *arbeidsoppgavene*. Det avgrenses altså mot andre endringer i arbeidsforholdet.

I Rt. 2009 s. 1183 (Investeringsrådgiwerkjennelsen) åpnet Høyesteretts ankeutvalg opp for at arbeidsgiver i visse tilfeller også kan frata arbeidstaker samtlige av hans arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Unntak fra utgangspunktet om at arbeidstaker har ubetinget rett til å arbeide i oppsigelsestiden ble altså oppstilt.⁹ Et interessant spørsmål er hvilket rettslig grunnlag ankeutvalget baserer seg på for å si at arbeidsgiver i visse tilfeller kan utestenge arbeidstaker fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden.¹⁰

Hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å utestenge arbeidstaker fullstendig, eller om adgangen er begrenset til å foreta endringer i arbeidsoppgavene, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Et poeng som må nevnes allerede her er imidlertid at det, kanskje selvsagt, er strengere vilkår for å frata arbeidstaker alle hans arbeidsoppgaver, enn det er for «kun» å endre dem.

En annen forutsetning i oppgaven er at arbeidstaker mottar det samme vederlaget etter utestengningen eller endringen. Det er slått fast at arbeidstaker aldri kan bli fratatt retten til lønn i oppsigelsestiden.¹¹ Dette ville i realiteten innebåret avskjed jf. aml. § 15-14, og som vi

⁷ Se mer om dette utgangspunktet i kapittel 3.

⁸ Se punkt 2.3. og kapittel 5.

⁹ Se kjennelsens avsnitt 27.

¹⁰ Denne problemstillingen vil jeg adressere i punkt 4.1.3.

¹¹ *Ibid* note 9.

skal se krever dette at arbeidstaker har gjort seg skyldig i særlig graverende forhold.¹² Oppgavens videre fokus blir derfor på arbeidet som *selvstendig verdi*, utover inntekt.

At arbeid i seg selv har en verdi for mennesket, er i dag ikke tvilsomt. Som Høyesterett uttaler i Rt. 2012 s. 219 vil

«(...) deltakelse i arbeidslivet – og formodentlig særlig i en stilling man har hatt i en årrekke – dekke flere behov enn selve inntekten, blant annet sosiale behov, behov for å bruke sine ferdigheter og behov for å gjøre nytte for seg.»¹³

Som uttalelsen illustrerer vil det for de fleste arbeidstakere i dag generelt - også i en oppsigelsestid – bety mye å ha et meningsfullt arbeid å gå til. Retten til arbeid er i norsk rett grunnlovsfestet i Grunnloven § 110, og internasjonalt er den blant annet stadfestet i FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 23. Bestemmelsen er slik forarbeidene uttrykker det «en politisk programerklæring om å forhindre arbeidsledighet i Norge», og slik sett ikke en individuelt bestemt rettighet i den forstand at den kan gjennomtvinges ved domstolenes hjelp.¹⁴ Likevel gir det faktum at rettigheten har grunnlovsværn veiledning for hvor viktig den er ansett for å være i Norge i dag. Grunnlovsfestingen gir på mange måter et symbolsk uttrykk for beskyttelsen av arbeidet som et velferdsgode.¹⁵

Arbeidets dobbelte verdi – både som mål og middel - blir også fremhevet i forarbeidene til den gamle arbeidsmiljøloven.¹⁶ I tillegg til at det å arbeide innebærer økonomisk lønnsomhet, fremheves det at «de muligheter for helse, utvikling og trivsel som ligger i arbeidets og dets prosesser, [er] et mål i seg selv» for arbeidstaker. Som allerede nevnt, gjør det i oppsigelsesperioden seg imidlertid også gjeldende særlige hensyn på arbeidsgivers side. Problemstillingen denne oppgaven tar for seg er hva som er rettstilstanden i de tilfellene hvor den ene parten – arbeidsgiver – *ikke* ønsker å motta ytelsen fra arbeidstaker. Spørsmålet er fra arbeidsgivers side om han er *pliktig* i å motta arbeidstakers ytelse, og fra arbeidstakers side er

¹² Se punkt 2.1.

¹³ Dommens avsnitt 70. Se også Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, 2017, s. 415 hvor forfatterne hevder at dette er «avklart» i rettslig forstand.

¹⁴ Dok.nr 16 (2011-2012) s. 228.

¹⁵ Jan Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, 2016, s. 25.

¹⁶ Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 33.

spørsmålet om han har *rett* til å prestere ytelsen. Det er altså i et tilfelle der partene har *motstridende interesser* at problemstillingen oppstår.

1.2 Rettskildebilde og metodiske utfordringer

Denne oppgaven bygger på alminnelig juridisk metode. Det finnes imidlertid noen særlige metodiske utfordringer knyttet til oppgaven problemstilling, og disse vil jeg i det følgende kort redegjøre for.

Arbeidsgivers adgang til å fritta en ansatt for arbeidsplikt, enten det er ved å frata arbeidstaker alle arbeidsoppgavene eller endre innholdet av arbeidsytelsen, er ikke lovregulert. Som nevnt i forrige punkt, åpnet Høyesteretts ankeutvalg i 2009 opp for et unntak fra hovedregelen om ubetinget rett og plikt til å arbeide i oppsigelsestiden. Problemet er imidlertid at dette er den eneste kjennelsen fra Høyesterett som foreligger om temaet, og at ankeutvalget ikke utbroderer vurderingstemaet særlig inngående. Konkrete slutninger om i hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å pålegge fratreden, er derfor vanskelig å foreta ut i fra kjennelsen alene. Juridisk litteratur vedrørende spørsmålet er det også sparsommelig med. Spørsmålet har imidlertid kommet opp i noe underrettspraksis i ettertid av ankeutvalgets kjennelse.¹⁷

Etter alminnelig juridisk metode er det alltid *relevant* å se hen til rettspraksis for løsningen av rettsspørsmål. Av de norske domstoler er det imidlertid bare Høyesterett som er en prejudikatdomstol, og som «dømmer i siste instans» jf. Grunnloven § 88. Dette har den konsekvens at det kun er disse avgjørelsene som er endelige og rettslig bindende.

Underrettspraksis har etter alminnelig juridisk metode begrenset rettskildemessig vekt, noe som viser seg ved at senere rettsanvendere ikke må følge disse avgjørelsene. Svakheten ved underrettspraksis er at «avgjørelsene kan bli omgjort dersom tvistes spørsmålet kommer opp for Høyesterett senere».¹⁸ Høyesterett har imidlertid ikke tatt stilling til alle rettslige spørsmål

¹⁷ Se Borgarting lagmannsretts kjennelse av 12 oktober 2010 (LB-2010-152755), Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25 oktober 2010 (LB-2010-160933), Oslo byfogdembetes kjennelse av 21 oktober 2010 (TOBYF-2010-188020) og Follo tingretts kjennelse av 5 desember 2014.

¹⁸ Karen Eg Taraldrud, *Oversikt over rettskildene*, 2018 s. 83.

som kan oppstå. Underrettspraksis kan derfor i mange tilfeller ha verdi for *belysning* av et konkret rettsspørsmål.¹⁹

I mangel på andre kilder vil jeg i denne oppgaven gjennomgå underrettspraksisen som foreligger vedrørende problemstillingene. Formålet er å undersøke om det finnes gode argumenter og argumentasjonsmønstre som kan ha generell interesse for saker knyttet til endring eller fratakelse av arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. I tilfeller hvor det ikke foreligger autoritative rettskilder, er det også etter alminnelig juridisk metode større rom for å vektlegge reelle hensyn i rettsanvendelsesprosessen. Jeg vil derfor også i drøftelsen basere meg på dette.

Ettersom den ene av oppgavens to hovedproblemstillinger har sitt rettslige grunnlag i en kjennelse behandlet av Høyesteretts ankeutvalg, er et annet metodisk interessant spørsmål hvilken prejudikatsvirkning kjennelsen har. Den *formelle* prejudikatsvirkningen og vekten av kjennelsen, beror på hvorvidt ankeutvalget er siste instans eller ikke.

I dette tilfellet beror dette på om kjennelsen kan ankes videre til Høyesterett i avdeling. Utgangspunktet etter tvisteloven § 30-1 (2) er at anker over kjennelser til Høyesterett behandles av Høyesteretts ankeutvalg. Domstoloven § 5 (1) bestemmer videre at saker som etter lov skal behandles av Høyesteretts ankeutvalg settes med tre dommere. Slike saker «kan» imidlertid behandles i avdeling med fem dommere. Dette må, dersom det er aktuelt, bestemmes av domstollederen jf. §§ 5 og 6. Avgjørelsen av dette tas før saken bringes inn for ankeutvalget. Når saken allerede er behandlet, og det er avsagt rettskraftig kjennelse i saken, blir ankeutvalget imidlertid siste instans. Investeringsrådverkjennelsen er med andre ord et *formelt* prejudikat for at arbeidsgiver i visse tilfeller kan frata arbeidstaker alle hans arbeidsoppgaver. Problemer knyttet til den *reelle* prejudikatsvirkningen diskuteres i punkt 4.1.2.1.

1.3 Videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg redegjøre for de ulike reglene arbeidsmiljøloven oppstiller for opphør av arbeidsforhold, arbeidstakers stillingsvern, retten til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11 og arbeidsgivers styringsrett. Disse begrepene og regelsettene er *grunnleggende*

¹⁹ *Ibid.* Se også Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen, 1997 s. 157-162.

utgangspunkter når det kommer til hvilket vern arbeidstaker har for sine arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Avslutningsvis i kapittel 2 har jeg valgt å redegjøre kort for ordninger basert på avtale mellom partene. Selv om en forutsetning for oppgavens problemstilling er at arbeidstaker *ikke* vil bli fritatt for arbeidsplikt, har jeg sett dette som hensiktsmessig for å få et helhetlig bilde av vernet. En arbeidsgiver bør alltid forsøke å få i stand en frivillig ordning før en ensidig endring eller utestengning finner sted.

Kapittel 3 redegjør for det alminnelige utgangspunkt om at arbeidstaker både har rett og plikt til å arbeide i oppsigelsestid. Adgangen arbeidsgiver har til å pålegge arbeidstaker fratreden, og til å endre arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, er tema i kapittel 4 og 5. Dette er oppgavens sentrale problemstillinger. Som følge av dette vil disse spørsmålene også få størst plass. Begrunnelsen for hvorfor jeg har valgt å drøfte henholdsvis adgang til utestengelse av arbeidstaker og endringsadgang i to ulike kapitler er at det rettslige grunnlaget endrer seg når det er snakk om adgang til utestenging.²⁰ Det vil imidlertid i praksis ofte være tale om glidende overganger mellom endring og utestengelse, og mange av de samme hensynene gjør seg gjeldende i begge vurderingene.

Selv om oppgaven primært tar sikte på å avklare det materielle innholdet i arbeidsgivers adgang til å frata eller endre arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, er det også hensiktsmessig å redegjøre for hvordan en arbeidstaker kan sikre sitt eventuelle krav på arbeid. Kapittel 6 vil derfor inneholde en kort gjennomgang av de prosessuelle reglene tilknyttet spørsmålet. I kapittel 7 vil jeg komme med noen avsluttende bemerkninger.

²⁰ Se punkt 4.1.3.

2 Begrepsavklaring og generelle arbeidsrettslige utgangspunkter av betydning for hvilket vern en arbeidstaker har for sine arbeidsoppgaver

2.1 Opphør av arbeidsforhold og ulike opphørsformer.

Arbeidstakers stillingsvern

Et arbeidsforhold kan opphøre både endelig og midlertidig. *Suspensjon og permittering* er eksempler på midlertidige opphørsformer. Arbeidstaker har i disse tilfellene både rett og plikt til å gjenoppta arbeidet når suspensjons- eller permitteringsgrunnene bortfaller.²¹

Forutsetningen ved *oppsigelse og avskjed* er motsatt – arbeidsforholdet skal i disse tilfellene avsluttes.

Reglene om opphør av arbeidsforhold er hovedsakelig samlet i arbeidsmiljøloven kapittel 15. Permitteringsadgangen er den eneste av opphørsformene som ikke er regulert her. Det finnes imidlertid ingen tvil om at det i dag foreligger en alminnelig sedvanerettslig adgang til å permittere i norsk rett. Adgangen baseres hovedsakelig på bestemmelsene i Hovedavtalen mellom LO og NHO 2014-2017 kap. VII.²² Permittering kan skje når «saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften» jf. § 7-1. Vurderingen er konkret, og virkningen er at *arbeidsplikten* for arbeidstaker og *lønnplikten* for arbeidsgiver opphører i en midlertidig periode.²³ Dersom det ikke finnes utsikter til at arbeidet kan gjenopptas i en periode er arbeidsgiver nødt til å gå til oppsigelse av arbeidstaker, noe som betyr at vilkårene i aml. § 15-7 må være oppfylt.²⁴

²¹ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 372 og 463.

²² Se Borgarting lagmannsretts kjennelse av 10. mai 2010 (RG-2010-797) hvor det uttales at det ikke er tvilsomt at norsk rett generelt åpner for permittering, og at bestemmelsene i Hovedavtalen får tilsvarende anvendelse så langt de passer.

²³ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 372-373.

²⁴ *Ibid* s. 374-375.

Som ordlyden viser kan permittering bare skje på bakgrunn av forhold ved selve virksomheten, noe som betyr at arbeidsgiver kan benytte seg av dette dersom det er behov for å avvikle- eller innskrenke driften en periode. *Suspensjon* må derimot begrunnes i forhold ved arbeidstaker selv. Vilkåret for å suspendere er etter aml. § 15-13 (1) at det er «grunn til å anta at en arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed etter § 15-14 (...)».

Arbeidsgiver har videre en alminnelig adgang til å *si opp* arbeidstaker dersom det er «saklig begrunnet» i enten «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold» jf. aml. § 15-7 (1). Regelen er utslag av et av de bærende hensynene bak arbeidsmiljøloven; arbeidstakers stillingsvern. Vernet er så grunnleggende i arbeidslivet at det er inntatt i lovens formålsparagraf hvor det heter at loven skal bidra til «å sikre trygge ansettelsesforhold» jf. aml. § 1-1.

