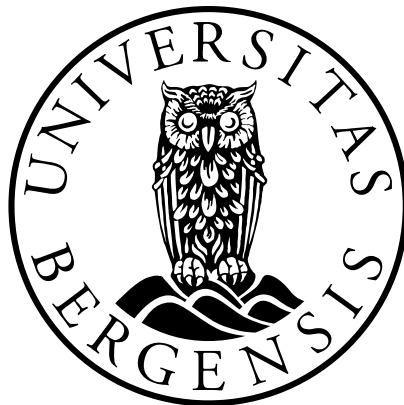


Arbeidsgivers adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden

Kandidatnummer: 104

Antall ord: 14 637



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

08.06.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning	3
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 Avgrensninger og begrepsbruk.....	4
1.3 Metodiske utfordringer og rettskildebildet	5
1.4 Fremstillingen videre	7
2 Rettslige utgangspunkter	8
2.1 Opphør av arbeidsforhold.....	8
2.1.1 Oppsigelse og stillingsvern	8
2.1.2 Hovedregler om oppsigelsestid	8
2.1.3 Avskjed.....	9
2.2 Arbeidstakers rett til å stå i stilling etter aml. § 15-11 og arbeidsgivers adgang til å begjære fratreden.....	10
2.2.1 Hovedregelen etter aml. § 15-11	10
2.2.2 Unntak – arbeidsgivers krav om fratreden	11
3 Hovedregelen – arbeidstaker har både rett og plikt til å arbeide i oppsigelsestiden	12
3.1 Rett til arbeid	12
3.2 Hensyn bak hovedregelen – hvorfor rett til arbeid i oppsigelsestiden?.....	13
4 Unntak fra hovedregelen – arbeidsgivers adgang til å pålegge arbeidstakers fratreden i oppsigelsestiden	15
4.1 Rettslig grunnlag for unntaket – Rt. 2009 s. 1183 <i>Investeringsrådgiverkjennelsen</i> ..	15
4.2 Kommentar til Høyesteretts rettskildebruk.....	17
4.2.1 Butikkdesign-kjennelsen RG 1996 s. 202	18
4.3 Unntaketts generelle innhold – vilkår og vurderingstema for at unntaket skal komme til anvendelse.....	20
4.3.1 Retten må finne det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes	20

4.3.2	Det må i tillegg foreligge «særlig tungtveiende grunner» - hvilken terskel kreves for å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden?.....	22
5	Nærmere om «særlig tungtveiende grunner»	24
5.1	Forhold på arbeidstakers side	24
5.1.1	Risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver ved at arbeidstaker utfører arbeid i oppsigelsestiden	25
5.1.2	Andre relevante momenter herunder betydningen av stillingsnivå.....	28
5.1.3	Avskjedslignende tilfeller?.....	31
5.1.4	Betydningen av at arbeidstaker selv har sagt opp	32
5.2	Oppsigelse fra arbeidsgiver på grunn av virksomhetens forhold	34
5.2.1	Har arbeidsgiver adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre i slike tilfeller?.....	34
5.2.2	Særlig om hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet.....	35
5.3	Oppsummering – «særlig tungtveiende grunner»	37
6	Andre muligheter arbeidsgiver har for å ensidig frabe seg arbeidsytelsen i oppsigelsestiden	39
6.1	Avtale om fratreden i oppsigelsestiden	39
6.2	Suspensjon i oppsigelsestiden	41
6.3	Permittering i oppsigelsestiden.....	42
7	Kort om prosessuelle regler – hvordan kan arbeidstaker sikre sitt eventuelle krav på arbeid i oppsigelsestiden?	46
8	Avsluttende bemerkninger	49
9	Litteraturliste.....	51
9.1	Lover.....	51
9.2	Tariffavtale	52
9.3	Forarbeider.....	52
9.4	Rettspraksis.....	53
9.5	Juridisk litteratur.....	54

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Avhandlingen vil ta for seg arbeidsgivers adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden. Problemstillingen er hva som er rettstilstanden i de tilfeller arbeidsgiver ikke vil at arbeidstaker utfører arbeid i oppsigelsestiden.

Før eller siden vil et arbeidsforhold opphøre. Dette ligger nærmest i sakens natur. De fleste arbeidsforhold følger hovedregelen om at et arbeidsforhold må bringes til opphør ved enten *oppsigelse* eller *avskjed*.¹ Et grunnleggende utgangspunkt når opphøret skjer ved oppsigelse er at partenes rettigheter og plikter består inntil oppsigelsestiden er omme.² Sett fra et arbeidsgiverperspektiv, kan det likevel i enkelte oppsigelsessituasjoner være et særlig behov for å fratre seg arbeidstakers arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver hevder eksempelvis at arbeidstaker vil skade virksomheten dersom hun arbeider i oppsigelsestiden, eller at hun er en trussel for bedriftens kunder. I andre tilfeller kan virksomheten stå ovenfor situasjoner, som gjør at det ikke finnes arbeidsoppgaver å tilby i oppsigelsestiden. I det praktiske arbeidsliv har arbeidsgiver gjerne løst de nevnte situasjonene ved at arbeidstaker pålegges å fratre umiddelbart i oppsigelsestiden mot at lønn fortsatt utbetales.³

For en del arbeidstakere vil det være uproblematisk å fratre i oppsigelsestiden mot at man får lønn.⁴ Dette er imidlertid ikke en ideell løsning for enhver. Det kan oppleves som inngripende for enkelte arbeidstaker å måtte fratre, da en umiddelbar fratreden kan gi omverdenen et inntrykk av at man har blitt avskjediget.⁵ Samtidig mister kanskje arbeidstaker muligheten til å vedlikeholde og praktisere sine ferdigheter.

Spørsmålet om arbeidsgiver har en adgang til å pålegge fratreden er ikke regulert i arbeidsmiljøloven.⁶ Domstolene har heller ikke behandlet spørsmålet ofte, og Høyesterett har kun behandlet spørsmålet én gang. Dette var i Rt. 2009 s. 1183 (heretter *Investeringsrådgiverkjennelsen* eller *2009-unntaket*). I denne avgjørelsen åpnet Høyesteretts ankeutvalg for en *generell*

¹ Fanebust (2017) s. 19 og se kapittel 3.

² Ibid. s. 461. se også kapittel 2.1.2.

³ Dette var faktum i bl.a. Rt. 2009 s. 1183.

⁴ Skarning m.fl. (2019) s. 188.

⁵ Fanebust (2017) s. 48.

⁶ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.).

unntaksregel om at arbeidsgiver har adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden, dersom det foreligger «særlig tungtveiende grunner» som taler for det.⁷ Hva som konkret ligger i dette vilkåret, gikk ankeutvalget ikke nærmere inn på.

Elleve år etter at kjennelsen ble avsagt er det ikke kommet noen nye avgjørelser fra Høyesterett, som utbroderer det ulovfestede unntaket nærmere.⁸ Selv om noen få kjennelser fra underrettene har fulgt opp *Investeringsrådgiiverkjennelsen*, er det skjønsmessige innholdet av unntaket fortsatt uklart. Avhandlingen vil ta sikte på å gi et bidrag til hvilke forhold og momenter som kan være relevante i et forsøk på å utbrodere det ulovfestede unntaket nærmere. Det vil også undersøkes hvilke andre muligheter arbeidsgiver har til å ensidig frabe seg arbeidsytelsen i oppsigelsestiden ut over *2009-unntaket*.

1.2 Avgrensninger og begrepsbruk

Hovedfokuset i avhandling vil være på rettsstilstanden ved fratreden i oppsigelsestiden. En viktig avgrensning er derfor mot situasjoner der arbeidsgiver begjærer arbeidstakers fratreden *under* en oppsigelsestvist etter arbeidsmiljøloven § 15-11 andre ledd andre punktum. Adgangen til å begjære fratreden etter denne bestemmelsen gjelder kun for perioden *etter* oppsigelsestiden. Bestemmelsen vil likevel være relevant, og avhandlingen vil trekke på rettskildematerialet rundt §15-11. Bakgrunnen for dette forklares i kapittel 1.3.

Det avgrenses videre mot adgangen til å frata arbeidstaker arbeidsytelsen i det løpende arbeidsforholdet. Av den grunn vil reglene om *permittering* og *suspensjon* i utgangspunktet ikke behandles. Imidlertid har det i rettspraksis og juridisk teori blitt diskutert om disse reglementene kan anvendes i oppsigelsestiden, med den konsekvens at arbeidsgiver kan frabe seg arbeidstakers arbeidsytelse. Dette vil drøftes nærmere i kapittel 6.

Omfanget av arbeidsgivers styringsrett kan også bli aktuelt i oppsigelsestiden. Et alternativ til fullstendig fratreden er arbeidsgivers adgang til å endre eller frata arbeidstaker noen av arbeidsoppgavene. Jeg har imidlertid valgt å konsentrere avhandlingen om de tilfeller der arbeidsgiver pålegger den oppsagte å fratre *fullstendig* i oppsigelsestiden.

⁷ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27.

⁸ Siste Lovdata søk 04.06.20.