For at vernehensynet skal kunne ivaretas er hovedregelen at lovgivningen ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker jf. aml. § 1-9. Dette preseptoriske elementet skal sikre at vernet for arbeidstaker blir reelt.²⁵ Bakgrunnen for utvikling av et sterkt stillingsvern er det skjeve styrkeforholdet mellom partene i et arbeidsforhold. Arbeidsavtalen innebærer at arbeidstakers arbeidskraft stilles til disposisjon for arbeidsgiver, og med dette etableres et underordningsforhold hvor arbeidstaker underlegges arbeidsgivers styring og kontroll.²⁶ Internasjonalt er Norge i dag blant landene med sterkest stillingsvern.²⁷

Begrunnelsen for saklighetskravet er todelt. For det første er arbeid, som nevnt, så vesentlig for menneskets liv og utvikling at arbeidstaker ikke skal kunne fratras dette med mindre det finnes en god begrunnelse. For det andre er inntekt fra arbeid en forutsetning for å tjene til livets opphold og forsørge familie.²⁸ Saklighetsvurderingen innebærer en avveining mellom henholdsvis arbeidsgivers/virksomhetens behov, og de ulemper arbeidstaker blir påført ved oppsigelsen.

Arbeidstaker kan selvfølgelig også selv si opp sin stilling. For disse tilfellene gjelder det ikke noe saklighetskrav, slik at de eneste begrensningene ligger i avtalelovens

²⁵ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 47.

²⁶ Marianne J. Hotvedt, «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 6 2012, s. 142-143.

²⁷ Fougner m.fl. 2016 s. 26.

²⁸ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 415.

ugyldighetsbestemmelser, og i at en oppsigelse ut i fra notoritetshensyn helst *bør* være skriftlig.²⁹

Når et arbeidsforhold har blitt brakt til opphør ved oppsigelse gjelder en *oppsigelsestid*. I oppsigelsestiden består arbeidsforholdet på samme måte som tidligere.³⁰ Arbeidsmiljølovens alminnelige oppsigelsesfrist er én måned dersom ikke annet er avtalt jf. aml. § 15-3. Formålet med å ha en tid mellom erklæring gis og arbeidstakers fratreden, er at partene skal få tid til å områ seg. Arbeidstaker vil være på jakt etter nytt arbeid, mens arbeidsgiver i de fleste tilfeller vil finne en ny som kan ansettes i stillingen.

En mer inngripende opphørsmåte er *avskjed*. Arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker dersom arbeidstakeren har gjort seg skyldig i «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen» jf. aml. § 15-14. Begrepet er i realiteten bare et annet uttrykk for at arbeidsgiver *hever* avtalen, slik vi kjenner igjen prinsippet fra den alminnelige kontraktsretten. Dersom arbeidstaker blir avskjediget får dette som konsekvens at arbeidsgivers- og arbeidstakers rettigheter og plikter opphører *umiddelbart*. Arbeidstaker har ikke lenger rett til å motta lønn, eller oppholde seg på arbeidsplassen.³¹ I motsetning til oppsigelse som kan begrunnes både ut ifra virksomhetens og arbeidstakers forhold, kan avskjed, som ordlyden i bestemmelsen tilsier, bare anvendes ved forhold på *arbeidstakers side*.

Problemstillingen om hvilken adgang arbeidsgiver har til å pålegge arbeidstaker å forlate arbeidsplassen i oppsigelsestiden befinner seg rettslig et sted midt mellom *oppsigelse* og *avskjed* i virkning. Når vilkårene for unntak er oppfylt må arbeidstaker forlate arbeidsplassen, men han har fortsatt krav på lønn jf. Investeringsrådgiwerkjennelsen. Ved oppsigelse beholder arbeidstaker i utgangspunktet både rett til arbeid og lønn, mens han ved avskjed mister retten til begge. Umiddelbart kan unntaket skapt i Investeringsrådgiwerkjennelsen minne om et suspensjonstilfelle.³² Arbeidstaker mottar i suspensjonsperioden lønn jf. aml. § 15-13 (3), men er nødt til å forlate arbeidsplassen. Ordlyden i bestemmelsen nevner kun forhold som kan begrunne *avskjed* som vilkår for suspensjon, ikke forhold som kan medføre *oppsigelse*. Dette

²⁹ *Ibid* s. 459.

³⁰ *Ibid* s. 461.

³¹ *Ibid* s. 465.

³² Se punkt 4.1.2.1 hvor det knyttes noen kommentarer til ankeutvalgets begrunnelse for unntaksregelen.

tilsier at suspensjon ikke kan skje ved oppsigelse. Dersom det skulle skjedd en suspensjon i oppsigelsesperioden måtte det være for et *nytt* forhold som muligens kunne utgjøre avskjedsgrunn.³³ Som redegjørelsen foran viser er det bare *oppsigelse* arbeidstaker selv kan benytte som virkemiddel for å avslutte arbeidsforholdet. De andre opphørsformene eksisterer for å ivareta arbeidsgivers behov og interesser på ulike plan.

2.2 Retten til å stå i stilling etter arbeidsmiljøloven § 15-11

En oppsagt arbeidstaker har etter aml. § 15-11 (2) første setning som hovedregel rett til å stå i stillingen frem til tvist om oppsigelse er avgjort. Retten kan imidlertid bestemme at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling dersom det er «urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes» i perioden jf. § 15-11 (2) andre setning. Er fratreden ønskelig sett fra arbeidsgivers side er han altså nødt til å kreve rettens kjennelse.

Retten til å fortsette i stilling innebærer at «partenes gjensidige rettigheter og plikter består så lenge behandlingen av oppsigelsessaken pågår».³⁴ Arbeidsgiver kan ikke frata arbeidstaker adgangen til arbeidsstedet eller hans arbeidsoppgaver i denne perioden så lenge vilkårene er oppfylt. For at det skal bli spørsmål om arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen, er det en forutsetning at arbeidstaker har nedlagt påstand, og gått til søksmål om usaklig oppsigelse.³⁵ Regelen må med andre ord ses i sammenheng med at en usaklig oppsigelse skal kjennes ugyldig jf. §§ 15-12 (1) jf. 15-7. *Vurderingene* som skal foretas etter hhv. §§ 15-7 og 15-11 er imidlertid ulike. Tvisten om arbeidstakers rett til å stå i stilling vil i praksis foregå parallelt i domstolene med selve hovedsaken om oppsigelsens gyldighet.³⁶

Begrunnelsen for hovedregelen har to sider. For det første er den begrunnet i hensynet til å verne om arbeidstakers inntekt i den perioden oppsigelsessak verserer for domstolen.³⁷ All den tid oppsigelsessaken kan munne ut i ugyldighet, er det at arbeidstaker står i stillingen også en forutsetning for at arbeidstaker skal ha reell mulighet for å fortsette i arbeidsforholdet hvis

³³ Hans Jørgen Bender, «Retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden», *Arbeidsrett 03-04*, 2011 s. 123. Se også Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind I 1995 s. 154-155 og Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, 2017 s. 334.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336. Se også Fougner m.fl. 2016 s. 452.

³⁵ *Ibid* s. 235.

³⁶ Fougner m.fl. 2016 s. 449.

³⁷ *Ibid* note 35.

ugyldighet blir utfallet. Gjeninntreden vil i praksis vise seg vanskelig dersom arbeidstaker ikke står i stillingen i perioden. Det andre hensynet bak regelen er altså «å effektivisere ugyldighetsvirkningen ved usaklig oppsigelse»³⁸, og på denne måte «bidra til at arbeidsmiljølovens stillingsvern blir reelt.»³⁹ *Unntaket* i § 15-11 (2) andre setning begrunnes med at en absolutt rett for arbeidstaker til å stå i stillingen i mange tilfeller vil medføre betydelige ulemper for arbeidsgiver både av økonomisk og praktisk karakter.⁴⁰

Paragrafen regulerer arbeidstakers rett til stå i stillingen *etter* oppsigelsestiden er utløpt, og frem til saken er rettskraftig avgjort. Hovedspørsmålet denne oppgaven tar for seg ligger imidlertid i tidsrommet mellom oppsigelseserklæring er gitt, og til oppsigelsestiden er utløpt. Tilfellet er som tidligere nevnt ikke lovregulert. Som det senere i oppgaven vil bli redegjort for har imidlertid Høyesteretts ankeutvalg uttalt at vurderingstemaet etter § 15-11 må legges til grunn også i tilfeller hvor spørsmål om fratreden *i* oppsigelsestiden skal behandles.⁴¹

2.3 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett er den heteronome kompetansen arbeidsgiver har til å bestemme over arbeidstaker i et arbeidsforhold. NØKK-dommen illustrerer hva styringsretten innebærer.⁴² Saken gjaldt spørsmål om Stavanger kommune ensidig i kraft av styringsretten hadde mulighet til å integrere mannskapet på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke. Førstvoterende poengterer at spørsmålet må avgjøres på bakgrunn av en tolkning og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler, og uttaler i tilknytning til innholdet i arbeidsgivers styringsrett at

*«... Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.»*⁴³

³⁸ Bender 2011 s. 123.

³⁹ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 474.

⁴⁰ *Ibid* note 35.

⁴¹ Investeringsrådgiverkjennelsen avsnitt 27.

⁴² Rt. 2000 s. 1602.

⁴³ Se dommens s. 1609. Formuleringen er gjentatt i senere Høyesterettspraksis, se bl.a. Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) s. 427 og Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt) avsnitt 35.

Styringsretten innebærer altså at arbeidsgiver *ensidig* kan bestemme til hvilken tid og på hvilket sted arbeidet skal forekomme, og til å bestemme arbeidstakers arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver har også i kraft av styringsretten rett til å organisere og lede virksomheten. Foretaksledelsesdelen avgrenses det mot i denne oppgaven.⁴⁴ I det følgende er det kun arbeidsgivers endringsadgang tilknyttet *arbeidsoppgavene* som skal drøftes.

Styringsretten er ikke lovfestet, og det er uenighet i juridisk teori om det rettslige grunnlaget. Noen hevder at styringsretten er en arbeidsavtaleforutsetning, mens andre hevder at den er en selvstendig sedvanerettslig norm.⁴⁵ Ettersom det er *enighet om styringsrettens eksistens og innhold*, og det rettslige grunnlaget ikke har betydning for spørsmålet oppgaven reiser, har jeg derfor valgt å avgrense mot denne teoretiske diskusjonen.

Begrunnelsen for styringsretten finnes hovedsakelig i at arbeidsgiver har behov for fleksible rammer i arbeidsforholdet, da en arbeidsavtale etter norsk rett som hovedregel er tidsubestemt og fast.⁴⁶ Arbeidsavtalen har «karakter av å være en ufullstendig kontrakt» fordi rettigheter og plikter i arbeidsforholdet normalt vil endre seg i løpet av kontraktsperioden.⁴⁷ Hvilke behov virksomheten står overfor i fremtiden kan være vanskelig å vurdere på tidspunktet arbeidsavtalen inngås. Styringsretten er slik sett en nødvendig mekanisme for å imøtekomme endrede fremtidige behov som ikke er kjent på avtaletidspunktet, f.eks. som følge av teknologisk eller markedsmessig utvikling.⁴⁸

Styringsrettens *rekkevidde* avgjøres ut i fra- og begrenses av lovgivning, tariffavtaler og den individuelle arbeidsavtalen.⁴⁹ Arbeidsgivers endringsbeslutning må også hvile på saklige hensyn, og ikke skyldes vilkårlighet.⁵⁰ Den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold vil også sette begrensninger for arbeidsgiver, og det må trekkes en grense mot endringer som

⁴⁴ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 99.

⁴⁵ Se Fougner 2016 s. 15 og s. 24 og Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 96 om denne teoretiske diskusjonen.

⁴⁶ Se aml. § 14-9 (1) og Fougner 2016 s. 13-14..

⁴⁷ *Ibid* note 44 s. 97.

⁴⁸ Fougner 2016 s. 13-15 og s. 148-149.

⁴⁹ *Ibid* note 44 s. 100.

⁵⁰ Fougner 2016 s. 164.

krever såkalt «endringsoppsigelse».⁵¹ Styringsrettens rekkevidde vil bli behandlet nærmere i kapittel 5.

2.4 Avtalebaserte ordninger

2.4.1 Sluttavtaler og forhåndsavtaler

Det er ingenting i veien for at partene blir enige om at arbeidstaker skal fratre eller få endrede arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden i en såkalt *sluttavtale*. Det forutsettes i denne sammenheng at avtalen inngås *i forbindelse med* oppsigelsen. Norsk rett bygger på prinsippet om avtalefrihet, og arbeidsmiljøloven har ingen regler knyttet til denne typen avtaler.⁵²

Forhåndsavtale om at arbeidstaker skal fratre, setter loven imidlertid begrensninger mot jf. aml. § 1-9. At loven er gjort ufravikelig til ugunst for arbeidstaker viser igjen det sterke fokuset den har på å verne arbeidstaker som den svakere part i arbeidsforholdet. Ved inngåelse av en arbeidsavtale kan det være at arbeidstaker er i en presset situasjon fordi vedkommende klart nok har en sterk interesse av å tiltre stillingen. Det ville være uheldig om dette skulle påvirke arbeidstakers rettigheter i det løpende, fremtidige arbeidsforholdet.

En særregel finnes imidlertid for «virksomhetens øverste leder» jf. aml. § 15-16 (2). Vedkommende kan frasi seg stillingsvernet mot etterlønn, noe som betyr at avtale om fratreden i oppsigelsestid kan inngås *før* beslutning om oppsigelse foretas.⁵³ Slik avtale vil typisk inngås i forbindelse med ansettelsen. Bakgrunnen for unntaket er at det i lang tid har vært en utbredt praksis i næringslivet med å inngå sluttavtaler for å sikre raske endringer på lederplan.⁵⁴ En person i ledende stilling har også bedre forutsetninger for å ivareta sine interesser, og ikke det samme behovet for vern som en «alminnelig» arbeidstaker. Styrkeforholdet mellom partene er altså jevnere enn i et alminnelig arbeidsgiver/arbeidstaker forhold.⁵⁵

⁵¹ Se Marianne J. Hotvedt og Terese S. Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett*, vol 10 nr. 1 2013, s. 120 og Fougner 2016 s. 257.

⁵² Fougner m.fl. 2016 s. 390.

⁵³ Ot.prp. nr. 101 (2001-2002) s. 6-7.

⁵⁴ Fougner m.fl. 2016 s. 270 flg.

⁵⁵ *Ibid* note 53.

For spørsmålet om forhåndsavtale ved *endring* av arbeidsoppgavene blir utgangspunktet et annet. Rekkevidden av styringsretten avgjøres etter en tolkning av arbeidsavtalen og dens begrensninger. Selv om stillingsvernsreglene kan påberopes også som vern mot endringer, inneholder arbeidsmiljøloven ingen regler som sier noe om hva en arbeidsavtale skal inneholde med hensyn til arbeidsoppgavene.⁵⁶ Når det ikke foreligger preseptoriske bestemmelser knyttet til innholdet i arbeidsoppgavene, er det *avtalefrihet* mellom partene. Dette tilsier at arbeidsavtalen eksplisitt kan inneholde bestemmelser om at arbeidsgiver har en vidtrekkende kompetanse til å endre stillingens innhold. Slutningen kan også trekkes ut av Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektørdommen), som omhandlet spørsmålet om en kommune kunne omplassere en undervisningsinspektør til en tilsvarende stilling innen kommunen. Av ansettelsesavtalen fremgikk det at «det kan gjøres endringer i stillingens arbeids- og ansvarsområde».⁵⁷ Retten kom i saken til at kommunens endring av arbeidsoppgaver og arbeidssted var rettmessig.

2.4.2 Konkurransesklausuler

For å hindre at arbeidstaker sprer sensitiv informasjon eller på annen måte skader arbeidsgivers interesser, er det vanlig å inngå konkurransebegrensende avtaler med arbeidstaker. Slike klausuler kan avtales både i forbindelse med sluttavtale, og på forhånd. Avtalen innebærer at vedkommende ikke kan starte opp eller tiltre stilling i konkurrerende virksomhet for en viss periode etter at arbeidsforholdet er avsluttet.⁵⁸ Vilkårene for å gjøre gjeldende en konkurranseklausul vil denne oppgaven ikke redegjøre for. Et poeng det er verdt å merke seg, er imidlertid at slike klausuler kun kan gjøres gjeldende ved oppsigelse fra arbeidsgiver dersom oppsigelsen er saklig begrunnet i «arbeidstakers forhold» jf. aml. § 15-7.⁵⁹ Ved oppsigelse som følge av virksomhetens forhold er adgangen altså utelukket. Mest vanlig er det å gjøre gjeldende slike klausuler i tilfeller hvor arbeidstaker selv sier opp fordi oppsigelsen ofte er begrunnet i nettopp det at vedkommende skal starte i- eller opp konkurrerende virksomhet.⁶⁰

⁵⁶ Hotvedt 2012 s. 161.

⁵⁷ Se avsnitt 50. Mer om denne dommen i punk 5.3.2.1.

⁵⁸ Se Prop.85 L (2014-2015) s. 5 og Fougner m.fl. 2016 s. 381-383.

⁵⁹ Se aml. § 14 A-1 (2).

⁶⁰ Prop.85 L (2014-2015) s. 41 og 57 og Fougner m.fl. 2016 s. 382-383.

3 Det alminnelige utgangspunkt - arbeidstaker har både rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden

Et arbeidsforhold opphører ikke før oppsigelsestiden er utløpt. Dette har den naturlige konsekvens at man som utgangspunkt også har de samme rettighetene og pliktene i arbeidsforholdet frem til dette tidspunkt.⁶¹ Dette innebærer at det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at en arbeidstaker for det første er *pliktig* i å levere arbeidsytelsen i oppsigelsestiden. Utgangspunktet er også at arbeidstaker har *rett* til å oppholde seg på arbeidsplassen, og at han har *rett* til å utføre de arbeidsoppgavene han ved arbeidsavtalen er satt til. For arbeidsgiver innebærer utgangspunktet en plikt til å betale lønn og andre ytelser som arbeidstaker har krav på etter avtalen, og å motta arbeidsytelsen.⁶² En arbeidstaker kan innenfor oppsigelsestiden ikke fratas retten til lønn, dvs. at lønnskravet er ubetinget i denne perioden.⁶³ Dette gjelder uavhengig av om det er arbeidstaker eller arbeidsgiver som har brakt arbeidsforholdet til opphør.

Hovedregelen har rettslig grunnlag og sitt tradisjonelle utgangspunkt i den individuelle arbeidsavtalen, og i det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om ytelser mot ytelser. Prinsippet tilsier at arbeidstaker plikter å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver, mens arbeidsgiver på sin side plikter å betale arbeidstaker lønn for innsatsen.⁶⁴

Utgangspunktet slås også fast i Investeringsrådgiverkjennelsen.⁶⁵ Lagmannsretten uttaler følgende:

⁶¹ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 461.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Investeringsrådgiverkjennelsen avsnitt 27.

⁶⁴ Prop.85 L (2014-2015) s. 7.

⁶⁵ Se kjennelsens avsnitt 25 hvor ankeutvalget slutter seg til at lagmannsretten korrekt «har lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden.»

«Det selvsagte utgangspunkt er at en oppsagt arbeidstaker har rett til å stå i sin stilling i oppsigelsestiden. Dette er en slutning fra det mer til det mindre, idet hovedregelen i aml. § 15-11 er at arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen under behandlingen av oppsigelsessaken, også i tiden etter utløpet av oppsigelsesfristen.»⁶⁶

Poenget er at det ikke ville gitt noen mening om arbeidstaker skulle ha rett til å stå i stillingen når arbeidsforholdet i utgangspunktet er avsluttet men tvist om oppsigelsens gyldighet verserer for domstolene, men ikke i selve oppsigelsestiden når avtaleforholdet fortsatt løper. Arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler forutsetter også indirekte at arbeidstaker har arbeidsrett i oppsigelsestiden.

Det er etter dette ingen tvil om at utgangspunktet om rett til arbeid i oppsigelsestid står *meget sterkt* i norsk rett. Som nevnt innledningsvis har dette sammenheng med det sterke stillingsvernet i norsk rett, og at arbeid i dag blir sett på som et mål i seg selv utover inntekt.

⁶⁶ Se Borgarting lagmannsretts kjennelse av 22. juli 2009 (LB-2009-106974).

4 Arbeidsgivers adgang til å utestenge arbeidstaker fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden

4.1 Innledning

4.1.1 Behovet for et unntak fra hovedregelen om rett til å arbeide i oppsigelsestid

Utgangspunktet og hovedregelen er som vist at arbeidstaker både har rett og plikt til å arbeide i oppsigelsestiden, og at arbeidsgiver må kreve rettens kjennelse for at arbeidstaker skal måtte fratre. At dette er hovedregelen henger sammen med det sterke stillingsvernet i norsk rett. I oppsigelsestiden gjør imidlertid også sterke hensyn på arbeidsgivers side seg gjeldende.

Det er ikke tvilsomt at arbeidsgiver kan ha et klart behov for at arbeidstaker ikke oppholder seg på arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Flere ulike begrunnelser kan anføres. På generelt plan må det fremheves at oppsigelsestiden er en *avviklingsfase*. Arbeidstaker skal slutte i virksomheten, og arbeidsgiver må i mange tilfeller for det første ansette en ny i arbeidstakers posisjon. Videre kan arbeidstaker ha gjort seg skyldig i forhold som gjør at arbeidsgiver har manglende tillit til arbeidstaker. Det at han oppholder seg på arbeidsplassen kan da skade arbeidsgivers interesser. Arbeidsgivers ønske kan også være begrunnet i noe så simpelt som at arbeidstaker ikke utfører arbeidsoppgavene på tilfredsstillende måte, eller at det ikke egentlig er noe arbeid å tilby i virksomheten som følge av at virksomheten skal nedlegges/omlegges.

Spørsmålet i det følgende er hvilke av disse omstendighetene som kan begrunne en adgang for arbeidsgiver til å pålegge arbeidstaker å forlate arbeidsplassen i oppsigelsestiden.

4.1.2 Rettslig grunnlag for unntaket

Høyesteretts ankeutvalg åpnet for første gang i Investeringsrådverkjennelsen opp for at arbeidsgiver i visse tilfeller kan frata arbeidstaker alle arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. I

samme avgjørelse blir det også slått fast at arbeidstaker aldri kan fratras retten til lønn innenfor perioden.⁶⁷

Saken gjaldt en investeringsrådgiver som ble sagt opp, og som i oppsigelsestiden ble pålagt å forlate arbeidsplassen umiddelbart. Hans rettigheter i oppsigelsestiden var begrenset til å motta lønn og andre økonomiske ytelser. Mannen var både ansatt som investeringsrådgiver, og var en av fem partnere i selskapet. Bakgrunnen for selve oppsigelsen var at verken de andre partnerne i selskapet eller investorene lenger hadde tillit til ham. Arbeidstaker begjærte midlertidig forføyning etter tvisteloven kap. 34 med krav om å gjeninntre i stillingen i oppsigelsestiden, og hovedspørsmålet for Høyesterett var om han i denne perioden hadde rett til å utføre arbeid.

Ankeutvalget fant at det forelå rettslig grunnlag for å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, og la til grunn lagmannsrettens lovanvendelse og bedømmelse av spørsmålet.⁶⁸ Arbeidstaker fikk ikke medhold i sin begjæring om å gjeninntre i stillingen i oppsigelsestiden.

Vurderingstemaet for om arbeidsgiver kan frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden ble funnet å være

*«(...) det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligger **særlig tungtveiende grunner** som taler for det.»⁶⁹*

At det må foreligge «særlig tungtveiende grunner» som kan begrunne at arbeidstaker skal fratras, innebærer at arbeidsgivers interesser må veie tyngre enn hensynet til arbeidstakers stillingsvern.

Et problem er som tidligere nevnt at Høyesteretts ankeutvalg ikke utbroderer vurderingstemaet særlig inngående. I ettertid er problemstillingen om rett til arbeid i oppsigelsestid kun kommet opp i underrettspraksis. Samtidig underrettspraksis jeg har funnet,

⁶⁷ Se kjennelsens avsnitt 27.

⁶⁸ Se kjennelsens avsnitt 29.

⁶⁹ *Ibid* note 67.

har imidlertid tatt utgangspunkt i og videreført vurderingstemaet fra kjennelsen.⁷⁰ Som allerede nevnt i punkt 1.2 er ikke denne praksisen rettslig bindende, og den angår svært konkrete typetilfeller. Det er imidlertid *relevant* å se hen til praksisen som foreligger vedrørende spørsmålet da den kan illustrere hvordan vurderingene er blitt foretatt i noen typetilfeller. Det interessante er å se om det kan finnes argumentasjonsmønstre som kan ha generell interesse for hvilke forhold som kan utgjøre, eller ikke utgjøre, «særlig tungtveiende grunner».

4.1.2.1 Kritikkk av begrunnelsen i kjennelsen

Kjennelsen har i ettertid vært kritisert fra flere hold. Kritikken har særlig rettet seg mot at kjennelsens begrunnelse i stor grad bygger på Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 10. juli 1996.⁷¹ I kjennelsen viser lagmannsretten til NOU 1992: 20, og et eksempel med en kasserer som er mistenkt for underslag som et typisk tilfelle hvor det vil være adgang for arbeidsgiver til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene mot å betale lønn. Som Bender argumenterer for kan det se ut som begrunnelsen hviler på en *feilslutning* da de har anvendt et eksempel på et *suspensjonstilfelle* som begrunnelse for at arbeidsgiver må ha adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.⁷²

I dag er reglene om suspensjon lovfestet i aml. § 15-13, og det er klart at det kun er ved mistanke om at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre *avskjed* at suspensjonsadgangen kan benyttes. Som følge av dette er det grunn til å stille spørsmål ved hvor overbevisende begrunnelsen for unntaket er.

Det fremstår ikke som om ankeutvalget har tatt i betraktning den etterfølgende lovfestingen av suspensjonsinstituttet. Som Bender poengterer er det grunn til å tro at ankeutvalget sannsynligvis i hvert fall ville hatt en annen begrunnelse om de hadde vurdert det rettskildemessige grunnlaget for den 15 år gamle lagmannsrettsavgjørelsen mer inngående.⁷³

⁷⁰ Se Borgarting lagmannsretts kjennelser av hhv. 12 oktober 2010 (LB-2010-152755) og 25 oktober 2010 (LB-2010-160933), Oslo byfogdembetes kjennelse av 21 desember 2010 (TOBYF-2010-188020), Follo tingretts kjennelse av 05 desember 2014.

⁷¹ RG-1996-202.

⁷² Bender 2011 s. 124-125.

⁷³ *Ibid.*

Jeg vil også peke på at det er med på å svekke den *reelle* prejudikatsvirkningen av kjennelsen at ankeutvalget ikke utbroderer temaet inngående. På generelt plan er også begrunnelser i kjennelser mindre utførlige enn dommer, noe som kan ha betydning for vekten. Likevel er det ikke til å komme unna at Investeringsrådverkjennelsen formelt er et prejudikat på området, og at senere domstoler har benyttet seg av vurderingstemaet i kjennelsen. Som vist i punkt 4.1.1 kan det også argumenteres for at det foreligger et *behov* for unntak som arbeidsgiver kan benytte seg av også i oppsigelsestiden.

4.1.3 Hvilket rettslig grunnlag baserer Høyesteretts ankeutvalg seg på i Investeringsrådverkjennelsen?

Et interessant spørsmål er hvilket grunnlag ankeutvalget egentlig bygger på for å si at arbeidsgiver i visse tilfeller kan frata arbeidstaker alle arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Jeg ser to potensielle muligheter. En mulighet er at unntaket baseres på styringsretten fordi arbeidsgivers mulighet til å foreta endringer i et arbeidsforhold uten arbeidstakers samtykke nettopp er basert på denne. Styringsretten har imidlertid en grense, og den vil under normale omstendigheter ikke gå så langt som til å frata arbeidstaker alle arbeidsoppgavene.⁷⁴ Arbeidsgiver er i utøvelsen av styringsretten nødt til å gå om reglene arbeidsmiljøloven oppstiller, og oppsigelsesreglene utgjør tradisjonelt sett den ytre grensen for styringsretten.⁷⁵

Kjennelsen omhandler et tilfelle hvor arbeidsforholdet allerede er oppsagt. Det er en forutsetning at arbeidstaker er blitt utestengt fra arbeidsplassen for at spørsmålet om gjeninntreden skal kunne oppstå. Som vi skal se gjelder imidlertid styringsretten også i oppsigelsestiden.⁷⁶ Dersom ankeutvalget har bygget på styringsretten, beveger de seg likevel langt utover de tradisjonelle rammene.