Avhandlingen fokuserer videre på de rene arbeidsgiver/arbeidstakerforhold, som reguleres av arbeidsmiljøloven.⁹ Det avgrenses således mot arbeidsforhold som reguleres av annen særlov-givning, som opplæringsloven, statsansatteloven og skipsarbeidsloven.¹⁰

Når det gjelder begrepsbruken, har ikke den situasjonen der arbeidstaker ikke får utføre arbeid i oppsigelsestiden, men mottar lønn, et fast begrep i norsk rett. Rettspraksis og juridisk teori omtaler situasjonen som fratakelse av arbeidsoppgaver, pålegg om fratreden, frabe seg arbeidsytelsen, nekte å motta arbeidsytelsen eller arbeidsfritak. Avhandlingen skal ikke lansere et nytt begrep, og vil bruke alle de nevnte begrepene. For å lette leservennligheten vil sisteledet «i oppsigelsestiden» ofte sløyfes. Det vil likevel fremgå tydelig dersom det siktes til fratreden *etter* oppsigelsestiden.¹¹ Begrepet «oppsigelsestid» blir her likestilt med «oppsigelsesfrist» etter aml. § 15-3.¹²

1.3 Metodiske utfordringer og rettskildebildet

Avhandlingen tar utgangspunkt i en rettsdogmatisk analyse, der formålet er å redegjøre for hva som er gjeldende rett. Spørsmålet om arbeidsgiver har adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden er som nevnt ikke lovregulert. Dette reiser noen metodiske utfordringer som må forklares nærmere.

Det nærmeste man kommer en lovregulering av problemstillingen, er nevnte § 15-11 andre ledd andre punktum i arbeidsmiljøloven. Høyesterett har som nevnt lagt til grunn at vurderingstemaet i bestemmelsen får betydning for arbeidsgivers adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden.¹³ Bestemmelsen og dens omkringliggende rettskilder er følgelig relevante for avhandlingen. Jeg vil imidlertid ikke anvende bestemmelsen eller andre tilknyttede rettskilder analogisk, men heller forsøke å overføre de vurderingstema og momenter som må vurderes etter § 15-11 andre ledd andre punktum til drøftelsen av avhandlingens problemstilling.

⁹ Ettersom avhandlingen i hovedsak anvender bestemmelser fra arbeidsmiljøloven, vil det ikke alltid gis lovhenvisning før en lovbestemmelse, med mindre det gjelder andre lover enn arbeidsmiljøloven.

¹⁰ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregående opplæringa (opplæringslova – oppl.), Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven), Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven).

¹¹ Aml. § 15-11 andre ledd andre punktum.

¹² Se kap. 2.1.2.

¹³ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27.

Når det gjelder den konkrete rettskilden, vil forarbeidene til både dagens arbeidsmiljølov fra 2005, og den opphevede arbeidsmiljøloven av 1977, kunne gi viktige bidrag.¹⁴ Sistnevnte er relevant fordi bestemmelsen i aml. § 15-11 andre ledd er en videreføring av § 61 nr. 4 fra 1977-loven. Dagens arbeidsmiljølov tok ikke sikte på noen realitetsendring.¹⁵

Rettspraksis er også en relevant rettskilde. Utfordringen er at *Investeringsrådgiwerkjennelsen* er den eneste avgjørelsen fra Høyesterett som direkte har behandlet problemstillingen. Høyesterett utbroderte heller ikke vurderingstemaet for unntaket særlig inngående. Konkrete slutninger om i hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å pålegge fratreden, er derfor utfordrende å foreta ut ifra kjennelsen.

En annen metodisk utfordring tilknyttet *Investeringsrådgiwerkjennelsen* er hvilken prejudikatsverdi kjennelsen egentlig har. Prejudikatsverdien og vekten av kjennelsen beror på hvilket nivå innenfor Høyesterett som har truffet avgjørelsen.¹⁶ *Investeringsrådgiwerkjennelsen* ble avsagt av Høyesteretts ankeutvalg. Videre er spørsmålet om ankeutvalget var siste instans eller om kjennelsen kunne ankes videre til Høyesterett i avdeling. Av tvisteloven § 30-1(2) fremgår det at «... anke over kjennelser avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg».¹⁷ Ankeutvalgets avgjørelser har imidlertid lav prejudikatsverdi, og som følge av dette angir domstolloven § 5 første ledd jf. § 6 første ledd, at slike saker «kan» overføres til behandling i avdeling med fem dommere.¹⁸ Avgjørelsen av dette «treffes før» saken bringes inn for ankeutvalget jf. dl. § 6 første ledd. Ankeutvalget blir likevel siste instans dersom saken allerede er behandlet, og det er avsagt en rettskraftig kjennelse. Investeringsrådgiwerkveren ble ikke overført til avdeling og er således et prejudikat for at arbeidsgiver i visse situasjoner kan pålegge arbeidstaker å fratrukke seg i oppsigelsestiden. Det må likevel spørres hva som er den reelle prejudikatsverdien av kjennelsen, og dette drøftes i kapittel 4.2.

Da praksis fra Høyesterett er begrenset på dette temaet, er spørsmålet om underrettspraksis kan gi noe bidrag til den juridiske analysen. Det er imidlertid sparsomt med underrettsavgjørelser som direkte berører problemstillingen.¹⁹ I tillegg fastsetter Grunnloven § 88 at det er

¹⁴ Lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidsvern og arbeidsmiljø mv. (arbeidsmiljøloven – aml. opphevet). Se Nygaard (2004) s. 108 «bidrag».

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238.

¹⁶ Skoghøy (2019) s. 678.

¹⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.).

¹⁸ Lov 13. august 1915 nr.5 om domstolene (domstolloven – dl.), se Skoghøy (2018) s. 146.

¹⁹ Se f.eks. LB-2010-152755 (Borgarting) LB-2010-160933 (Borgarting), TOBYF-2010-188020 (Oslo byfogdembete), LB-2018-161055, LG-2019-107689 (Gulating).

Høyesterett som «dømmer i siste instans». Det er således kun Høyesteretts avgjørelser som er prejudikater og rettslig bindende.²⁰ Underrettspraksis er ikke autorativt legitimert, og kan ikke få større vekt enn argumentasjonsverdien som ligger bak avgjørelsen, med mindre praksisen gir uttrykk for en fast praksis eller rettsoppfatning.²¹

Avhandlingen vil likevel vise til underrettspraksis, da den vil kunne illustrere hva som synes å være gjeldende rett, og belyse hvilke momenter domstolene vektlegger. Underrettspraksis kan også ha relevans i den grad avgjørelsene ofte belyser et konkret rettsspørsmål.²²

Ettersom rettskildebildet er nokså begrenset, vil reelle hensyn – og særlig rimelighetshensyn – også være av betydning.

1.4 Fremstillingen videre

Avhandlingen starter i kapittel 2 med en kort redegjørelse av rettslige utgangspunkteter, som er relevante for problemstillingen. I kapittel 3 vil det redegjøres kort for hovedregelen om arbeid i oppsigelsestiden. Formålet med disse kapitlene er å gi et overblikk over det rettslige landskapet som problemstillingen befinner seg i.

I kapittel 4, og i de påfølgende kapitlene, drøftes det om det er mulig å gjøre unntak fra hovedregelen. Arbeidsgivers adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden etter *2009-unntaket*, er tema fra kapittel 4 og utover. Dette er avhandlingens tyngdepunkt. I kapittel 6 vil det undersøkes hvilke andre muligheter arbeidsgiver har til å frabe seg arbeidsytelsen ut over *2009-unntaket*.

Kapittel 7 omhandler noen prosessuelle spørsmål av relevans. Selv om avhandlingen tar sikte på å avklare det materielle innholdet i arbeidsgivers adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden, er det også hensiktsmessig å kort redegjøre for hvordan arbeidstaker kan sikre sitt krav på arbeid. I kapittel 8 vil det gis noen avsluttende bemerkninger.

²⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven – Grl.).

²¹ Nygaard (2004) s. 204.

²² Skoghøy (2018) s. 227.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Opphør av arbeidsforhold

2.1.1 Oppsigelse og stillingsvern

Spørsmålet om arbeidsgiver har adgang til å pålegge en arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden, forutsetter at arbeidsgiver har sagt opp arbeidstaker etter aml. § 15-7. Bestemmelsens første ledd slår fast «(a)rbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». Dette innebærer at arbeidsgiver må ha saklig grunn for å si opp arbeidstaker, og kan ikke begrunne oppsigelsen i utenforliggende hensyn.²³ Hva som oppfyller saklighetskravet vil variere over tid, ettersom dette er en rettslig standard.²⁴ Kravet om saklig grunn er også et uttrykk for et sentralt verdihensyn bak arbeidsmiljøloven, nemlig arbeidstakers stillingsvern.²⁵ Stillingsvernet er så fundamentalt i norsk arbeidsrett at det er inntatt i arbeidsmiljølovens formålsparagraf § 1-1, som angir at loven «skal sikre trygge ansettelsesforhold».²⁶

2.1.2 Hovedregler om oppsigelsestid

Når et arbeidsforhold er brakt til opphør ved en gyldig oppsigelse, vil en oppsigelsestid begynne å løpe før arbeidstaker faktisk må fratre arbeidsforholdet, jf. aml. § 15-3. Oppsigelsestiden er altså tidsperioden mellom arbeidsavtalen sies opp og utløpet av oppsigelsesperioden. Norsk rett operer videre med en lovfestet hovedregel om en «gjensidig oppsigelsesfrist på én måned», med mindre partene har avtalt eller fastsatt noe annet i tariffavtale jf. §15-3,

Hensynet bak regelen om en gjensidig oppsigelsestid er at arbeidsgiver og arbeidstaker skal få noe tid til å omstille seg før arbeidstaker må fratre.²⁷ I denne overgangsperioden har arbeidsgiver ofte behov for å gjennomføre en ansettelsesprosess for å finne en ny person å ansette i stillingen. Arbeidstaker vil på sin side, ha behov for å finne nytt arbeid og inntekt. At omstillingstid er et viktig hensyn, begrunnes med at arbeidskontrakter i norsk rett som hovedregel er

²³ Skjønberg mfl. (2017) s. 416.

²⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

²⁵ Fougner (2019) s. 13. Se også Fougner mfl. (2016) s. 26 hvor det fremheves at stillingsvernet i norsk rett står sterkt i en internasjonal sammenheng.

²⁶ Aml. § 1-1 bokstav b.

²⁷ Fanebust (2017) s. 47.

faste og tidsbestemte.²⁸ Det er likevel først og fremst arbeidstakers behov for å forberede seg på avvikling etter at oppsigelsen er gitt, som begrunner lovens oppsigelsestid.²⁹

Som pekt på innledningsvis er det ikke alltid lovens regler om en gjensidig oppsigelsestid er en fordel for begge parter. Den ene kontraktspartens behov for en avviklingsperiode kan komme i konflikt med den andre partens behov for en rask avslutning av arbeidsforholdet. Det er under slike motsetninger at reglene om oppsigelsestid forsøker å ta hensyn til. Arbeidsmiljøloven § 15-3 er imidlertid taus om hva oppsigelsestiden reelt sett innebærer for partene. Dette vil behandles nærmere i kapittel 3.

2.1.3 Avskjed

Et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp er at kontrahenten kan heve avtalen dersom medkontrahenten har gjort seg skyldig i vesentlig mislighold. Det samme gjelder i arbeidsretten, men her omtales heving av arbeidskontrakten som avskjed.³⁰ Rettsvirkningen av avskjed skiller seg fra ordinær oppsigelse ved at begge parters rettigheter og forpliktelser opphører umiddelbart.³¹ Dette innebærer at arbeidsforholdet opphører uten noen oppsigelsestid. Avskjed faller dermed ikke direkte inn under avhandlingens tema. Avskjedsinstituttet vil likevel ha betydning, da et spørsmål jeg skal drøfte senere, er om avskjedslignende handlinger er et tungtveiende moment for at «særlig tungtveiende grunner» kan anses å foreligge.³² Det er således relevant å gi en kortfattet redegjørelse for avskjedsinstituttet nedenfor.

Det følger av § 15-14 første ledd at «(a)rbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden dersom denne har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. En ordlydsfortolkning av begge uttrykk tilsier at avskjed er en strengere opphørsform sammenlignet med en oppsigelse, der det må foreligge «saklig grunn». «Grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold» taler samtidig for at arbeidstakers mislighold av sine plikter må være av en mer graverende karakter, slik at arbeidsgiver har en beskyttelsesverdig interesse i at arbeidstaker fratrer stillingen raskt.³³

²⁸ Fougner (2019) s. 911 og § 14-9 (1).

²⁹ Ibid.

³⁰ Aml. § 15-14 og Skjønberg m.fl. (2017) s. 465.

³¹ Aml. § 15-14.

³² Se kapittel 5.1.3.

³³ Storeng m.fl. (2016) s. 500.

2.2 Arbeidstakers rett til å stå i stilling etter aml. § 15-11 og arbeidsgivers adgang til å begjære fratreden

Arbeidsmiljøloven § 15-11 faller også utenfor avhandlingens tema, da den som vist gjelder for tidsperioden *etter* at oppsigelsestiden er utløpt, og frem til tvisten er rettskraftig avgjort. Bestemmelsen utgjør likevel et relevant utgangspunkt, da vi senere skal se at Høyesterett har lagt til grunn at vurderingstemaet etter §15-11 andre ledd andre punktum, også må legges til grunn for vurderingen av arbeidsgivers adgang til å frata arbeidstaker arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden.

2.2.1 Hovedregelen etter aml. § 15-11

Dersom arbeidstaker er lovlig oppsagt, er utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven § 15-11 første ledd at arbeidstaker «... kan fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter § 17-3.» Det samme vil gjelde dersom oppsigelsestvisten er til behandling for domstolene jf. § 15 -11 andre ledd.³⁴ Ordlyden angir ikke hva som ligger i fortsettelsesretten. Ifølge rettspraksis er imidlertid utgangspunktet at arbeidstaker har rett til å fortsette i samme stilling som hun hadde før oppsigelsen.³⁵ Dette innebærer at partenes «gjensidige rettigheter og plikter består så lenge behandlingen av oppsigelsessaken pågår».³⁶ Arbeidsgiver er med andre ord pliktig til å la arbeidstaker utføre arbeid i denne perioden, forutsatt at vilkårene er oppfylt. For at fortsettelsesretten skal bli aktuell må arbeidstaker ha nedlagt påstand, og gått til søksmål om usaklig oppsigelse. Regelen må således ses i sammenheng med § 15-12, som slår fast at usaklige oppsigelser skal kjønes ugyldig. Rettsvirkningen av at oppsigelsen kjønes ugyldig er at arbeidsforholdet opprettholdes. Retten til å stå i stilling er dermed en sentral del av stillingsvernet.³⁷

Regelen representerte en nydannelse ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven av 1977, og er blitt videreført i dagens arbeidsmiljølov av 2005.³⁸ Ifølge forarbeidene bygger regelen på to hovedhensyn.³⁹ For det første skal regelen sørge for kontinuitet i arbeidsforholdet. Det kan bli krevende for arbeidstaker å komme tilbake i arbeidet dersom en oppsigelse blir kjent

³⁴ Ibid. (2016) s. 606.

³⁵ Rt. 2009 s. 179.

³⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336.

³⁷ Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 4 til aml. § 15-11.

³⁸ NOU 2004:5 s. 322 og Ot.prp.nr.24 (2005-2006) s. 5.

³⁹ Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s. 21-22 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 336.

ugyldig, og arbeidstaker har fratrudd sin stilling.⁴⁰ Gjeninntreden har i praksis vist seg å være vanskelig dersom arbeidstaker ikke har fått stå i stillingen – og blir utestengt fra arbeidsplassen – i tidsperioden saken verserer for domstolene.⁴¹

Det andre hensynet er å verne om arbeidstakers inntekt.⁴² Retten til å fortsette i stillingen sikrer nemlig oppsagte arbeidstaker inntekt, slik at hun slipper å lete etter nytt arbeid når det fremdeles er usikkert om hun vil miste sin nåværende stilling.⁴³

2.2.2 Unntak – arbeidsgivers krav om fratreden

Fortsettelsesretten etter § 15-11 er ikke absolutt. Noen ganger kan det være svært belastende for arbeidsgiver å ha en ansatt stående i stilling.⁴⁴ Det kan nemlig gå lang tid før en oppsigelsestvist er rettskraftig avgjort, og da kan det være utfordrende å ha en ansatt, som oppfattes å ikke fungere, stående i stillingen langt utover den avtalte oppsigelsestiden. Lovgiver har tatt hensyn til dette, og oppstilt et unntak fra retten til å stå i stilling ved at retten kan avsi kjennelse for fratreden dersom arbeidsgiver begjærer det jf. § 15-11 andre ledd andre punktum.⁴⁵ Vilkåret som retten må ta stilling ved avgjørelsen om arbeidsgiver skal få medhold, er at retten finner det «urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling».⁴⁶ Det nærmere innholdet i urimelighetsvurderingen vil behandles i kapittel 4.3.1. Rettsvirkningen av at arbeidsgiver får medhold i en fratredelsesbegjæring er at arbeidstaker mister retten til å fortsette i stillingen, og retten til å motta lønnsytelser.⁴⁷

⁴⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Skarning (2019) s. 189.

⁴⁵ At avgjørelsen skal avgjøres i form av en kjennelse fremgår ikke lengre av ordlyden, men er fremholdt i forarbeidene Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235 s. 336.

⁴⁶ aml. § 15-11 andre ledd andre punktum.

⁴⁷ Storeng m.fl. (2016) s. 459.

3 Hovedregelen – arbeidstaker har både rett og plikt til å arbeide i oppsigelsestiden

I dette kapitlet skal det gis en kort redegjørelse for hovedregelen når det gjelder arbeidstakers rett til å arbeide i oppsigelsestiden, samt hvilke hensyn som ligger bak. Hvorvidt arbeidsgiver kan benytte seg av et unntak fra hovedregelen, og i tilfelle når, er tema fra kapittel 4 og utover.

3.1 Rett til arbeid

Som vi har sett i kapittel 2.1.2 fastsetter arbeidsmiljøloven §15-3 at partene har en gjensidig oppsigelsestid, og at arbeidsforholdet ikke opphører før den tiden er utløpt. Imidlertid er bestemmelse taus om hva som er partenes rettigheter og plikter i oppsigelsestiden.

Et naturlig utgangspunkt er likevel at den individuelle arbeidsavtalen fortsatt løper frem til oppsigelsestiden utløper. Dette innebærer at norsk rett operer med et alminnelig utgangspunkt om at partenes rettigheter og plikter overfor hverandre i utgangpunktet må oppfylles.⁴⁸ For arbeidstaker innebærer dette en plikt til å levere arbeidsytelsen i oppsigelsestiden. Utgangspunktet innebærer også at arbeidstaker har rett til å utføre de arbeidsoppgaver hun har etter arbeidsavtalen. Arbeidsgiver plikter på sin side å betale lønn, samt motta arbeidsytelsen.⁴⁹ Av disse grunner må man kunne si at hovedregelen sitt rettslige grunnlag springer ut fra den individuelle arbeidsavtalen.

Selv om hovedregelen ikke kan leses direkte ut av § 15-3, tilsier også lovens to-sporede system for opphør av arbeidsforhold, at lovgiver indirekte har ment at partenes rettigheter og plikter består i oppsigelsestiden. Det at arbeidsavtalen opphører umiddelbart ved avskjed, jfr. § 15-14, i motsetning til hva som er tilfelle ved en ordinær oppsigelse etter §15-7, forutsetter at visse rettigheter og plikter består etter oppsigelsestidspunktet.

Hovedregelen slås også fast i *Investeringsrådgiiverkjennelsen*. Kjennelsen behandles nærmere i kapittel 4. Dens relevans i denne sammenheng er at ankeutvalget uttalte at det klare utgangspunktet er at «en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men

⁴⁸ Skjønberg m.fl. (2017) s. 461.

⁴⁹ Ibid.

også å utføre arbeid i oppsigelsestiden».⁵⁰ Høyesteretts bemerket også at lønnskrevet er absolutt i oppsigelsestiden uavhengig av hvem av partene som har brakt arbeidsavtalen til opphør.
51

3.2 Hensyn bak hovedregelen – hvorfor rett til arbeid i oppsigelsestiden?

Rettskildene viser at hovedregelen i norsk rett er at arbeidstaker har en rett og plikt til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Et slikt utgangspunkt har imidlertid ikke alltid blitt oppfattet som opplagt i rettspraksis og teori.⁵² I Rt. 1979 s.770 uttalte Høyesterett at «En arbeidstaker antas ikke å ha noe alminnelig krav på å få utføre arbeid i oppsigelsestiden».⁵³ Et slikt syn kan nok begrunnes med at hensynet til arbeidstakers velferd og økonomi ikke er like tungtveiende hvis arbeidstaker uansett mottar lønn. Det er nå avklart at lønnskrevet er absolutt i oppsigelsestiden.⁵⁴

Hensynet til arbeidets *egenverdi*, eller den *ideelle verdien* av å være i arbeid, må derimot sies å gjøre seg gjeldende. I forarbeidene er det presisert at det for mange ligger en selvstendig verdi i det å utføre arbeid.⁵⁵ Videre understrekes det at arbeidets egenverdi består i det å faktisk utføre noe, og at det har en verdi i seg selv utenfor det rent inntektsmessige.⁵⁶ Dette synspunktet støttes også av rettspraksis.⁵⁷

Videre kan det spørres om hensynet til kontinuitet i arbeidsforhold, som begrunner retten til å stå i stilling også *utover* oppsigelsestiden jf. aml. § 15-11, får betydning her.⁵⁸ Kontinuitets-hensynet skal som vist gjøre det praktisk mulig for arbeidstaker å fastholde stillingen dersom oppsigelsen blir kjent ugyldig.⁵⁹ Men ettersom retten til å arbeide i oppsigelsestiden ikke avhenger av om det foreligger en oppsigelsestvist, kan ikke hensynet til kontinuitet sies å være like aktuelt. Arbeidstaker godtar kanskje å slutte etter endt oppsigelsestid, men krever likevel å få utføre arbeid frem til utløpet av oppsigelsestiden. Arbeidsforholdet er da under avvikling.

⁵⁰ Rt. 2009 s. 1183 premiss 25, se også LB-2009-106974 (Borgarting) hvor lagmannsretten uttalte: «Det selv-sagte utgangspunktet er at en oppsagt arbeidstaker har rett til å stå i sin stilling i oppsigelsestiden».

⁵¹ Rt. 2009 s. 1183 premiss 26.

⁵² Fanebust (2017) s. 334.

⁵³ Rt. 1979-770 s. 799.

⁵⁴ Rt. 2009 s. 1183 premiss 25.

⁵⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 235.

⁵⁶ NOU 2005:4 s.141.

⁵⁷ Rt. 2012 s. 219 premiss 70.

⁵⁸ Se kapittel 2.2.1.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 237-238.

Gjennomgangen av hensynene støtter hovedregelen om at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Selv om kontinuitets- og økonomihensyn ikke er like aktuelle som etter § 15-11, vil hensynet til arbeidets *egenverdi* vært et sentralt hensyn for å begrunne retten til arbeid i oppsigelsestiden. Dette er noe både forarbeidene og rettspraksis beviser. Det skal altså mye til for at arbeidsgiver skal ha adgang til å frata arbeidstaker retten til arbeid i oppsigelsestiden, særlig med tanke på at arbeidsavtalen og arbeidsforholdet fortsatt løper.

4 Unntak fra hovedregelen – arbeidsgivers adgang til å pålegge arbeidstakers fratreden i oppsigelsestiden

Hovedregelen i norsk rett ligger altså fast; arbeidstaker har både rett til å utføre arbeid og motta lønn i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver plikter på sin side å motta arbeidsytelsen i oppsigelsestiden. I enkelte oppsigelsestilfeller kan arbeidsgiver, som nevnt, ha et særskilt behov for å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden. Spørsmålet om arbeidsgiver har en slik adgang – det vil si om det foreligger et unntak fra hovedregelen – er tema for dette kapitlet.

Den helt sentrale avgjørelsen på området er som nevnt *Investeringsrådgiverkjennelsen*. Her oppstilte som nevnt Høyesteretts ankeutvalg et unntak fra hovedregelen. Kjennelsen er videre et prejudikat for at arbeidsgiver i visse tilfeller har adgang til å pålegge en oppsagt arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden.

Formålet i dette kapitlet er å identifisere vilkår og vurderingstema som kan bidra til å fastlegge unntaketets *generelle* innhold. Det er også gode grunner til å stille spørsmål ved Høyesteretts rettskildebruk i kjennelsen, og dette behandles i 4.2 før det gis en generell fremstilling av unntaket i kapittel 4.3.1. I kapittel 5 er spørsmålet hva som kan sies å utgjøre «særlige tungtveiende grunner». Dette inngår i vurderingen av hvorvidt arbeidsgiver kan anvende unntaket *konkret*. Fokuset i kapittel 5 vil derfor vris fra det generelle til det spesielle ved å undersøke hva som konkret ligger i tilleggsvilkåret «særlig tungtveiende grunner».

4.1 Rettslig grunnlag for unntaket – Rt. 2009 s. 1183 *Investeringsrådgiverkjennelsen*

Sakens faktum gjaldt en oppsagt arbeidstaker som hadde en stilling som investeringsrådgiver. Rådgiveren var i tillegg ansatt som en av fem partnere i selskapet. Investeringsrådgiveren var ikke daglig leder. Oppsigelsen var begrunnet i at selskapet og dets investorer hadde mistet tilliten til rådgiveren. Den manglende tilliten skyldtes spesielt arbeidstakers oppfølging av to porteføljebedrifter der utviklingen ikke gikk som forventet.⁶⁰ Den sensitive bransjen som investeringselskapet opererte i, gjorde videre at arbeidsgiver ikke ville motta arbeidsytelsen, og

⁶⁰ Fra saksfremstillingen i den underliggende tingretts avgjørelsen TOBYF-2009-60163.

påla arbeidstaker å fratre umiddelbart i oppsigelsestiden. Rådgiveren skulle fortsatt motta lønn og lignende ytelser ut oppsigelsestiden.

Arbeidstaker motsatte seg pålegget om umiddelbar fratreden og begjærte midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34 med krav om å få gjeninntre i stillingen i oppsigelsestiden. Investeringsrådgiveren fikk ikke medhold i noen av underinstansene.⁶¹

Spørsmålet for Høyesteretts ankeutvalg var om arbeidsgiver kunne pålegge den oppsagte arbeidstakeren å fratre i oppsigelsestiden. Fra arbeidstakers ståsted var spørsmålet om arbeidstaker hadde rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Ankeutvalget ga arbeidsgiver enstemmig medhold.

Høyesterett innledet sin vurdering med å fastslå det de anså for å være hovedregelen, ved at de henviste direkte til lagmannsrettens rettsanvendelse, og deretter sluttet seg til denne:

«Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden».⁶²

Deretter fant Høyesterett at det forelå et rettslig grunnlag for at det i visse tilfeller må være adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen:

«Selv om arbeidsmiljøloven ikke inneholder noen regler om det, må det imidlertid unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jfr. RG-1996-202.».⁶³

I samme avsnitt la Høyesterett til grunn at vurderingstemaet for unntaket i utgangspunktet vil være den samme urimelighetsvurderingen som gjelder for arbeidsgivers krav om fratreden etter § 15-11 andre ledd andre punktum.⁶⁴ Samtidig la Høyesterett til grunn at «arbeidstakers rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn etter». Hvis arbeidsgiver skal kunne frata arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden må det foreligge «særlig tungtveiende grunner» som taler for fratreden.⁶⁵ Høyesterett oppstilte med dette et tilleggsvilkår.

⁶¹ TOBY-2009-601638 (Oslo Byfogdembete) og LB-2009-106974 (Borgarting).

⁶² Rt. 2009 s. 1183. premiss 25.

⁶³ Ibid. premiss 27.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Ibid.