En annen mulighet er at Høyesteretts ankeutvalg skaper en helt ny regel fordi det finnes et «hull» i regelverket. En slik kompetanse har Høyesterett som siste instans jf. Grl. § 88.⁷⁷

⁷⁴ Se om styringsrettens grense i kapittel 5.

⁷⁵ Se mer i punkt 5.2.1.

⁷⁶ Hvor langt styringsretten rekker i oppsigelsestiden er tema i punkt 5.3.

⁷⁷ Som tidligere nevnt i punkt 1.2 er ankeutvalget i dette tilfellet siste instans.

Begrunnelsen må da være at det i visse snevre tilfeller foreligger såpass tungtveiende interesser på arbeidsgivers side at arbeidstakers stillingsvern kan settes til side.⁷⁸

Jeg vil på dette punkt konkludere med at det med Investeringsrådgiverkjennelsen skapes et *nytt* unntak fra hovedregelen om rett til å arbeide i oppsigelsestid. Flere forhold tilsier dette.

Det første og mest banale poenget er at styringsretten ikke nevnes i ankeutvalgets begrunnelse. Dette til tross for at begge parter i saken har en anførsel knyttet til styringsretten.⁷⁹ For det andre tilsier stillingsvernshensyn at arbeidsgiver ikke ensidig i kraft av styringsretten skal kunne gjøre noe så inngripende som å frata arbeidstaker alle hans arbeidsoppgaver. Hovedregelen i arbeidsmiljøloven er ellers at fratredelse må besluttes av domstolene, og at dette ikke kan gjøres i kraft av arbeidsgivers styringsrett.⁸⁰

I tillegg kan det at ankeutvalget i avsnitt 27 uttaler at det i vurderingen «blant annet [må] tas hensyn til om arbeidstakeren kan omplasseres» tas til inntekt for at de *forutsetter* at arbeidsgiver *først* må ha forsøkt å omplassere arbeidstaker i kraft av styringsretten før unntaksregelen kan komme til anvendelse. Uansett hva man karakteriserer det rettslige grunnlaget ankeutvalget baserer unntaket på, er det ikke tvilsomt, som vi skal se i det følgende, at det er *meget* snevert.

4.1.4 Rettssikkerhetsproblem – arbeidsgiver må ikke kreve rettens kjennelse for at arbeidstaker skal måtte fratre

Systemet og hovedregelen i arbeidsmiljøloven er at *arbeidsgiver* må fremsette krav til retten om at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling jf. § 15-11 (2). Det er imidlertid ikke lovregulert hvordan arbeidsgiver må gå frem for at arbeidstaker skal måtte fratre i oppsigelsestiden. Det er på denne måten et «hull» i regelverket. I praksis pålegges fratreden

⁷⁸ Hvilke tilfeller dette kan være drøftes i kapittel 4.2.

⁷⁹ Se LB-2009-106974. Arbeidstaker anfører at «arbeidsgiverens styringsrett kan heller ikke hjemle et totalt bortfall av arbeidsoppgaver i denne perioden». Arbeidsgiver på sin side anfører at «X, i kraft av sin styringsrett, i en begrenset periode som oppsigelsestiden utgjør, uansett er berettiget til å beslutte at A ikke skal delta i selskapets drift».

⁸⁰ Se aml. § 15-11 (2) og Fougner m.fl. 2016 s. 453.

sammen med arbeidsgivers oppsigelseserklæring.⁸¹ Dette medfører at det er *arbeidstaker* selv som må ta initiativ, og bringe saken inn for domstolene.⁸² Som saksøker er det også arbeidstaker som har bevisbyrden for at han har krav på å arbeide i oppsigelsestiden.

Det er grunn til å stille spørsmål ved hvilken betydning det har at tilfellet ikke er lovregulert, og om det også i oppsigelsestiden *bør* være slik at arbeidsgiver må gå veien om domstolene for at arbeidstaker skal måtte fratre.

Spørsmålet er ikke berørt i forarbeidene. To mulige forklaringer kan anføres for hvorfor tilfellet ikke er lovregulert. Den første muligheten er at lovgiver har villet at arbeidsgiver skal stå friere i sin vurdering av om det er i deres interesse å ha arbeidstaker på arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Den andre muligheten er at lovgiver ikke har sett det nødvendig å regulere tilfellet ettersom arbeidsforholdet fortsatt løper i oppsigelsestiden, og at arbeidstaker derfor selvsagt også har rett til arbeid ut perioden.

Sistnevnte forklaring synes etter min mening å være det som best samsvarer med arbeidsmiljøloven ellers. Loven gir som tidligere nevnt arbeidstaker et meget sterkt stillingsvern. Vernehensynet, og arbeidstakers rettssikkerhet, tilsier at regelen *bør* være at arbeidsgiver også må fremsette begjæring i disse tilfellene i samsvar med det som ellers er hovedregelen.

At arbeidsgiver ikke behøver å kreve rettslig prøving for at arbeidstaker skal fratre er generelt problematisk, da en arbeidstakers rettigheter og stillingsvern i utgangspunktet anses å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn etter.⁸³ Slik det i praksis gjøres nå er det *lettere* for arbeidsgiver å få arbeidstaker til å fratre i oppsigelsestiden enn det er for tiden etter. Fra et arbeidsgiversynspunkt kan det selvsagt være praktisk å kunne frata oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene uten forutgående rettslig prøving.⁸⁴ Som forfatteren argumenterer for har arbeidsgiver imidlertid allerede et virkemiddel. Han kan innenfor rammen av styringsretten frata arbeidstaker *deler* av arbeidsoppgavene, og gjennom dette begrense skadepotensialet for

⁸¹ Dette ser vi av den rettspraksisen som foreligger jf. Investeringsrådgiverkjennelsen og kjennelsene opplistet i note 70.

⁸² Ser mer om fremgangsmåten i kapittel 6.

⁸³ Investeringsrådgiverkjennelsen avsnitt 28.

⁸⁴ Bender 2011 s. 128.

virksomheten. Dette tilsier at arbeidsgiver også i oppsigelsestilfellene *bør* måtte kreve rettens kjennelse for at arbeidstaker skal måtte fratre.

4.2 Vilkår og vurderingstema for at unntaket skal komme til anvendelse

4.2.1 Retten må finne det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes

Det samme vilkår som ved pålegg om fratreden *etter* oppsigelsestidens utløp i § 15-11 (2) må være oppfylt.⁸⁵ Vurderingstemaet for retten er hvorvidt det vil være «urimelig [for arbeidsgiver] at arbeidsforholdet opprettholdes».

Domstolene skal ved vurdering av krav om fratreden «foreta en konkret urimelighetsvurdering, uavhengig av årsaken til oppsigelsen».⁸⁶ Dette betyr at det som utgangspunkt ikke skal ha noe å si om arbeidstaker er sagt opp med begrunnelse i egne forhold, eller virksomhetens forhold. Forarbeidene og rettspraksis viser at det *generelt* er en høy terskel for å gi arbeidsgiver medhold i krav om fratreden. Selv om det ikke er en absolutt sondring etter grunnlaget for oppsigelsen i den forstand at utfallet enten blir fratreden eller ikke, kan det ha betydning i den *konkrete* interesseavveiningen som skal foretas.⁸⁷ Ved oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold vil det vesentlige spørsmålet være om vedkommende har opptrådt på en slik måte at den nødvendige tillit som kreves i stillingen ikke lenger er eksisterende.⁸⁸

Om innholdet i urimelighetskriteriet uttaler departementet at

⁸⁵ Investeringsrådgiverkjennelsen avsnitt 27.

⁸⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238.

⁸⁷ Se f.eks. Rt. 2004 s. 1413 avsnitt 19 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235 hvor departementet under henvisning til Høyesterettspraksis viser til at «det gjelder en streng norm» og at «det skal en del til før arbeidstaker må fratre under sakens behandling når oppsigelsen skyldes omstilling eller nedbemanning». Se også Rt. 2000 s. 1958 på s. 1961 hvor det uttales at «(...) fratreden bare sjelden vil være aktuelt dersom oppsigelsen skyldes forhold på arbeidsgiversiden».

⁸⁸ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 477.

«(...) hvorvidt det er urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling, må bero på en totalvurdering av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser og behov. For at domstolen skal avsi kjennelse for fratreden, må det kreves en *interesseovervekt for fratreden.*»⁸⁹

Departementet trekker frem det sannsynlige utfall av oppsigelsessaken som et tungtveiende moment. Andre forhold som nevnes er hvorvidt arbeidsgiver har hatt muligheter for alternativ plassering av arbeidstaker, konsekvenser for partene, hensynet til de øvrige ansatte, og hvorvidt arbeidstaker har en ledende stilling i virksomheten.⁹⁰ I sistnevnte tilfelle er terskelen for at arbeidstaker må fratre lavere enn ellers.⁹¹ Listen er ikke uttømmende, og det avgjørende i den konkrete vurderingen er alltid partenes interesser og behov målt opp mot hverandre.

4.2.2 Det må i tillegg foreligge «særlig tungtveiende grunner» som kan begrunne fratreden i oppsigelsestiden

4.2.2.1 Om terskelen som kreves for å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene

Høyesteretts ankeutvalg slår i kjennelsen fast at «arbeidstakernes rettigheter må anses å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter».⁹² Terskelen for at arbeidsgiver etter § 15-11 (2) skal nå frem med begjæring om fratreden er allerede høy jf. tidligere. Uttalelsen i kjennelsen medfører at terskelen for fratakelse av arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden må anses å være enda høyere. Unntaket er altså *meget* snevert.⁹³

Bortsett fra det selvsagte poeng som er at hovedregelen om rett til arbeid må stå enda sterkere i oppsigelsestiden da arbeidsforholdet enda løper etter avtalen, har arbeid som nevnt innledningsvis i punkt 1.1 også en *egenverdi* for arbeidstaker. Arbeidsplassen er et sted mennesket bruker mye av sin tid, og er derfor for mange et sted hvor grunnleggende sosiale behov blir dekket. Dette må også anses å være med på å begrunne den høye terskelen.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238.

⁹⁰ *Ibid* s. 239.

⁹¹ *Ibid*. Se også Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 477.

⁹² Se kjennelsens avsnitt 28.

⁹³ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 478.

Ettersom vurderingstemaet oppstilt er så skjønnsmessig, må det alltid foretas en konkret vurdering av i det enkelte tilfellet. En avveining av partenes interesser på hver side må foretas, og for at det skal foreligge «særlig tungtveiende grunner» som kan begrunne fratreden må som nevnt hensynene på arbeidsgivers side veie tyngst.

4.2.2.2 Hvilke forhold kan få betydning i vurderingen av om det foreligger «særlig tungtveiende grunner»?

4.2.2.2.1 Om oppsigelsen er begrunnet i forhold på arbeidstakers eller arbeidsgivers side

Det er verdt å merke seg at det i Investeringsrådgiverkjennelsen var arbeidsgiver som gikk til oppsigelse, og at denne var begrunnet i *arbeidstakers forhold* jf. aml. § 15-7. Når arbeidstaker er noe å *bebreide*, og oppsigelsen knytter seg til arbeidsutførelsen og/eller manglende tillit til arbeidstaker, er det også naturlig at arbeidsgiver har størst behov for å holde arbeidstaker borte fra arbeidsplassen. Det foreligger i et slikt tilfelle tyngre hensyn på arbeidsgivers side enn det gjør hvor arbeidstaker blir sagt opp med begrunnelse i virksomhetens forhold. Sagt med andre ord er ikke hensynet til å verne arbeidstaker like tungtveiende som ellers.

At det må foreligge klanderverdige forhold på *arbeidstakers side* for at fratreden skal kunne pålegges støttes også av all underrettspraksis i ettertid. I LB-2010-152755 og LB-2010-160933 var spørsmålet om to overleger hadde rett til å arbeide i oppsigelsestiden. I begge sakene fant lagmannsretten at det avgjørende for om det forelå «særlig tungtveiende grunner» var om de kritikkverdige forholdene, og arbeidstakers opptreden, medførte *en fare for pasientsikkerheten* ved sykehuset.

I førstnevnte sak var legen sagt opp med bakgrunn i at vedkommende ikke tilfredstilte standarden om faglig forsvarlighet i helsepersonell- og spesialisthelsetjenesteloven. Da det stadig kom inn bekymringsmeldinger tilknyttet legen, og som følge av at vedkommende nektet å rette seg etter sykehusets retningslinjer, kom retten til at dette medførte en fare for pasientsikkerheten. Vilkåret om «særlig tungtveiende grunner» ble ansett oppfylt.⁹⁴

Motsatt ble utfallet i LB-2010-160933. Legen hadde også her blitt sagt opp med bakgrunn i at vedkommende opptrådte i strid med instruks og retningslinjer. I tillegg var oppsigelsen

⁹⁴ Se også Bender 2011 s. 127.

begrunnet i manglende samarbeidsevner, og illojal opptreden. Retten kom imidlertid til at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner». Hovedbegrunnelsen var at forholdene i den konkrete sak ikke medførte fare for pasientsikkerheten fordi arbeidstaker var en dyktig kirurg, og det heller ikke ble funnet bevist at det var noe galt ved utførelsen av arbeidsoppgavene. Retten påpekte i tillegg at arbeidstakeren *ikke kunne sies å ha skyld* i samarbeidsproblemene ved sykehuset.

Skyldmomentet har også blitt fremhevet i juridisk teori i tilknytning til vektleggingen av manglende tillit som begrunnelse i Investeringsrådgiwerkjennelsen.⁹⁵ Forfatteren kritiserer ankeutvalget, og påpeker at manglende tillit ikke *generelt* kan være et tilstrekkelig moment til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. Domstolene er nødt til å se på *begrunnelsen* for den manglende tilliten. I relasjon til Investeringsrådgiwerkjennelsen stiller forfatteren spørsmål ved om det dårlige resultatet skyldtes investeringsrådgiwerkjennelsen, eller faktorer utenfor hans kontroll. Dette samsvarer godt med tanken om at arbeidstakers stillingsvern i norsk rett generelt står sterkt, men at hensynet ikke kan veie like tungt dersom arbeidstaker er *noe å bebreide*.

Manglende tillit og samarbeidsevner var også bakgrunnen for oppsigelse av en generalsekretær i Norsk Revmatikerforbund.⁹⁶ Retten kom også i dette tilfellet til at forholdene ikke var nok til å utgjøre «særlig tungtveiende grunner». Begrunnelsen var igjen at samarbeidsproblemene ikke utelukkende kunne bebreides arbeidstaker. Uansett var ikke disse forholdene ifølge retten alvorlige nok til å nå opp til den høye terskelen som kreves for å frata arbeidstaker retten til arbeid i oppsigelsestid.

Follo tingretts kjennelse av 5. desember 2014 omhandler en litt annen type kritikkverdige forhold. Saken gjaldt oppsigelse av daglig leder i en bedrift grunnet hans lederstil, som etter arbeidsgivers syn var skadelig for bedriftens arbeidsmiljø. Det var i tillegg problemer knyttet til manglende forbedring og håndtering av en revisjonsrapport. Sistnevnte kunne imidlertid «åpenbart» ikke begrunne fratreden etter rettens mening. Spørsmålet var derfor om lederstilen, og den skade arbeidsmiljøet eventuelt ville ha av arbeidstakers gjeninntreden,

⁹⁵ Se Terese S. Ulseth, «Rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden – kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg 2. oktober 2009 (HR-2009-1883-U), *Nytt i privatretten*, nr. 4 2009 s. 5.

⁹⁶ TOBYF-2010-188020.

kunne utgjøre «særlig tungtveiende grunner». Heller ikke i dette tilfellet ble terskelen ansett nådd.

Kjennelsene illustrerer i tillegg til at oppsigelsen må være begrunnet i kritikkverdige forhold hos arbeidstaker, at *interne samarbeidsproblemer* nok ikke er tilstrekkelig til å begrunne unntak. I enda større grad må dette anses å gjelde der problemene ikke utelukkende skyldes arbeidstaker. Avgjørelsene tyder på at arbeidstakers klanderverdige opptreden må innebære risiko for mer vidtrekkende konsekvenser for arbeidsgiver.⁹⁷

4.2.2.2.2 Arbeidstakers stilling

Alle tilfellene som har vært oppe til rettslig vurdering, og hvor unntaket har blitt drøftet, omhandler personer i en eller annen form for *ledende stillinger*.⁹⁸ Det er som tidligere nevnt et særlig behov for tillit til personer i slike stillinger, og dersom denne er svekket foreligger det nødvendigvis også tungtveiende hensyn på arbeidsgivers side.⁹⁹ Som vist i punkt 4.2.1 er det også allerede etter vurderingen av om det er «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes jf. § 15-11 av betydning hvorvidt arbeidstaker har en underordnet eller ledende stilling i virksomheten. Etersom terskelen for å frata arbeidstaker retten til å arbeide i oppsigelsestiden er høyere enn etter denne bestemmelsen, vil arbeidstakers stilling i hvert fall måtte ha betydning i rettens vurdering av hva arbeidsgiver kan foreta seg i denne perioden.

I Investeringsrådgiverkjennelsen var arbeidstaker en nøkkelperson i virksomheten, og dette skapte et særlig behov for tillit. I Follo tingretts kjennelse kommenterer også retten dette moment. Det uttales at det i den konkrete saken var mindre grunn til å legge vekt på at arbeidstaker var daglig leder ettersom selskapet var bundet av en rekke beslutningsprosesser andre steder i konsernet. Daglig leder i denne bedriften hadde med andre ord mindre handlingsrom enn det som tradisjonelt tilligger en daglig leder.

⁹⁷ Se mer om dette i punkt 4.2.2.2.3.

⁹⁸ Se Rt. 2009 s. 1183 (partner i selskap/investeringsrådgiver), LB-2010-152755 og LB-2010-160933 (overleger ved sykehus), TOBYF-2010-188020 (generalsekretær) og Follo tingretts kjennelse av 5. desember 2014 (daglig leder).

⁹⁹ Se bl.a. under punkt 2.4 i relasjon til aml. § 15-16 (2).

Å synse om *bakgrunnen* for at det er disse tilfellene som har vært oppe til rettslig vurdering, vil falle utenfor oppgavens formål. Det er likevel et poeng at det er i disse situasjonene det nok er særlig viktig for arbeidstaker å fortsette i stillingen. Arbeidstaker har også kanskje ressursene som kreves for å reise sak. På den annen side er det også disse tilfellene hvor arbeidsgiver har størst interesse av at arbeidstaker ikke oppholder seg på arbeidsplassen. Utestengelse kan hindre at han får tilgang til sensitiv informasjon som kan skade arbeidsgiver.

4.2.2.3 Kan det at arbeidstaker oppholder seg på arbeidsplassen i oppsigelsestiden medføre risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver?

Ankeutvalget fant, som nevnt, at arbeidsgiver kunne frata arbeidstaker arbeidsoppgavene fordi partnerne og investorene hadde mistet tilliten til ham. Retten uttaler i avsnitt 28 at «lagmannsretten [under henvisning til dette] har funnet det «uholdbart» å la ham fortsette sitt arbeid, «med den risiko dette ville medføre for betydelige skadevirkninger for X, som operer i en bransje hvor tillit er en avgjørende faktor»».

Begrunnelsen for at fratakelse av arbeidsoppgavene ble ansett legitimt var altså at det kunne utgjøre stor skade på arbeidsgivers interesser dersom arbeidstaker fortsatt hadde mulighet til å oppholde seg på arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Som Bender poengterer kan det dermed hevdes

«(...) at det foreligger særlig tungtveiende grunner dersom forhold på arbeidstakers side utgjør en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver. Det er ikke nødvendig at disse skadevirkningene har materialisert seg.»¹⁰⁰

At det må foreligge en form for risiko for *vidtgående* konsekvenser for virksomheten som sådan støttes også av underrettspraksisen som foreligger. I sykehus-kjennelsene ble f.eks. vurderingen av om det forelå «særlig tungtveiende grunner» basert på om det forelå en *fare for pasientsikkerheten* ved sykehuset. Ved et sykehus må pasientsikkerhet være en av de mest grunnleggende forutsetninger for at virksomheten skal kunne fungere. Dersom denne var i fare ville dette helt klart true virksomheten som sådan. På samme måte er det selvsagt også viktig at et selskap som baserer sin virksomhet på å gi råd om risikofylte investeringer har tillit til sine rådgivere.

¹⁰⁰ Bender 2011 s. 126.

I Follo tingretts kjennelse var som nevnt spørsmålet om det at arbeidsmiljøet ble skadelidende som følge av arbeidstakers lederstil var nok til å utgjøre «særlig tungtveiende grunner». Dette ble av retten ikke ansett som et så alvorlig forhold som kunne nå opp til den høye terskelen. Her skal det imidlertid påpekes at retten også la vekt på at det bare var noen få dager igjen av oppsigelsestiden, og at det derfor var begrenset hvilke skadevirkninger det kunne ha at arbeidstaker oppholdt seg på arbeidsplassen den resterende tiden.

I relasjon til skadevirkninger for arbeidsgiver er det hensiktsmessig å ta opp spørsmålet om hvilken betydning det har at arbeidstaker *selv sier opp*. Arbeidsgiver kan klart nok også i disse tilfellene ha en interesse i at arbeidstaker fratrer. Det foreligger imidlertid ingen rettspraksis vedrørende spørsmålet direkte. Ettersom praksis i dag er at arbeidsgiver pålegger fratreden sammen med selve oppsigelsen måtte arbeidsgiver i så tilfelle utestengt arbeidstaker i ettertid av arbeidstakers oppsigelse.

Den typiske begrunnelsen for at arbeidstaker selv bringer arbeidsforholdet til opphør er at han skal ta arbeid i, eller starte opp, konkurrerende virksomhet. I disse tilfellene er det en særlig stor risiko for illojal eller konkurranseskadelig atferd fra arbeidstakers side. For å sikre seg mot slik atferd har arbeidsgiver en alminnelig adgang til å innta konkurranseklausuler i arbeidsavtalen etter aml. kap. 14A. Klausulene gjelder imidlertid i tiden *etter* at oppsigelsestiden er utløpt, og kan slik sett ikke begrunne at arbeidsgiver ikke har behov for å utestenge arbeidstaker i oppsigelsestiden. Et annet alternativ arbeidsgiver kan benytte seg av er å endre arbeidsoppgavene så langt det lar seg gjøre i kraft av styringsretten.¹⁰¹

All den tid det kan stilles spørsmål ved om det å frata arbeidstaker retten til å arbeide basert på en *hypotetisk* mulighet for at det kan skade arbeidsgivers interesser er å gå litt langt, er det som er behandlet under dette punkt den *sikreste* slutningen som kan trekkes basert på kjennelsene. På bakgrunn av dette ser jeg ingen grunn til at det ikke *bør* være mulig å pålegge fratreden overfor arbeidstaker også i et tilfelle hvor arbeidstaker selv sier opp dersom det foreligger *risiko* for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver om arbeidstaker fortsetter å oppholde seg på arbeidsplassen.

¹⁰¹ Se f.eks. Borgarting lagmannsretts kjennelse av 25 mars 2010 (RG-2010-488) for et tilfelle hvor arbeidstaker selv sa opp, og det ble spørsmål om hvor langt styringsretten rakk mht. arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Kjennelsen vil bli gjennomgått i punkt 5.3.

5 Arbeidsgivers endringsadgang med hensyn til arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden

5.1 Innledning

Endringsadgangen til arbeidsgiver med hensyn til arbeidsoppgavene beror på hvor langt arbeidsgivers styringsrett strekker seg.¹⁰² Arbeidsgiver kan som vist i forrige kapittel ikke i kraft av styringsretten *frata* arbeidstaker alle arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden. En ensidig adgang for arbeidsgiver til å pålegge dette ved hans behov ville være et for stort inngrep i arbeidstakers rettigheter, og være med på å uthule stillingsvernet.

Temaet i det følgende er arbeidsgivers endringskompetanse knyttet til arbeidsoppgavene. Først vil det bli redegjort for den generelle rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett. Deretter vil det drøftes om endringsadgangen er, eller i hvert fall *burde* være utvidet i oppsigelsestiden. Ettersom det er på det rene at endringskompetansen i hvert fall ikke er snevrere i oppsigelsestiden¹⁰³, har jeg sett det som hensiktsmessig å redegjøre relativt utførlig for hvilke grunnlag styringsretten generelt begrenses av.

5.2 Den generelle rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett

Som nevnt i punkt 2.3 er styringsretten begrenset av lov, individuell arbeidsavtale og eventuell tariffavtale. For å finne ut hvilket handlingsrom arbeidsgiver har til å foreta endringer, må de nevnte grunnlagene først undersøkes. Det er på dette grunnlag styringsretten har blitt kalt en «restkompetanse».¹⁰⁴ Utgangspunktet må alltid tas i en tolkning og utfylling

¹⁰² Hotvedt/Ulseth 2013 s. 113.

¹⁰³ Se mer om dette i punkt 5.3.1.

¹⁰⁴ Se Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 100 og Rt. 2001 s. 418.

av den individuelle arbeidsavtalen, slik Høyesterett uttaler i bl.a. NØKK-dommen.¹⁰⁵ Avtalen setter rammene arbeidsgiver må holde seg innenfor fordi spørsmålet om styringsrettens rekkevidde egentlig er et spørsmål om hvilke rettigheter og plikter partene har overfor hverandre etter den individuelle arbeidsavtalen.¹⁰⁶

Ettersom arbeidsavtalen er en kontrakt, kommer som nevnt generelle kontraktsrettslige regler til anvendelse på avtaleforholdet. Dette betyr at styringsretten i alle tilfeller begrenses av lojalitetsplikten i kontraktsforhold, med den følge at arbeidsgiver må opptre lojalt i utførelsen av styringsretten.¹⁰⁷ Det er ut ifra dette perspektivet at noen forfattere argumenterer med at «arbeidsgivers endringsadgang avgrenses gjennom en avveining av partenes interesser».¹⁰⁸ Det dreier seg om å finne den riktige balansen mellom stabilitet for arbeidstaker og fleksibilitet for arbeidsgiver, og det argumenteres for at endringsbehovet har sterkest gjennomslagskraft når det er skapt av samfunnsutviklingen. Dette er naturlig da samfunnsutvikling overhodet ikke er noe som kan forutses på avtaletidspunktet.¹⁰⁹

Rommet som er igjen etter en vurdering av disse kildene i det konkrete tilfellet er arbeidsgivers handlingsrom til å foreta endringer. Endringer i arbeidsoppgaver kan være så mangt, og det ligger utenfor denne oppgavens formål å gå inn på alle de ulike typetilfellene som kan oppstå. Det som i det følgende skal gjennomgås er de generelle grunnlagene styringsrettens rekkevidde begrenses av.

5.2.1 Lovregulerte begrensninger i styringsretten

Norsk lovgivning inneholder ingen generelle lovregler om arbeidsgivers endringsadgang. Når det kommer til lovbestemte begrensninger er det derfor først og fremst arbeidsmiljølovens *stillingsvernsregler* som utgjør en yttergrense for styringsretten, og da særlig bestemmelsene om vern mot oppsigelse og avskjed i arbeidsmiljølovens kapittel 15. At reglene er en ytre grense betyr at arbeidsgiver er nødt til å gå til oppsigelse, eller foreta en såkalt «endringsoppsigelse», i tilfeller hvor det er tale om så *vesentlige* endringer i arbeidsforholdet

¹⁰⁵ Rt. 2000 s. 1602 på s. 1609.

¹⁰⁶ Hotvedt/Ulseth 2013 s 120.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid* s. 137.