I subsumsjonen vektla Høyesterett lagmannsrettens vurdering om at arbeidsgiver/selskapet hadde mistet tilliten til investeringsrådgiveren. Lagmannsretten hadde også funnet det «uholdbart» å la rådgiveren fortsette sitt arbeid i oppsigelsestiden. Høyesterett la også betydelig vekt på at investeringsrådgiveren arbeidet i en bransje hvor tillit var en avgjørende faktor, og hvor feil «ville medføre betydelige skadevirkninger» for selskapet og dets investorer.⁶⁶ Ankeutvalget sluttet seg enstemmig til vurderingene, og mente at det forelå «særlig tungtveiende grunner» for at investeringsrådgiveren ikke fikk arbeide – og således at arbeidsgiver hadde adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre – i oppsigelsestiden.⁶⁷ Anken ble til slutt enstemmig forkastet.⁶⁸

4.2 Kommentar til Høyesteretts rettskildebruk

En gjennomgang av kjennelsen ovenfor, viser at den kan tas til inntekt for at arbeidsgiver har en adgang til å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden. Med denne avgjørelsen oppstiller Høyesterett et ulovfestet unntak, som ikke er på linje med hovedregelen i norsk rett, om rett til å utføre arbeide i oppsigelsestiden. Det er derfor gode grunner til å stille spørsmål om hvilket rettslig grunnlag Høyesteretts ankeutvalg bygget unntaksregelen på, samt kommentere rettskildebruken. Som ankeutvalget selv bemerket, har ikke løsningen hjemmel i arbeidsmiljøloven.⁶⁹ Ankeutvalget viste heller ikke til forarbeidene eller andre autorative rettskilder tilknyttet lovteksten. Istedenfor synes ankeutvalget å begrunne unntaket i en kjennelse fra Eidsivating lagmannsrett inntatt i RG-1996-2002 («Butikkdesign»).⁷⁰

Kjennelsen fra Eidsivating har ikke blitt henvist til i rettens begrunnelse i andre avgjørelser som har berørt problemstillingen i etterkant av *Investeringsrådgiverkjennelsen*.⁷¹ Den kan derfor ikke sies å gi uttrykk for en fast underrettspraksis, og den har således begrenset rettskildeværdi. Likevel la både Høyesterett og lagmannsretten betydelig vekt på resultatet i RG-1996-202.⁷² Det er derfor relevant med en kort analyse av den aktuelle kjennelsen for å vurdere Høyesteretts rettskildebruk og begrunnelsen for *2009-unntaket* ytterligere.

⁶⁶ Ibid. premiss 28.

⁶⁷ Ibid. premiss 29.

⁶⁸ Ibid. slutning 34.

⁶⁹ Ibid. premiss 27.

⁷⁰ Ibid. premiss 27.

⁷¹ Lovdata søk pr.01.06.20.

⁷² Rt. 2009 s. 1183 premiss 27 og RG-2009-945 (Borgarting).

4.2.1 Butikkdesign-kjennelsen RG 1996 s. 202

Butikkdesign-kjennelsen gjaldt en oppsagt lagerarbeider som ble nektet å utføre arbeid i oppsigelsestiden, men som fortsatt fikk lønn. Arbeidstaker begjærte midlertidig forføyning med krav om få stå i stilling i oppsigelsestiden. Spørsmålet for lagmannsretten var om arbeidstakers rett til å stå i stillingen innebar både en rett til arbeid og lønn, eller kun det sistnevnte.⁷³

Lagmannsretten fant at arbeidsgiver ikke kunne utestenge lagerarbeideren i oppsigelsestiden, og fant at hovedregelen må være at «retten til å stå i stilling ikke bare omfatter retten til lønn, men også rett til å utføre arbeid». ⁷⁴ Lagmannsretten åpnet likevel for at det kan tenkes et unntak fra dette, men bemerket at «det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle». ⁷⁵ For å begrunne muligheten for et unntak viste lagmannsretten til et eksempel hentet fra NOU 1992:20. Den aktuelle NOU-en knytter seg til redegjørelsen for rettstilstanden for det da ulovfestede suspensjonsinstituttet. Eksempelet derfra dreier seg om en kasserer som er mistenkt for underslag, og som får beskjed om å ikke møte på arbeid mens hans forhold blir undersøkt. Forholdet utgjør et klart suspensjonstilfelle.⁷⁶ Etter at Butikkdesign-kjennelsen ble avsagt, ble det vedtatt lovfestede regler om suspensjon i dagens arbeidsmiljølov av 2005.⁷⁷

Høyesteretts ankeutvalg vektla som nevnt Butikk-Design kjennelsen betydelig i *Investeringsrådgiverkjennelsen*, for å begrunne et unntak fra retten til å arbeide i oppsigelsestiden. De drøftet imidlertid ikke forholdet til det nå lovfestede suspensjonsinstituttet. På den bakgrunn har juridisk teori tatt til orde for at begrunnelsen for *2009-unntaket* hviler på en *feilslutning*, da ankeutvalget har anvendt et suspensjonseksempel som begrunnelse for at arbeidsgiver har adgang til å frata arbeidstaker arbeidsytelsen i oppsigelsestiden.⁷⁸ Dagens suspensjonsbestemmelse i § 15-13, gir en klar anvisning på at suspensjon bare kan benyttes dersom det foreligger mistanke om at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som kan medføre avskjed etter § 15-14 (1). Arbeidsgiver har med andre ord ikke adgang til å suspendere en arbeidstaker dersom det kun foreligger et oppsigelsesgrunnlag.

⁷³ RG 1996 s. 202 s. 205 (Eidsivating).

⁷⁴ Ibid. s. 210.

⁷⁵ RG-1996-202 s. 210.

⁷⁶ NOU 1992:20 s. 179: «Et klart typeeksempel er en kasserer som er mistenkt for misligheter, og som derfor får beskjed om ikke å møte på jobben mens hans forhold granskes.»

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 252 og NOU 2004:5 s. 308. Arbeidsmiljøloven § 15-13.

⁷⁸ Bender (2011) s. 125.

Suspensjonsbestemmelsens innhold ble videre lagt til grunn allerede før dens lovfesting. Eldre rettspraksis forutsatte at det *måtte* foreligge en «rimelig grad av sannsynlighet» for avskjed, før suspensjon kunne anvendes.⁷⁹ Dette ble også understreket av Evju i en artikkel fra 1979 hvor han skriver:

«Dersom det ikke foreligger et avskjedsgrunnlag, men kun et forhold som eventuelt kan føre til oppsigelse, kan det derimot ikke antas at suspensjon kan foretas».⁸⁰

Som Bender har understreket, er det derfor nærliggende å anta at begrunnelsen for unntaket som ble oppstilt i *Investeringsrådgiverkjennelsen* ville ha vært annerledes dersom Høyesterett hadde vurdert rettsgrunnlaget for Butikk Design-kjennelsen mer inngående, særlig i lys av at suspensjonsreglene nå er lovfestet.⁸¹ Det er imidlertid ikke sikkert at standpunktet i *Investeringsrådgiverkjennelsen* ville blitt annerledes, men man ville kanskje fått en begrunnelse som harmonerte bedre med de rettslige reglene og prinsippene på arbeidsrettens område.

Det at ankeutvalget heller ikke utbroderer unntaket nærmere svekker også den reelle prejudikatsverdien av kjennelsen. Som nevnt i kapittel 1.3 er vekten allerede lav ettersom formen på avgjørelsen er en kjennelse, som er avsagt i ankeutvalget. Ankeutvalget ble også siste instans som *Investeringsrådgiverkjennelsen* ble behandlet i. Herunder har Skoghøy fremholdt at selv om kjennelser fra ankeutvalget har prejudikatsverdi er denne «langt lavere» i forhold til avgjørelser avsagt av Høyesterett i avdeling.⁸² Årsakene til dette er blant annet at ankeutvalget kun består av tre dommere, og at avgjørelser treffes etter skriftlig behandling.⁸³ I tillegg har arbeidspresset i ankeutvalget tidvis vært så stort slik at det viktigste har vært å få avgjort sakene.⁸⁴ Dermed oppstår risikoen for å overse relevante spørsmål og argumenter.⁸⁵ *Investeringsrådgiverkjennelsen* ble behandlet skriftlig i alle tre instanser, i tillegg ser ankeutvalget ut å ha oversett dagens lovfestede regler om suspensjon jf. drøftelsen ovenfor. Disse årsakene svekker prejudikatsverdien.

⁷⁹ Eidsivating lagmannsretts dom av 2. desember 1970 (ankesak nr. 401/69) (ikke publisert).

⁸⁰ Evju (1979) s. 238.

⁸¹ Bender (2011) s. 124-125.

⁸² Skoghøy (2019) s. 689.

⁸³ Ibid. s. 687.

⁸⁴ Backer (2015) s. 53.

⁸⁵ Ibid.

Selv om Høyesteretts begrunnelse for 2009-unntaket kan kritiseres, og prejudikatsverdien må anses å være lav, er den likevel et prejudikat for gjeldende rett på området, og den eneste avgjørelsen fra Høyesterett som foreligger om temaet. Unntaket er uansett, som vi skal se, meget snevert.

Det gjenstår videre å undersøke når arbeidsgiver har adgang til å anvende unntaket og i hvilke tilfeller. Dette er tema for neste delkapittel og i kapittel 5.

4.3 Unntakets generelle innhold – vilkår og vurderingstema for at unntaket skal komme til anvendelse

4.3.1 Retten må finne det «urimelig» at arbeidsforholdet opprettholdes

Høyesterett la som nevnt til grunn at vurderingstemaet for om arbeidsgiver har adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden, i utgangspunktet vil være den samme urimelighetsvurderingen som gjelder for arbeidsgivers adgang til å kreve fratreden etter § 15-11 andre ledd andre punktum.⁸⁶ Momentene som retten må ta stillingen til ved urimelighetsvurderingen er derfor relevante å undersøke nærmere her. Høyesterett ga også en anvisning på en annen terskel for fratreden i oppsigelsestiden, men dette behandles nærmere i kapittel 4.3.2.