¹⁰⁹ *Ibid* s. 138.

at det går utenfor avtalens rammer.¹¹⁰ Begge deler forutsetter at vilkårene i § 15-7 er oppfylt. En «endringsoppsigelse» innebærer at den eksisterende arbeidsavtalen sies opp samtidig som arbeidstaker får tilbud om ny avtale med endret innhold.¹¹¹

I tillegg setter aml. § 15-11 (2) en begrensning på arbeidsgivers styringsrett, da arbeidsgiver må fremsette begjæring og gå om domstolene for at arbeidstaker skal måtte fratre. Pålegg om fratreden er altså ikke noe arbeidsgiver kan foreta seg i kraft av styringsretten, selv om styringsretten også i utgangspunktet gjelder i rett til å stå i stilling-perioden.¹¹²

Bortsett fra disse materielle reglene finnes det også prosessuelle begrensninger. Arbeidsmiljøloven kap. 8 oppstiller regler om arbeidsgivers plikt til å drøfte med tillitsvalgte før avgjørelser av betydning for arbeidsforholdet besluttes. Som tidligere nevnt setter også aml. § 1-1 og § 1-9 begrensninger.¹¹³ Utover dette er det ingen andre lovregler av betydning for oppgavens problemstilling.¹¹⁴

5.2.2 Avtaleregulerte begrensninger i styringsretten

Som allerede nevnt flere ganger vil rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett i utgangspunktet bestemmes av den individuelle arbeidsavtalen. For å finne ut hvilke begrensninger avtalen oppstiller må denne tolkes og utfylles. Som ved all annen avtaletolkning må utgangspunktet tas i *ordlyden* i avtalen. I de aller fleste tilfeller vil denne imidlertid ikke si noe konkret om endringsadgangen. Supplering med andre kilder og momenter er derfor nødvendig for å komme frem til en løsning.¹¹⁵ Det kan ikke trekkes en *generell* grense for styringsretten. Det må foretas en *konkret* vurdering i det enkelte tilfellet for om en endring er rettmessig eller ikke.¹¹⁶ Det vil i vurderingen selvsagt være relevant å se hen til hva Høyesterett har uttalt om endringsadgangen, og hvilke momenter de har oppstilt som relevante i tolkningsprosessen. Høyesterett oppstilte i NØKK-dommen noen generelle utgangspunkter for tolkningen:

¹¹⁰ Fougner 2016 s. 121.

¹¹¹ Fougner m.fl. 2016 s. 92-93. Se også Rt. 2009 s. 1465 avsnitt 43 og 47.

¹¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336. Se tilsvarende Fougner m.fl. 2016 s. 452.

¹¹³ Se punkt 2.4.

¹¹⁴ Om ønskelig se om disse i Fougner 2016 s. 121 flg.

¹¹⁵ Se Hotvedt/Ulseth 2013 s. 114-115 og Fougner 2016 s. 140.

¹¹⁶ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 107.

«Ved tolkingen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.»¹¹⁷

Overordnet kan fire ulike typetilfeller tenkes. Arbeidsgiver kan for det første *eksplicit* i arbeidsavtalen ha frasagt seg, eller begrenset endringsadgangen.¹¹⁸ Hvis så er tilfelle, er styringsretten i utgangspunktet også avskåret. I motsatt ende har vi tilfellet hvor arbeidsavtalens ordlyd gir arbeidsgiver klar endringsadgang, slik tilfellet var i Undervisningsinspektørdommen.¹¹⁹ Som allerede nevnt i punkt 2.3 og 5.2 setter imidlertid lojalitetsplikten i arbeidsforhold en ytre grense for styringsretten. Dette har den følge at arbeidsgiver må ta tilbørlig hensyn til arbeidstaker i utøvelse av styringsretten også i tilfeller hvor ordlyden gir klar støtte til endringsadgang.¹²⁰

Den tredje og fjerde situasjonen kan være at ordlyden er taus eller uklar om endringsadgangen. Det er i disse to tilfellene at rekkevidden kan være vanskeligst å fastslå, men det er også her større rom for en bredere skjønnsmessig rimelighetsvurdering av partenes interesser og behov veid opp mot hverandre.¹²¹ Dette gjelder særlig når ordlyden er uklar og ikke gir noen veiledning verken for eller mot endringsadgang. Når ordlyden er taus om forholdet endringen gjelder, er utgangspunktet også at endringen er rettmessig.¹²²

I Høyesterettspraksis er det lagt til grunn at «ikke enhver avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten».¹²³ Førstvoterende i HR-2016-2286-A (Rygge kommune) gir uttalelser om vurderingen som skal foretas i disse tilfellene:

«Dersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, kan arbeidsgiveren i kraft av styringsretten innenfor de rammer som følger av lovgivning

¹¹⁷ Dommens s. 1609. Det samme legges til grunn i Rt. 2009 s. 1465 avsnitt 41 og HR-2016-2286-A avsnitt 26.

¹¹⁸ Se bl.a. Rt. 2009 s. 1465 avsnitt 38.

¹¹⁹ Rt. 2011 s. 841. Se mer om dommen i punkt 5.3.2.1.

¹²⁰ Hotvedt/Ulseth 2013 s. 132-133.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid* s. 133-134.

¹²³ Se Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt) avsnitt 38 og HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26.

og tariffavtale, endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet.»¹²⁴

Tariffavtalene på sin side setter selvsagt bare begrensninger der arbeidsgiver er bundet av disse.¹²⁵

5.2.3 Grunnpregpresumsjonen som tradisjonell ytterramme for arbeidsgivers endringskompetanse tilknyttet arbeidsoppgavene

I 1967 oppstilte daværende formann i Arbeidsretten Kristen Andersen en rettssetning om arbeidsgivers endringskompetanse knyttet til arbeidsoppgavene. Rettssetningen lyder på at det bør

«være hevet over tvil at en arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dets grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med.»¹²⁶

Siden den gang har tolkningsnormen vært et utgangspunkt i norsk rett. Kjernen i rettssetningen er at arbeidsgivers styringsrett ikke kan brukes slik at stillingens *grunnpreg* blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen etter en tolkning av denne gir anvisning på.¹²⁷ Som Fougner poengterer viser uttrykket grunnpreg til ideen om at en stilling «har en kjerne eller visse karakteristika som gir den et bestemt preg».¹²⁸ Det må i praksis foretas en sammenlignende vurdering av arbeidets innhold før- og etter endringen.¹²⁹

Rettskildemessig må det poengteres at Høyesterett aldri direkte har tatt stilling til rettssetningen, men anvendt en litt annen tilnæringsmåte.¹³⁰ Den har imidlertid blitt lagt til grunn av underrettene og juridisk teori siden den ble formulert.¹³¹ I tillegg ble den gjentatt ved

¹²⁴ Se dommens avsnitt 26 og Rt. 2009 s. 1465 avsnitt 41.

¹²⁵ Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 s. 100.

¹²⁶ Se Fougner 2016 s. 15 og 202 med videre henvisning til Andersen: *Fra arbeidslivets rett*, 1967 s. 101.

¹²⁷ Fougner 2016 s. 203.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid* s. 204.

¹³⁰ Se uttalelsen i HR-2016-2286-A i forrige punkt.

¹³¹ Fougner 2016 s. 15.

forberedelsen av nåværende arbeidsmiljølov hvor det uttales at «*dersom avtalen ikke løser spørsmålet*, er utgangspunktet at arbeidsgiver ikke kan endre stillingens grunnpreg [min kursivering]». ¹³²

5.3 Foreligger det, og bør det foreligge en utvidet endringsadgang for arbeidsgiver i oppsigelsestiden?

5.3.1 Bakgrunnen for problemstillingen

Høyesteretts ankeutvalg godtok i Investeringsrådverkjennelsen at arbeidsgiver i visse tilfeller kan utestenge arbeidstaker fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Selv om det ikke foreligger «særlig tungtveiende grunner» som tilsier at arbeidstaker fratrer, slik Høyesteretts ankeutvalg har oppstilt som kriterium for fullstendig utestengelse, kan arbeidsgiver helt klart ha behov for at arbeidstaker ikke utfører sine opprinnelige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.

Spørsmålet i det følgende er om arbeidsgiver har en videre adgang til å endre arbeidstakers arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden enn ellers. Å endre oppgavene er et *mindre inngripende* virkemiddel enn fullstendig utestengelse, og det kan i mange tilfeller også være tilstrekkelig for å ivareta arbeidsgivers interesser. Slik sett er det grunn til å argumentere for at arbeidsgiver *bør* vurdere dette først.

En ting som kan sies med sikkerhet er i hvert fall at endringsadgangen ikke er snevrere i denne perioden, og at arbeidstaker ikke nyter noe bedre vern mot endringer fordi arbeidsforholdet er i en avviklingsfase. I forarbeidene fremkommer det at

*«Selv om utgangspunktet er at arbeidstaker har rett til å utføre de funksjoner som ligger til stillingen, innebærer ikke fortsettelsesretten noen begrensning i arbeidsgivers styringsrett. De endringer som arbeidsgiver kan foreta før oppsigelsen med hensyn til arbeidsoppgaver (...) med videre, kan arbeidsgiver fortsatt gjøre mens arbeidstaker fortsetter i stillingen under sakens behandling.»*¹³³

¹³² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 241.

¹³³ *Ibid* s. 336. Se også Fougner m.fl. 2016 s. 452.

Noe av bakgrunnen for at det kan stilles spørsmål ved om arbeidsgiver har en utvidet styringsrett overfor arbeidstaker i oppsigelsestiden, er bl.a. at arbeidsgiver har et særlig behov for fleksibilitet i denne avviklingsfasen. Arbeidsgiver skal for eksempel ansette en ny i stillingen, eller han kan ha interesse av at arbeidstaker i denne perioden ikke jobber med konkurransesensitiv informasjon. Spørsmålet er om han kan gå utenfor stillingens grunnpreg, som vi har sett er utgangspunktet ved vurderingen av styringsretten knyttet til arbeidsoppgavene.

På generelt plan tilsier også hensynet til samfunnsutviklingen at endringsadgangen i dag bør være utvidet i takt med økte omstillingsbehov og digitalisering.¹³⁴ I tillegg kommer det faktum at Høyesterett har godtatt fullstendig utestengelse i denne perioden. Det kan stilles spørsmål ved om arbeidsgivers endringsadgang kan være utvidet i oppsigelsestiden med et «fra det mer til det mindre»-synspunkt. Etersom arbeidsgiver har en adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene fullstendig, må han også kunne gjøre det «mindre», som en endring av oppgavene utover stillingens grunnpreg innebærer. I Investeringsrådverkjennelsen avsnitt 27 uttaler ankeutvalget at

«(...) på samme måte som etter § 15-11 må det ved vurderingen av om arbeidstakeren skal fratras arbeidsoppgavene, blant annet tas hensyn til om arbeidstakeren kan omplasseres.»

Omplassering vil kunne innebære endring av arbeidsoppgavene. Det kan ut i fra dette se ut til at ankeutvalget forutsetter at arbeidsgiver først må se på mulighetene for omplassering av arbeidstaker i kraft av styringsretten. Noe juridisk teori anfører også at endringsadgangen kanskje bør være utvidet i oppsigelsestiden i visse tilfeller.¹³⁵ *De lege lata* er spørsmålet om utvidet endringsadgang uavklart. Det finnes ingen autoritative og klare kilder som slår fast at dette er en regel. Ut ifra det som nå er sagt må det i imidlertid rettspolitisk kunne stilles spørsmål ved om endringsadgangen *bør* være utvidet i oppsigelsestiden.

Spørsmålet om hvor vidtrekkende endringer arbeidsgiver kan foreta seg i ulike typetilfeller vil det ligge utenfor denne oppgavens formål å gå inn på. Det som drøftes i det følgende er hvilke

¹³⁴ Fougner 2016 s. 14.

¹³⁵ Se f.eks. Dege bind I 1995 s. 421 hvor forfatteren skriver at «jeg strekker her grunnpregets grense noe lenger, i alle fall i ytterkant, enn når det gjelder forandringer av arbeidsoppgaver i vanlig ansettelsesforhold».

forhold som kan tilsi at det *bør* være en utvidet endringsadgang i oppsigelsestiden, og i hvilke tilfeller adgangen eventuelt *bør* være utvidet.

5.3.2 Momenter som vil kunne få betydning i vurderingen av om endringsadgangen *bør* være utvidet

Den eneste kjennelsen av nyere tid jeg har funnet som direkte tar opp spørsmålet om arbeidsgivers endringsadgang i oppsigelsestiden er RG-2010-488. Saken gjaldt flere spørsmål, men et av spørsmålene var om grensene for arbeidsgivers styringsrett var overskredet. Det er sakens faktum knyttet til dette spørsmål jeg vil redegjøre for i det følgende.

Saken gjaldt daglig leder i et aksjeselskap som selv hadde sagt opp sin stilling for å starte konkurrerende virksomhet. Styret i selskapet besluttet å frata ham funksjonene som daglig leder og sjefsredaktør i oppsigelsestiden. Lagmannsretten fant at disse endringene, i den *konkrete* situasjonen som forelå, lå innenfor rammen av arbeidsforholdet etter en tolkning og utfylling av arbeidsavtalen. Endringene var derfor omfattet av arbeidsgivers styringsrett.¹³⁶

Retten berører ikke spørsmålet om dette er en *utvidelse* av endringsadgangen hensett til hvordan denne er ellers i det løpende arbeidsforholdet. Ettersom arbeidstaker ble fratatt de sentrale funksjonene som daglig leder, er det imidlertid nærliggende å trekke den slutning at stillingens grunnpreg ble et vesentlig annet enn det som normalt tilligger en arbeidstaker i denne stilling.

I den følgende drøftelsen vil jeg ta utgangspunkt i momentene fra kjennelsen, og vurdere i lys av andre rettskilder om disse har gode nok grunner for seg til å begrunne en utvidet endringsadgang. Jeg har valgt å gjøre dette fordi det ikke foreligger noen Høyesterettsavgjørelse om spørsmålet. For vekten av underrettsavgjørelser vises det til de generelle betraktningene innledningsvis i punkt 1.2. Mange av momentene er, naturlig nok, like de det finnes spor av i rettspraksis for spørsmålet om fullstendig fratakelse av arbeidsoppgaver.

¹³⁶ Fra lovdatas sammendrag.

5.3.2.1 Hva sier den individuelle arbeidsavtalen om arbeidsgivers endringsadgang?

Arbeidsavtalen er som mange ganger tidligere nevnt alltid utgangspunktet for å klargjøre styringsrettens rekkevidde.¹³⁷ Dersom det her heter at arbeidsgiver har en utvidet adgang i oppsigelsesperioden må dette som utgangspunkt legges til grunn.¹³⁸ Problemet er imidlertid at avtalen sjelden eksplisitt sier noe om endringsadgangen. Undervisningsinspektørdommen er eksempel på en sak hvor avtalen faktisk sa noe om endringsadgangen.¹³⁹

Saken gjaldt en undervisningsinspektør som ble omplassert til en annen skole enn den hun i utgangspunktet jobbet ved. Spørsmålet i saken var om dette var en rettmessig endring. Endringen ble foretatt i det løpende arbeidsforholdet, og altså ikke i noen oppsigelsestid. Dommen må imidlertid anses å gi uttrykk for hvilken betydning ordlyden i den individuelle avtalen har for vurderingen av arbeidsgivers styringsrett på generelt plan.

I den konkrete saken fremgikk det klart av ordlyden i ansettelsesavtalen at arbeidsgiver kunne foreta endringer i arbeidsområde og tjenestested.¹⁴⁰ Høyesterett la avgjørende vekt på dette når de kom til at arbeidsgiver hadde mulighet til å omplassere undervisningsinspektøren til en tilsvarende stilling innen kommunen, selv om dette medførte betydelig lengre reisevei og noe endrede arbeidsoppgaver. Dommen «tyder på at en endring normalt er rettmessig der ordlyden gir klare holdepunkter for endringsadgang» og motsatt at «endringen normalt [er] et kontraktsbrudd dersom ordlyden gir klare holdepunkter for at endringsadgangen er fraskrevet».¹⁴¹

Det må påpekes at aml. § 1-9 setter begrensninger, dvs. at arbeidstaker ikke kan avtale seg bort fra stillingsvernet. På den annen side inneholder arbeidsmiljøloven ingen regler som sier noe konkret om hva en arbeidsavtale skal inneholde med hensyn til arbeidsoppgavene. Det er for dette tilfellet *avtalefrihet* mellom partene. Dette tilsier som nevnt i punkt 2.4 at

¹³⁷ Se punkt 2.3 og 5.2.

¹³⁸ Som nevnt i punkt 5.2.2 setter lojalitetsplikten imidlertid en grense også i disse tilfellene.

¹³⁹ Rt. 2011 s. 841.

¹⁴⁰ Se dommens avsnitt 50: «Det kan gjøres endringer i stillingens arbeids- og ansvarsområde. I henhold til gjeldende avtaler og regelverk kan arbeidstaker overføres til en annen del av etatens virksomhet, med bibehold av lønn og pensjonsrettigheter, og så vidt mulig med tilsvarende arbeids- og ansvarsområder.»

¹⁴¹ Hotvedt/Ulseth 2013 s. 133.

arbeidsavtalen kan inneholde eksplisitte bestemmelser om at arbeidsgiver har en vidtrekkende kompetanse til å endre innholdet i arbeidstakers stilling, både i det løpende arbeidsforholdet og i oppsigelsestiden.

5.3.2.2 Hvem av partene som har avsluttet arbeidsforholdet

5.3.2.2.1 Arbeidstaker har gått til oppsigelse

Når arbeidstaker selv velger å avslutte arbeidsforholdet er det ikke like stort behov for å verne ham. Vernehensyn blir derfor ikke like tungtveiende som i tilfeller der arbeidsgiver avslutter arbeidsforholdet.¹⁴² Spørsmålet er om større endringer i arbeidsforholdet derfor bør godtas.

Dege går så langt som å si at det i disse tilfellene bør være opp til arbeidsgiver å bestemme om den ansatte skal fortsette i stillingen i oppsigelsestiden, eller om han skal fratruke uten rett eller plikt til å fortsette i stillingen.¹⁴³ Han påpeker også at arbeidets dobbelte verdi – både som mål og middel – i disse tilfellene ikke kan tillegges like mye vekt, og at man først og fremst må ta hensyn til virksomheten og den videre drift.¹⁴⁴ At arbeidsgiver har et stort behov for kontinuitet og fleksible rammer ved nyansettelser, kan være med på å begrunne en utvidet styringsrett i disse tilfellene.

Hva som er *årsaken* til at arbeidstaker sier opp vil imidlertid også måtte ha betydning i vurderingen. Det mest vanlige ved oppsigelse fra arbeidstaker selv er at han enten skal starte i eller starte opp konkurrerende virksomhet. I slike tilfeller har arbeidsgiver generelt stor interesse av at arbeidstaker ikke har tilgang til informasjon som kan skade virksomheten.¹⁴⁵

Arbeidsgiver har imidlertid allerede en mulighet for å beskytte seg mot illojal opptreden og konkurranse fra arbeidstaker. Det er en alminnelig adgang til å innta konkurranseklausuler i arbeidsavtalen jf. aml. kap. 14A.¹⁴⁶ Disse gjelder imidlertid for tiden *etter* at arbeidsforholdet er opphørt. Slik sett kan man ikke si at det ikke er behov for en utvidet styringsrett som følge av dette. Likevel kommer man ikke unna at den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold og taushetsplikten fortsatt gjelder i oppsigelsesperioden. Arbeidsgiver er på

¹⁴² Se RG-2010-488.

¹⁴³ Jan T. Dege, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind III 1997 s. 464.

¹⁴⁴ Dege bind I, 1995 s. 422.

¹⁴⁵ Se betraktningene rundt dette i punkt 4.2.2.2.3.

¹⁴⁶ Se også punkt 2.4.2.

denne måten til en viss grad allerede beskyttet mot illojal konkurranse.¹⁴⁷ At arbeidsgiver allerede har andre virkemidler han kan benytte seg av trekker i retning av at det ikke er så tungtveiende behov på arbeidsgivers side som kan begrunne endringskompetanse utover grunnpreget.

5.3.2.2.2 Arbeidsgiver har gått til oppsigelse

Ved oppsigelse som følge av «arbeidstakers forhold» jf. aml. § 15-7 er det i relasjon til problemstillingen særlig oppsigelse begrunnet med manglende tillit til arbeidstaker, eller klanderverdig/illojal opptreden, som er særlig aktuelt. Et generelt poeng er at det ikke er like stor grunn til å verne om arbeidstakers interesser når han er noe å *bebreide*. Som følge av dette er det i disse tilfellene større grunn til å vektlegge hensynet til arbeidsgiver og virksomhetens interesser på bekostning av arbeidstaker.¹⁴⁸

I nedbemanningstilfeller, eller ved fullstendig nedleggelse av virksomheten, kan prinsippet om å stå i en bestemt stilling skape særlige problemer fordi arbeidstakers stilling i realiteten ikke lenger eksisterer. Arbeidsgiver kan derfor klart nok ha *behov* for vidtrekkende kompetanse til å endre arbeidsoppgavene også i disse tilfellene. Retten til å stå i stilling *etter* oppsigelsestidens utløp gjelder imidlertid ved «hel eller delvis nedleggelse av virksomheten», slik at arbeidsgiver må gå veien om rettens kjennelse for å kreve fratreden jf. § 15-11 (2) tredje setning. Som tidligere nevnt anses arbeidstakers rettigheter å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter. Hensynet til ikke å undergrave dette tilsier at styringsretten ikke bør være utvidet i disse tilfellene.

I tillegg kommer at arbeidstaker ikke selv har ønsket å avslutte arbeidsforholdet ved oppsigelse begrunnet i «virksomhetens (...) forhold» jf. aml. § 15-7. Han er heller ikke noe å *bebreide*. *Hensynet til arbeidstaker* tilsier da i seg selv at styringsretten ikke bør være videre enn den er ellers i det løpende avtaleforholdet

¹⁴⁷ Se bl.a. Prop.85 L (2014-2015) s. 7.

¹⁴⁸ Se ellers argumentasjonen under punkt 4.2.2.2.1 om hvorfor det er legitimt å vektlegge arbeidsgivers interesser fremfor arbeidstakers i disse tilfellene.

5.3.2.3 Endringen gjelder for en tidsbegrenset periode

At endringen var tidsbegrenset ble i RG-2010-488 trukket frem som enda et moment for at kjerneoppgavene kunne fratras arbeidstaker. I den konkrete saken ble det uttalt at det måtte få betydning at endringen kun gjaldt for den *gjenværende del* av oppsigelsestiden.

Generelt kan også det at oppsigelsestiden i seg selv er en tidsbegrenset periode muligens begrunne en viss utvidet endringsadgang for arbeidsgiver. Arbeidsforholdet er på vei til å bli avsluttet. Påleggelse av endringer som ikke er av varig karakter er også mindre inngripende for arbeidstaker. Dege argumenterer for at arbeidstakers forpliktelse til å finne seg i endringen er større desto kortere tidsrom forandringen gjøres for. Dette mener han bør gjelde «selv om arbeidsoppgavene er utvidet (...) i forhold til grunnpreget».¹⁴⁹

Ettersom arbeidsgiver også ofte har behov for å ansette og lære opp en ny i stillingen, kan det at endring for arbeidstaker kun får kortsiktig virkning tilsi at arbeidsgivers interesser bør vektlegges fremfor arbeidstakers.

5.3.2.4 Arbeidstakers stilling

At stillingens karakter vil kunne ha betydning for hvor tungtveiende arbeidsgivers interesser er, har vi allerede sett i kapittel 4. Som begrunnelse for at det må ha betydning for styringsretten hvorvidt arbeidstaker har en underordnet eller ledende stilling i virksomheten viser lagmannsretten i RG-2010-488 til at

*«For eierne og styret er det særlig viktig å ha tillit til **daglig leder**, noe som tilsier at styringsretten er mer omfattende overfor daglig leder enn overfor andre ansatte.»*

At det generelt må stilles strengere krav til tillit for personer i ledende stillinger er det også gitt uttrykk for i Investeringsrådverkjennelsen og forarbeidene til aml. § 15-16 (2).¹⁵⁰ De samme hensyn som begrunner at «virksomhetens øverste leder» skal kunne frasi seg stillingsvernet i forhåndsavtale kan anføres som begrunnelse for at arbeidsgiver må ha større fleksibilitet med hensyn til å endre en daglig leders arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden.¹⁵¹ Den særlige stilling daglig leder står i med hensyn til graden av tillit som kreves fra

¹⁴⁹ Dege, bind I 1995 s. 253.

¹⁵⁰ Ot.pr. nr. 101 (2001-2002) s. 6.

¹⁵¹ Se punkt 2.4.1.

virksomhetens side kommer også til uttrykk ved at terskelen for oppsigelse av ledere i prinsippet er lavere enn for andre arbeidstakere.¹⁵² At stillingsvernet er svakere for personer i ledende stillinger taler for at disse personene må godta forholdsvis vidtrekkende endringer i oppsigelsestiden.

At særlige hensyn gjør seg gjeldende for ledende stillinger kan også illustreres med Tønsberg byretts avgjørelse av 15. desember 1993.¹⁵³ Saken gjaldt direkte oppsigelse av direktør i et fergeselskap og hvorvidt denne var saklig. Retten uttaler på s. 1131 at

*«(...) også oppsagte ledere [har] etter loven krav på å sitte i stillingen i oppsigelsestiden, og som hovedregel også mens oppsigelsessak verserer for domstolene. For bedriften vil situasjonen imidlertid være at når man sier opp en direktør eller daglig leder, vil dette være fordi man ønsker å erstatte vedkommende. Det kan virke ødeleggende for bedriften dersom den oppsagte lederen blir sittende i stillingen (...) **Det stillingsvernet som loven gir vanlige arbeidstakere, har således ikke samme berettigelse for lederstillinger.**»*

5.3.2.5 Årsaken til at arbeidsgiver vil foreta endringene

Årsaken til at arbeidsgiver ønsker å foreta endringene legger lagmannsretten også vekt på i kjennelsen. Arbeidstaker skulle starte opp konkurrerende virksomhet. Retten uttaler at

*«Joramo hadde klart gitt uttrykk for at han – når han ikke fikk kjøpe selskapet – så det som eneste alternativ å si opp og starte noe nytt. Selv om dette forut for styremøtet 11. desember **ikke hadde materialisert seg i handlinger som var illojale** overfor selskapet og som derfor ville innebære mislighold av arbeidsavtalen, **hadde selskapet et åpenbart behov for å beskytte seg mot mulig illojal aktivitet i oppsigelsestiden.**»*

Det retten her gir uttrykk for er at arbeidsgiver må kunne endre arbeidsoppgavene som et *preventivt* tiltak ettersom arbeidstaker ved endringene enda ikke hadde foretatt seg noe illojalt.

Ut ifra et rettssikkerhetsperspektiv kan det diskuteres om dette er en heldig løsning. Det er svært inngripende å basere endringsønske på en mistanke om at arbeidstaker kommer til å foreta seg noe illojalt. Det lagmannsretten her argumenterer med ligner imidlertid mye på det

¹⁵² *Ibid* note 150. Se også Fougner m.fl. 2016 s. 268-269.

¹⁵³ RG-1994-1121.

ankeutvalget legger til grunn i Investeringsrådverkjennelsen. Som vi allerede har sett var det i saken nok at det forelå en *risiko* for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver at arbeidstaker oppholdt seg på arbeidsplassen. Dette kan tas til inntekt for at en slik *preventiv* tankegang også kan legges til grunn med hensyn til *endring* av arbeidsoppgavene.

5.3.3 Oppsummering og konklusjon

RG-2010-488 er et typisk tilfelle hvor de fleste hensynene taler for at arbeidsgiver *bør* få adgang til å endre arbeidsoppgavene i ganske stor utstrekning. Kjennelsen er et klassisk eksempel på et tilfelle hvor arbeidsgiver har en *meget stor* interesse i at arbeidstaker ikke får tilgang til konkurransesensitiv informasjon. To forhold må særlig trekkes frem. Arbeidstaker sa selv opp, og som vi nettopp har sett, svekkes derfor hensynet til å verne ham. I tillegg hadde han planer om å starte opp virksomhet i *direkte* konkurranse med arbeidsgiver.

Jeg vil ta til orde for at det er i disse tilfellene arbeidsgivers endringsadgang *bør* være videst. Arbeidsgiver *bør* ha mulighet til å endre utover stillingens grunnpreg i oppsigelsestiden dersom slike forhold foreligger, og hensynet til å ivareta virksomhetens interesser tilsier det. Jeg begrunner dette med at når arbeidstaker ikke lenger ønsker arbeid i virksomheten, *bør* han ikke vernes på bekostning av arbeidsgiver. Når det ikke lenger er like stor grunn til å verne om arbeidstakers interesser som den svake part i avtaleforholdet, faller hovedbegrunnelsen for at styringsretten må ha en grense bort. I et slikt tilfelle er det ingenting i veien for at endringsadgangen utvides. Dette gjelder *særlig* hvor arbeidstaker har en ledende stilling i virksomheten.