Når det kommer til urimelighetsvurderingen gir ordlyden i § 15-11 andre ledd andre punktum lite veiledning om hvilke momenter som er relevante i vurderingen eller hvilken vekt de skal tillegges. En naturlig språklig forståelse av begrepet «urimelig», peker imidlertid på at lovgiver har ment at dette er en klar unntaksregel, og at terskelen for at arbeidsgiver skal få medhold i sitt krav om fratredelse er høy. En slik slutning støttes av forarbeidene og rettspraksis. I forarbeidene har departementet uttalt at arbeidsgivers krav om fratredelse «bare unntaksvis skal tas til følge»⁸⁷. Dette er fordi hovedregelen er at arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen.⁸⁸, og i rettspraksis er terskelen karakterisert som streng.⁸⁹

⁸⁶ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Se. bl.a. Rt. 2004 s. 1413 premiss 20, hvor kjæremålsutvalget bruker formuleringen «strengt krav til urimelighet», og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 235 Departementet peker på at tidligere forarbeid «gir anvisning på en streng urimelighetsnorm».

Forarbeidene fremholder videre at om spørsmålet om hvorvidt arbeidstaker skal fratres i den konkrete saken, beror på en totalvurdering av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser og behov.⁹⁰ For at domstolen skal gi arbeidsgiver medhold kreves det en interesseovervekt for fratredens.⁹¹

Samtidig skiller forarbeidene til 1977-loven mellom de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers disiplinære forhold, og de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i arbeidsgivers/virksomhetens forhold.⁹² Der oppsigelsen skyldes forhold på arbeidstakers side bør domstolen i alminnelighet ta et krav om fratredens til følge.⁹³ Dersom oppsigelsen derimot begrunnes i virksomhetens forhold, bør retten i utgangspunktet ikke avsi kjennelse for at arbeidstaker må fratres.⁹⁴ I sistnevnte tilfelle har rettspraksis lagt til grunn at det skal «relativt meget til for å pålegge den oppsagte å fratres under saken selv om det for arbeidsgiver må anses urimelig at den oppsagte blir stående i stillingen».⁹⁵ Samtidig har Høyesterett ikke utelukket helt at arbeidsgiver kan gis medhold.⁹⁶

Høyesterett har videre ikke tolket 1977-forarbeidenes skille bokstavelig, og må kunne sies å ha modifisert dette skillet.⁹⁷ I forarbeidene til dagens arbeidsmiljølov, fremholder departementet at domstolene «bør foreta en konkret urimelighetsvurdering, uavhengig av årsaken til oppsigelsen».⁹⁸ Dette innebærer at det i utgangspunktet ikke skal ha noe å si om oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers eller i virksomhetens forhold. Men terskelen for at arbeidsgiver skal få medhold i en fratredelsesbegjæring etter § 15-11 andre ledd andre punktum er fortsatt høy i helhetsvurderingen, og særlig dersom oppsigelsen skyldes forhold på virksomhetens side.⁹⁹

Hvilke andre momenter som videre skal inngå i urimelighetsvurderingen vil avhenge av det konkrete tilfelle. Herunder oppgir forarbeidene at momenter som oppsigelsessakens sannsynlige utfall, arbeidsgivers mulighet for å en alternativ omplassering av arbeidstaker, økonomiske konsekvensene for partene, hensynet til øvrige ansatte, og hvorvidt arbeidstaker har en

⁹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 238.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 75.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Se bl.a. Rt., 2004 s. 1413 premiss 19.

⁹⁶ Se f.eks. Rt. 1994 s. 639.

⁹⁷ NOU 2004:5 s. 324.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 239.

ledende stilling i virksomheten, kan være relevante.¹⁰⁰ Terskelen for fratreden er lavere i sistnevnte tilfelle enn for en underordnet ansatt.¹⁰¹

4.3.2 Det må i tillegg foreligge «særlig tungtveiende grunner» - hvilken terskel kreves for å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden?

Spørsmålet er videre hvilken overføringsverdi terskelen for i å idømme fratreden etter § 15-11 andre ledd andre punktum har for vurderingen av om arbeidsgiver kan pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden. Terskelen for at arbeidsgiver etter § 15-11 andre ledd andre punktum skal få medhold i et krav at arbeidstaker skal fratre er som vist høy. I *Investeringsrådgiverkjennelsen* uttalte Høyesterett at arbeidstakers «rettigheter må anses å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter og at det må foreligge «særlig tungtveiende grunner» som taler for fratreden.¹⁰² Av disse uttalelsene mener jeg man kan slutte at terskelen for fratreden i oppsigelsestiden generelt sett må være enda høyere. Man kan velge å omtale dette som en form for *betydelig* eller *kvalifisert* interesseovervekt, uten at begrepet i seg selv har noen avgjørende betydning.

Videre indikerer den høye terskelen, og særlig formuleringen «særlig tungtveiende grunner» at ulempene på arbeidsgivers side må være betydelig større ved at arbeidstaker får utføre arbeid, enn ulempene for arbeidstaker dersom hun pålegges å fratre. Hensynene på arbeidsgivers side må altså veie klart tyngst i den konkrete helhetsvurderingen.

Den høye terskelen understøtter også hovedregelen om at arbeidstakers rett til arbeid står enda sterkere i oppsigelsestiden, da arbeidsforholdet ikke er avsluttet før oppsigelsestiden er utløpt jf. § 15-3. Arbeidsavtalen løper altså fortsatt.

Videre må det også antas at domstolene vil legge listen høyt for hva som skal anerkjennes som «særlig tungtveiende grunner».¹⁰³ En lavere terskel vil nemlig gjøre det enklere for arbeidsgiver å omgå arbeidstakers rett til å stå i stillingen etter § 15-11 andre ledd ved en oppsigelsestvist. Arbeidsgiver kunne da ha pålagt arbeidstaker å holde seg vekke i oppsigelsestiden, uten å følge lovens system med å kreve kjennelse for fratreden etter § 15-11 andre ledd.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Rt. 2009 s. 1183 premiss 27.

¹⁰³ Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 4 til aml. § 15-11.

Dette ville igjen ha undergravet en viktig del av stillingsvernet.¹⁰⁴ I tillegg skyver arbeidsgiver initiativet over på arbeidstaker som må begjære midlertidig forføyning for å gjeninntre i stillingen sin.¹⁰⁵ Sistnevnte betraktning behandles nærmere i kapittel 7.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

5 Nærmere om «særlig tungtveiende grunner»

I kapittel 4.3 var formålet å si noe generelt om vilkår og vurderingstema for at unntaket skal komme til anvendelse. Det er imidlertid begrenset hvor langt man kommer i en slik fremstilling når avgjørelsen skal bero på en konkret helhetsvurdering.

Spørsmålet i dette kapitlet er hva som ligger i tilleggsvilkåret «særlig tungtveiende grunner». At Høyesterett ikke utdypet vilkåret nærmere, gjør det vanskelig å trekke noen konkrete slutninger om i hvilke tilfeller «særlig tungtveiende grunner» foreligger. Arbeidsmiljøloven benytter heller ikke begrepet. Loven gir dermed isolert sett ingen tolkningsbidrag til den aktuelle vurderingen.¹⁰⁶ På bakgrunn av dette må man kunne si at rettstilstanden er nokså usikker omkring hva som utgjør «særlig tungtveiende grunner».

På tross av en uklar rettstilstand, har *Investeringsrådgiverkjennelsen* blitt fulgt opp i senere underrettspraksis. I disse avgjørelsene finnes det enkelte holdepunkter for hva som utgjør «særlig tungtveiende grunner». Men som drøftelsen nedenfor vil vise, gjelder disse avgjørelsene svært konkrete typetilfeller. I tillegg illustrerer avgjørelsene at de ulike typetilfellene, og momentene som vurderes, ofte opptrer i sammenheng, hvor det ene taler for fratreden, det andre ikke. Dette innebærer at de ulike momentene må avveies mot hverandre, med hensyn til at terskelen for fratreden i oppsigelsestiden skal være svært høy jf. kapittel 4.3.2.

I det følgende vil jeg på bakgrunn av vurderingstemaet og den høye terskelen, forsøke å si noe om hvilke forhold og momenter som får betydning i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner».

5.1 Forhold på arbeidstakers side

I *Investeringsrådgiverkjennelsen* var oppsigelsen begrunnet i klanderverdige forhold på arbeidstakers side etter §15-7. Videre har underrettspraksis som har fulgt opp *Investeringsrådgiverkjennelsen* også omhandlet oppsigelser begrunnet i klanderverdige forhold på arbeidstakers side.¹⁰⁷ Et felles startpunkt for om «særlige tungtveiende grunner», og således at fratreden kan pålegges, synes derfor å være at oppsigelsen må skyldes forhold på arbeidstakers

¹⁰⁶ Bender (2011) s. 126.

¹⁰⁷ Se f.eks. LG-2019-107689, LG-2018-161055, TOBYF-2010-188020, LB-2010-160933, LB-2010-152755, og Haugaland tingretts kjennelse av 19. august 2019 (upublisert).

side. Unntaket er som nevnt meget snevert, og som vi skal se, er det ikke hvilke som helst forhold på arbeidstakers side som tilsier at «særlig tungtveiende grunner» foreligger.