At arbeidstaker blir sagt opp med begrunnelse i virksomhetens forhold er på den annen side et tilfelle hvor arbeidsgiver ikke kan ha en utvidet endringskompetanse. Når det kun er forhold på arbeidsgivers side som medfører at arbeidstaker blir sagt opp, og han ikke er noe å bebreide, kan ikke hensynet til arbeidsgiver vektlegges på bekostning av stillingsvernet.

Oppsigelse fra arbeidsgivers side begrunnet i arbeidstakers forhold havner i en mellomstilling. I tråd med betraktningene i kapittel 4 i relasjon til fullstendig utestengelse fra arbeidsplassen, kan det argumenteres for at arbeidsgiver også i disse tilfellene *bør* ha en utvidet styringsrett hvor arbeidstaker har en ledende rolle i virksomheten. Som vi har sett vil stillingens karakter generelt ha stor betydning i vurderingen av om arbeidsgivers interesser er tungtveiende nok til å begrunne en vidtrekkende endring.

Etter dette har jeg kommet til at styringsretten ikke i oppsigelsestiden *generelt* bør være utvidet. At arbeidsgiver har et større behov for fleksibilitet i denne perioden er i seg selv ikke nok til å begrunne en utvidet endringsadgang. For visse tilfeller *bør* den imidlertid kunne utvides. Ettersom det må foretas en konkret vurdering av situasjonen og partenes interesser på hver side for å finne ut hvem som bør få gjennomslag, kan det ut ifra formålet med denne oppgavens ikke konkluderes med noe mer generelt utover dette.

6 De prosessuelle reglene – hvordan skal arbeidstaker sikre sitt eventuelle krav på arbeid?

6.1 Ved fullstendig utestengelse fra arbeidsplassen

Aml. § 15-11 (5) gir arbeidstaker rett til å kreve rettens kjennelse for gjeninntreden i stillingen i tilfeller hvor arbeidsgiver urettmessig har utestengt vedkommende fra arbeidsplassen.

Bestemmelsen gjelder ved brudd på arbeidstakers rett til å stå i stillingen under behandlingen av saken om oppsigelsens gyldighet, og altså kun for tidsrommet *etter* at oppsigelsesfristen er utløpt.¹⁵⁴

Arbeidstaker må for å kunne sikre retten til å fortsette i stillingen *i* oppsigelsestiden begjære midlertidig forføyning med krav om rett til gjeninntreden i arbeidet i tråd med reglene i tvisteloven kap. 34.¹⁵⁵ Saksøker må sannsynliggjøre både et «krav» og en «sikringsgrunn» for at begjæring om midlertidig forføyning skal tas til følge jf. tvl. § 34-2.

Kravet i tilfellene oppgaven omhandler vil være selve *retten til å arbeide i* oppsigelsestiden.¹⁵⁶ Sikringsgrunnen som må sannsynliggjøres er det at det videre arbeidsforholdet vil bli vanskeliggjort dersom arbeidstaker ikke lenger har tilgang til arbeidsplassen. Som tvl. § 34-1 bokstav b) uttrykker foreligger sikringsgrunn dersom det er «nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe». Hvorvidt begjæring skal tas til følge i det enkelte tilfellet avgjøres av retten etter en konkret vurdering. At en fortsettelse av arbeidsforholdet vil bli

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336.

¹⁵⁵ *Ibid* s. 337. Se også Rt. 2005 s. 993, Rt. 2005 s. 1017 og Rt. 2009 s. 1183. Som Fougner m.fl. 2016 s. 452 poengterer er denne lovtekniske løsningen med ulike fremgangsmåter ikke heldig ettersom arbeidstaker i de fleste tilfeller både vil begjære gjeninntreden for den resterende del av oppsigelsestiden, og for tiden frem til oppsigelsessaken er endelig avgjort.

¹⁵⁶ Se Investeringsrådgiverkjennelsen avsnitt 23.

vesentlig vanskeliggjort når arbeidstaker ikke står i stillingen i oppsigelsestiden, vil imidlertid i de fleste tilfeller være tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret om sikringsgrunn.

6.2 Ved endring av arbeidsoppgavene

På samme måte som ved fullstendig utestengelse kan arbeidstaker begjære midlertidig forføyning med krav om gjeninntreden i sine opprinnelige arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden. Han må da sannsynliggjøre at han har krav på dette jf. tvl. kap. 34 og over.

Aml. § 15-11 (5) gjelder etter ordlyden direkte den som urettmessig er «utestengt fra arbeidsplassen». I tilfeller hvor arbeidsgiver kun *endrer* arbeidsoppgavene, vil ikke arbeidstaker etter en naturlig språklig forståelse være «utestengt» fra selve arbeidsplassen. Spørsmålet er om det har vært lovgivers intensjon å ikke innbefatte endringstilfellene, eller om samme fremgangsmåte kan benyttes for å kreve sine opprinnelige arbeidsoppgaver tilbake i perioden hvor oppsigelsessaken verserer for domstolene.

Problemstillingen er ikke direkte berørt i forarbeidene. Det har i juridisk teori imidlertid blitt tatt til orde for at man ikke bør tolke uttrykket «utestengt fra arbeidsplassen» så bokstavelig som det umiddelbart fremstår, slik at også pretensjoner om overskridelse av styringsrettens grenser må håndheves på samme måte.¹⁵⁷ Samme synspunkt synes Høyesteretts kjæremålsutvalg å basere seg på i Rt. 2005 s. 1017. I avsnitt 19 fremgår det at

«Lagmannsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til anførselen om at bestemmelsen bare gjelder utestengning fra arbeidsplassen, ikke fra stillingen, en forståelse som tingretten synes å ha bygget på. Utvalget begrenser seg til å bemerke at denne forståelsen synes å harmonere mindre godt med lovens ordlyd, jf. uttrykksmåten «gjeninntre i stillingen», og med lovens forarbeider, se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) side 21-22.»

At samme fremgangsmåte bør kunne benyttes også i tilfeller hvor arbeidstaker ønsker å angripe en endringsbeslutning i perioden oppsigelsessaken verserer for domstolene, støttes også av prosessøkonomiske hensyn.

¹⁵⁷ Se f.eks. Dege, bind III 1997 s. 479.

7 Avsluttende bemerkninger

Som vi har sett har arbeidsgiver både adgang til å endre arbeidstakers arbeidsoppgaver, og til å frata ham dem fullstendig i oppsigelsestiden. Adgangen til fullstendig utestengelse fra arbeidsplassen er meget snever, og begrenset til tilfeller hvor det foreligger «særlig tungtveiende grunner» som kan begrunne fratreden.¹⁵⁸ Arbeidstakers oppholdelse på arbeidsplassen i oppsigelsestiden må kunne medføre en risiko for vidtrekkende skadevirkninger for arbeidsgiver. Dette er naturlig all den tid utgangspunktet om rett til arbeid i oppsigelsestid står sterkt i Norge som følge av arbeidsmiljølovgivningens vektlegging av å verne arbeidstaker

Arbeidsgivers endringsadgang bestemmes av den alminnelige styringsretten, og denne kan tradisjonelt ikke strekkes lenger enn stillingens grunnpreg. Som jeg har forsøkt å vise, mener jeg likevel at den *bør* kunne strekkes utover grunnpregets grense i noen særlige tilfeller i oppsigelsestiden. I tilfeller hvor skadepotensialet for virksomheten kan avhjelpest ved å endre arbeidstakers stilling i oppsigelsestiden, kan det argumenteres for at det bør være et krav om at arbeidsgiver benytter dette mindre inngripende virkemiddelet. Som nevnt uttales, og støttes dette av, uttalelsen i Investeringsrådgiiverkjennelsen om at det i vurderingen bl.a. skal «tas hensyn til om arbeidstakeren kan omplasseres».¹⁵⁹

Problemstillingen er *særlig* aktuell for arbeidstakere i ledende stillinger. Ettersom vernehensyn på arbeidstakers side i disse tilfellene ikke er like tungtveiende, er det generelt større rom for å vektlegge arbeidsgivers interesser fremfor arbeidstakers. For disse situasjonene må det imidlertid også påpekes at arbeidsgiver i medhold av aml. § 15-16 (2) kan sikre seg at arbeidstaker frasier seg stillingsvernet i forhåndsavtale, slik at arbeidsgiver kan komme unna de vanskelige vurderingene som må foretas etter unntaksregelen.

At tvist om arbeidsgivers adgang til å endre eller frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden sjelden kommer opp for domstolene, ser vi av den sparsommelige rettspraksisen som foreligger vedrørende spørsmålene. Sett bort ifra at mange saker i praksis trolig løses ved hjelp av forhåndsavtale eller sluttavtale mellom partene, slik at rettslig

¹⁵⁸ Se kjennelsens avsnitt 27.

¹⁵⁹ *Ibid.*

vurdering ikke kommer på spissen, er en rettslig prosess også svært ressurskrevende. Det kan være noe de aller færreste arbeidstakere har anledning til å begi seg ut på.

Aml. § 1-1 bokstav b) nevner «å sikre trygge ansettelsesforhold» som et av formålene med arbeidsmiljøloven. Dette gjenspeiler at arbeidsmiljølovgivningen gjennomgående søker å fremme forutberegnelighet, både i form av klarhet om sine rettigheter og trygghet for at rettigheter ikke vil bli truet.¹⁶⁰ Slik rettstilstanden i dag er finnes det et lovtomt «hull», og ikke mye forutberegnelighet for verken arbeidstaker eller arbeidsgiver. Det kan derfor stilles spørsmål ved om i hvert fall adgangen til å *frata* arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden bør lovfestes. Når det kommer til styringsretten har en lovfesting av denne vært vurdert, og ikke funnet å være hensiktsmessig eller nødvendig da normen likevel er så grunnleggende i norsk rett.¹⁶¹

Selv om norsk rett for fullstendig fratakelse av arbeidsoppgavene i dag har Investeringsrådverkjennelsen som prejudikat på området, er rekkevidden av unntaket på ingen måte avklart. Nesten ti år etter unntaket ble skapt foreligger det, meg bekjent, fortsatt bare fire kjennelser fra underrettspraksis. På den annen side er en *materiell* regel av typen kjennelsen oppstiller kanskje ikke egnet for lovfesting. Vurderingen vil nødvendigvis måtte bli svært konkret med stort innslag av skjønn.

En lovfesting av det *prosessuelle* er derimot mulig. Slik regelen praktiseres i dag må arbeidsgiver ikke kreve rettens kjennelse for at arbeidstaker skal måtte fratre i oppsigelsestiden. Som jeg har forsøkt å vise i punkt 4.1.4 er dette problematisk og uheldig ut ifra et rettsikkerhetsperspektiv. Jeg mener at arbeidsgiver *bør* måtte kreve rettens kjennelse for fratreden også i oppsigelsestiden, i samsvar med det som ellers er hovedregelen i arbeidsmiljøloven.

¹⁶⁰ Hotvedt 2012 s. 146.

¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 250.

Litteraturliste

Bøker

- Dege 1995 Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, Bind I, Minerva, (Oslo 1995).
- Dege 1997 Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, Bind II og III, Minerva, (Oslo 1997).
- Eckhoff 1997 Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 4. utgave ved Jan E. Helgesen, Tano Aschehoug, (Oslo 1997).
- Eriksen 2011 Eriksen, Bjørn, *Saksbehandlingsregler ved oppsigelse og avskjed*, Gyldendal (Oslo 2011).
- Fougner 2016 Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, (Oslo 2016).
- Fougner m.fl. 2016 Fougner, Jan m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Universitetsforlaget (Oslo 2016).
- Fanebust 2017 Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, Universitetsforlaget, (Oslo 2017).
- Skjønberg/Hognestad/Hotvedt 2017 Skjønberg, Alexander N., Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal juridisk, (Oslo 2017).
- Taraldrud 2018 Taraldrud, Karen Eg, *Oversikt over rettskildene*, 1. utgave, Cappelen Damm akademisk, (Oslo 2018).

Artikler

- Ulseth 2009 Ulseth, Therese S., «Rett til å utføre arbeid i

oppsigelsestiden – kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg 2. oktober 2009 (HR-2009-1883-U)», *Nytt i privatretten*, nr. 4 2009, s. 4-5.

Bender 2011

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

Hotvedt 2012

Hotvedt, Marianne J., «Utvikling eller brudd? Når diskrimineringsvern møter arbeidstakervern», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 6 2012, s. 141-186.

Hotvedt/Ulseth 2013

Hotvedt, Marianne J. og Therese S. Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett», *Arbeidsrett*, nr. 1 2013, s. 112-138.

Lovsregister

1814

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Noregs grunnlov (Grunnlova)

1915

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

1975

Lov 30. mai 1975 nr. 18 om sjømannslov (sjømannsloven)

1977

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

1983

Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)

2005

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

2005

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og

rettergang i sivile saker (tvisteloven)

2017

Lov 1. juli 2017 om statens ansatte mv.
(statsansatteloven)

Tariffavtaler

2014-2017

Hovedavtalen LO-NHO 2014-2017

Forarbeider

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

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp. nr. 101 (2001-2002)

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

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)

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

Dok.nr. 16 (2011-2012)

Dok.nr. 16 (2011-2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

Prop.85 L (2014-2015)

Prop.85 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og avtaleloven (konkurransbegrensende avtaler i arbeidsforhold).

Doms- og kjennelsesregister

Høyesterett

Rt-2000-1602 (NØKK)
Rt-2000-1958
Rt-2001-418 (Kårstø)
Rt-2004-1413
Rt-2005-993
Rt-2005-1017
Rt-2009-1183 (Investeringsrådgiverkjennelsen)
Rt-2009-1465 (Senvakt)
Rt-2011-841 (Undervisningsinspektør)
Rt-2012-219 (Helikopterpilot I)
HR-2016-2286-A (Rygge kommune)

Lagmannsrettene

RG-1996-202
LB-2009-106974
LB-2010-152755
LB-2010-160933
RG-2010-488
RG-2010-797

Tingrettene

RG-1991-1106
RG-1994-1121

TOBYF-2010-188020

Follo tingretts kjennelse av 05.12.2014