5.1.1 Risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver ved at arbeidstaker utfører arbeid i oppsigelsestiden

I *Investeringsrådgiverkjennelsen* hadde arbeidstaker verken utvist illojalitet eller andre misligheter i jobben.¹⁰⁸ Rådgiverens utførelse av arbeidsoppgaver hadde imidlertid ført til at de øvrige partnerne i selskapet hadde mistet tilliten til ham og måten han utførte arbeidsoppgavene på.¹⁰⁹ Spørsmålet var om dette utgjorde «særlig tungtveiende grunner» til å fravike hovedregelen. Ankeutvalget uttalte som nevnt at

«lagmannsretten (under henvisning til det overnevnte) har funnet det uholdbart å la ham fortsette sitt arbeid, i oppsigelsestiden, «med den risiko dette ville medføre for betydelige skadevirkninger for X, som operer i en bransje hvor tillit er en avgjørende faktor».¹¹⁰

I juridisk teori har blant annet Bender, på bakgrunn av ankeutvalgets uttalelse, tolket begrepet «særlig tungtveiende grunner» som at det må foreligge «forhold på arbeidstakers side (som) utgjør en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver».¹¹¹

Videre må det legges til grunn at ankeutvalget mente at det forelå en kvalifisert interesseovervekt på arbeidsgivers side da de sluttet seg til lagmannsrettens vurdering av at arbeidstakers gjeninntreden, selv for en kort periode, «ville kunne true Xs (selskapets) eksistens».¹¹²

Legekjennelsene

At risikoen for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver, er et moment som tillegges vekt i vurderingen av hvorvidt «særlig tungtveiende grunner» foreligger, støttes av underrettspraksisen som har fulgt opp *Investeringsrådgiverkjennelsen*. Dette er særlig å spore i to kjennelser avsagt av Borgarting lagmannsrett i 2010.¹¹³ Disse omtales ofte som «legekjennelsene».¹¹⁴

¹⁰⁸ Dette ble fremhevet i den underliggende lagmannsrettkjennelsen RG-2009-945 (Borgarting).

¹⁰⁹ Se kapittel 4.1.

¹¹⁰ Rt. 2009 s. 1183 premiss 28 (min kursivering) (mine parenteser).

¹¹¹ Bender (2011) s. 126 (mine parenteser).

¹¹² RG-2009-945 (Gulating) (mine parenteser).

¹¹³ LB-2010-152755 og LB-2010-160933.

¹¹⁴ Ibid.

Begge sakene gjaldt oppsagte overleger, som ble pålagt å fratru umiddelbart. Legene bestred oppsigelsen, og begjærte krav om midlertidig forføyning for å få rett til å gjeninntre i sine stillinger i oppsigelsestiden.

I den første legekjennelsen inntatt i LB-2010-152755, skyldtes oppsigelsen at legen ikke oppfylte kravene om å handle forsvarlig etter helsepersonell- og spesialisthelsetjenesteloven.¹¹⁵ Arbeidstaker overholdt heller ikke sykehusets interne retningslinjer og pålegg. Sykehuset hadde videre mottatt en rekke bekymringsmeldinger og klager mot legen, og hevdet at hans handlinger kunne sette pasienters liv og helse i fare. Arbeidsgiver påla derfor legen å fratru umiddelbart i oppsigelsestiden.

Lagmannsretten understreket at tingretten hadde tatt et korrekt rettslig utgangspunkt for vurderingen da de hadde henvist til vurderingstemaet i *Investeringsrådgiverkjennelsen*. Lagmannsretteten sluttet seg videre tingrettens uttalelse om at

«... det må utvises atskillig varsomhet mht. faglig overprøving av de vurderinger som arbeidsgiver har gjort av medisinske spørsmål relatert til liv og helse».

Tingretten hadde funnet det sannsynliggjort at det forelå fare for liv og helse, i tillegg til at den ulempen sykehuset ble påført dersom legen gjeninntrodte var åpenbart mer tungtveiende enn legens interesse av å få arbeide i oppsigelsestiden. Lagmannsretten var enig i dette. Muligheten for å omplassere legen ble også vurdert, men ble verken funnet mulig eller ønskelig. Det forelå følgelig «særlig tungtveiende grunner», og arbeidsgivers pålegg om fratreden i oppsigelsestiden var rettmessig.

I den andre legekjennelsen inntatt i LB-2010-160933, ble resultatet motsatt. Oppsigelsen var også her begrunnet i manglende samarbeidsevner, samt at legen over lengre tid hadde utvist manglende vilje til å innrette seg etter instruksjer og retningslinjer. Sykehuset mente at legens manglende samarbeidsevner satte pasientsikkerheten i fare, og at det dermed var uforsvarlig å la legen utføre arbeid i oppsigelsestiden. Imidlertid var det ingen tvil om legens faglige kvalifikasjoner.

¹¹⁵ LB-2010-152755.

Lagmannsretten fant at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner». I likhet med den første legekjennelsen, syntes det avgjørende for retten å være «... om hennes (legens) opptreden har medført fare for pasientsikkerheten».¹¹⁶ Til dette fant retten at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort «...at de avvik/brudd som det er tale om, har skapt fare for liv eller helse eller økt risiko for feil og komplikasjoner».¹¹⁷ Utestengelsen var således urettmessig. På tross av at legens handlinger var kritikkverdige, ble det altså ikke funnet bevist at det forelå en reell fare for pasientsikkerheten.¹¹⁸

Nyere underrettspraksis

Risikomomentet er også å spore i en relativ ny kjennelse i LG-2019-107689. I denne saken hadde en senior hydraulikk ingeniør, som arbeidet på en oljerigg nektet å barbere seg. Selskapet han arbeidet for hadde innført en HMS-regel om at alle som arbeidet på riggen skulle være glattbarberte. Dette var for å kunne bruke tettsittende gassmasker ved eventuelle utslipp av gassen hydrogensulfid. Arbeidstaker nektet å barbere seg fordi han hevdet det fantes løstsittende masker som personer med skjegg kunne bruke. På grunnlag av dette ble arbeidstaker sagt opp. Han ble samtidig utestengt fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden fordi selskapet ikke lenger hadde tillit til ham, fordi ordrenektelsen kunne true sikkerhetskulturen i selskapet.

Lagmannsretten fant i likhet med tingretten at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner» for å utestenge arbeidstaker. Retten vektla at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort at arbeidstakers ordrenekt «... kan virke undergravende på sikkerhetskulturen på riggen».¹¹⁹ Risikoen for hydrogensulfidlekkasje var også over, slik at «den aktuelle nektelsen medfører ikke lenger noen sikkerhetsrisiko».¹²⁰ Det var heller ikke en «generell fare for at A (arbeidstaker) ikke vil adlyde andre HMS-ordrer».¹²¹

Både *Investeringsrådgerkjennelsen*, legekjennelsene og kjennelsen inntatt i LG-2019-107689 viser at momentet vedrørende risikoen for betydelige skadevirkninger, står sentralt i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Hensynet til pasientsikkerhet må videre kunne sies å være helt grunnleggende for at et sykehus sin virksomhet skal fungere. Dersom denne er i fare vil det kunne skade virksomheten som sådan. Tilsvarende vil et

¹¹⁶ LB-2010-160933.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ LG-2019-107689.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid. (mine parenteser).

selskap som baserer sin virksomhet på å gi råd om risikofylte investeringer, eller som driver virksomhet på en oljerigg, være avhengig, av tillit til sine arbeidstakere.

De ovennevnte kjennelsene tyder også på at dersom det aktuelle forholdet på arbeidstakers side har en slik *karakter* at det utgjør en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver, vil dette være et tungtveiende moment for at «særlig tungtveiende grunner» foreligger. Det må kunne sies å foreligge en betydelig interesseovervekt på arbeidsgivers side i slike situasjoner.

5.1.2 Andre relevante momenter herunder betydningen av stillingsnivå

Problemstilling her er om arbeidstakers stillingsnivå er et relevant moment i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Har det betydning om arbeidstaker har en lederstilling eller nøkkelrolle i virksomheten, kontra en stilling på lavere nivå?

Flere av sakene som har drøftet *2009-unntaket*, har omhandlet arbeidstakere i en eller annen form for ledende stillinger.¹²² Videre har både *Investeringsrådgiverkjennelsen*, og de hittil nevnte underrettsavgjørelsene, vist at det er et særlig behov for tillit til arbeidstaker som har ledende stillinger. Siden arbeidstakers stillingsnivå også er av betydning i urimelighetsvurderingen etter § 15-11 andre ledd jf. kapittel 4.3.1, og at terskelen for fratreden er betydelig høyere i oppsigelsestiden, vil arbeidstakers stillingsnivå også måtte få betydning for arbeidsgivers adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden.

Samtidig må det presiseres at hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestiden, også gjelder for virksomhetens øverste leder, og andre som har ledende stillinger. Rettsgrunnlaget for dette springer også ut av den individuelle arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven.¹²³ Riktignok har lovgiver gitt virksomhetens øverste leder muligheten til å fraskrive seg stillingsvernet gjennom arbeidsavtalen, eller ved en forhåndsavtale mot etterlønn.¹²⁴ Dette behandles imidlertid særskilt i kapittel 6.1. Forutsetningen i det følgende er at partene ikke har inngått en slik avtale.

¹²² Se f.eks. Rt. 2009 s. 1183 (partner i selskap/nøkkelperson), LB-2010-152755 og LB-2010-160933 (overleder), TOBYF-2010-188020 (generalsekretær), Haugaland tingretts kjennelse av 14. august 2019 (brannsjef).

¹²³ Aml. § 1-8 se også Fougner m.fl. (2016) s. 279.

¹²⁴ Aml. § 15-16 (2).

Selv om det ikke foreligger en slik avtale, og hovedregelen er rett til arbeid, er det likevel noen særlige arbeidsgiverhensyn som tilsier at retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden ikke skal være like sterk for virksomhetens øverste leder eller ansatte i ledende stillinger. I forarbeidene tilknyttet § 15-11 andre ledd, er det fremhevet at «det skal mindre til for at en leder må fratre enn en underordnet ansatt».¹²⁵ Dette bygger på tanken om at det kan være problematisk om en leder som står i en oppsigelsestvist skal stå for den daglige ledelsen av selskapet dersom han ikke har styrets tillit.¹²⁶ I tilfeller der det ikke foreligger en oppsigelsestvist, kan det også være usikkert om daglig leder har den nødvendige tillit og motivasjon til å lede et selskap han er på vei til å forlate. Disse hensynene underbygger at ledere har en svakere rett til å stå i stilling. Nevnte hensyn må også kunne sies å gjøre seg gjeldene i oppsigelsestiden. I *Investeringsrådgiverkjennelsen* ble rådgiverens ledende stilling og manglende tillit et viktig moment for at arbeidsgiver fikk medhold i at arbeidstaker måtte fratre. I den underliggende avgjørelsen fra lagmannsretten, uttalte retten følgende om betydningen av arbeidstakers ledende stilling:

«Når de øvrige partnere og endog selskapets investorer mister tilliten til en av selskapets partnere, som også arbeider som investeringsrådgiver i selskapet, sier det seg likevel selv at det blir uholdbart å la vedkommende fortsette sitt arbeid».¹²⁷

Ankeutvalget tilsluttet seg denne vurderingen.¹²⁸

Et annet eksempel på vektleggingen av arbeidstakers stillingsnivå som et moment i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner», fremkommer også i den ovennevnte kjennelsen i LG-2019-107689. Her fant som nevnt lagmannsretten at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner». Et moment som tingretten hadde vektlagt i vurderingen – i tillegg til at det ikke forelå risiko for skadevirkninger – var at arbeidstaker hadde «ingen ledende stilling».¹²⁹ Lagmannsretten var som nevnt enig i tingrettens vurderinger. Lagmannsretten fremholdt i tillegg at saken ikke kunne

¹²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 239 og NOU 2004: 5 s. 325.

¹²⁶ NOU 2004:d s. 325.

¹²⁷ RG. 2009 s. 945 (Borgarting).

¹²⁸ Rt. 2009 s. 1183 premiss 29.

¹²⁹ LG-2019-107689 (Gulating).

«... sammenlignes med saksforholdet i HR-2009-1183-U, hvor det fremkommer av lagmannsrettens kjennelse i RG-2009-945, at den aktuelle arbeidstaker var en *nøkkelperson* i bedriften ...». ¹³⁰

Uttalelsene illustrer at arbeidstakers stillingsnivå er av betydning for hva som kan utgjøre «særlig tungtveiende grunner».

Samtidig er det viktig å huske på at arbeidstakers stillingsnivå kun er et moment i en helhetsvurdering. Stillingsnivået må også ses i sammenheng med risikoen for betydelig skadevirkninger jf. kapittel 5.1.1. En illustrasjon på dette fremkommer i Haugaland tingretts kjennelse av 14. august 2019. ¹³¹ Saken gjaldt en oppsagt brannsjef, som ble pålagt å fratrukke seg i umiddelbart i oppsigelsestiden. Bakgrunnen for oppsigelsen var manglende lojalitet og tillit. Arbeidsgiver mente også at brannsjefen sin lederstil var skadelig for arbeidsmiljøet. Spørsmålet var derfor om lederstilen, og den skade arbeidsmiljøet eventuelt ville få av brannsjefens gjeninntreden i oppsigelsestiden kunne utgjøre «særlig tungtveiende grunner». Retten fant at vilkåret ikke var oppfylt, og vektla at selv om brannsjefen som leder var avhengig av tillit hos sine underordnede, kunne ikke retten se at det var «sannsynliggjort andre skadevirkninger enn et vanskelig arbeidsmiljø». ¹³²

I forlengelsen av dette kan det være flere arbeidstakere som innehar stillinger hvor tillit er viktig, og hvor feil og forsømmelser kan medføre store skadepotensial for arbeidsgiver uavhengig av stillingsnivå. Eksempelvis kan en elektriker som stadig slurver, slik at det oppstår alvorlig feil, resultere i at virksomheten mister kunder. Dette vil igjen kunne skade bedriften økonomisk. Basert på slike betraktninger kan *2009-unntaket* tenkes å få et bredt anvendelsesområde. Det vil likevel være begrenset hvor stor interesseovervekt dette kan få for arbeidsgiver, da arbeidstakere i lavere stillinger som regel ikke kan medføre det samme skadepotensiale utad, som en arbeidstaker i en ledende stilling. Fanebust beskriver dette som at en arbeidstaker i en ledende stilling, ofte blir ansett som virksomhetens ansikt utad. ¹³³

¹³⁰ Ibid. (min kursivering).

¹³¹ Haugaland tingretts kjennelse av 14. august 2019 (upublisert).

¹³² Ibid. s. 21.

¹³³ Fanebust (2015) s. 138.

5.1.3 Avskjedslignende tilfeller?

Ovenfor er det pekt på enkelte momenter som domstolene synes å tillegge vekt i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Videre har juridisk teori fremholdt at unntaket som Høyesterett oppstilte i *Investeringsrådgiverkjennelsen*, innebærer en løsning som ligger mellom oppsigelse og avskjed.¹³⁴ Årsaken til at en slik «mellomløsning» er mulig må være at det finnes situasjoner hvor verken lovens oppsigelsesregler eller avskjedsregler gir et rimelig resultat for arbeidsgiver. En mellomløsning tar hensyn til at arbeidsgiver kan ha behov for å bruke det ene elementet fra avskjedsinstituttet – ved å pålegge arbeidstaker å fratrukke seg umiddelbart – på tross av at det ikke foreligger grunnlag for, eller er ønskelig å avskjedige arbeidstaker. Samtidig vil ikke arbeidstaker miste lønnen, ettersom lønnskravet er absolutt i oppsigelsestiden.¹³⁵ Dermed beholder arbeidstaker det andre hovedelementet i oppsigelsestiden.

Basert på ovennevnte hensyn, er det grunn til å spørre om «særlig tungtveiende grunner» kan sies å foreligge dersom arbeidsgiver faktisk har grunnlag for å meddele avskjed, men av hensyn til arbeidstaker ikke ønsker å benytte seg av det sterkeste virkemidlet, og hva betydning av dette blir i vurderingen om det foreligger «særlig tungtveiende grunner».

Hvorvidt det forelå grunnlag for avskjed eller forhold som kunne ligget tett oppunder dette, var verken tema i *Investeringsrådgiverkjennelsen*, eller i de etterfølgende underrettsavgjørelsene. Gode grunner taler likevel for at det kan foreligge et «vesentlig mislighold av arbeidsavtalen» dersom retten finner at «særlig tungtveiende grunner» foreligger. En slik slutning er imidlertid ikke helt opplagt. I *Investeringsrådgiverkjennelsen* var det verken anført at det forelå noen form for misligheter eller illojalitet fra rådgiverens side. Omstendigheter knyttet til virksomheten gjorde imidlertid at den manglende tilliten, ville ramme selskapet hardt. Herunder har Smith Ulseth fremholdt at manglende tillit ikke *generelt* kan utgjøre et tilstrekkelig moment til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden.¹³⁶ Domstolene må også vurdere begrunnelsen for den manglende tilliten, da den nettopp kan være knyttet omstendigheter i virksomhetens forhold.¹³⁷ De «særlig tungtveiende grunner» kan dermed være knyttet til

¹³⁴ Bender (2009) s. 122 og Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 4 til aml. § 15-11 (2).

¹³⁵ Rt. 2009 s. 1183. premiss 28.

¹³⁶ Ulseth (2009) s. 5.

¹³⁷ Ibid. Dette var også tilfellet i Rt. 2009 s. 1183.

omstendighetene i den faktiske arbeidssituasjonen, som ikke nødvendigvis tilsier at det foreligger et «vesentlig mislighold» fra arbeidstakers side.

Hvis det derimot foreligger et avskjedsgrunnlag etter § 15-14 (1), må det nok følge av det ovennevnte at dette vil være et tungtveiende moment for at «særlig tungtveiende grunner» foreligger.

Kjennelsen i TOBYF-2010-188020, synes å illustrere at domstolen har drøftet et lignende resonnement. I denne saken hadde en generalsekretær i Norsk Revmatikerforbund blitt oppsagt på grunnlag av manglende tillit og samarbeidsevner. Generalsekretæren ble samtidig pålagt å fratre umiddelbart i oppsigelsestiden. I rettens vurdering av om det forelå «særlig tungtveiende grunner», ble det uttalt at

«retten vektlegger også at saksøkte (arbeidsgiver) *ikke* har anført at det foreligger grunnlag for avskjed». ¹³⁸

Jeg tolker uttalelsen dithen at dersom det hadde foreligget et avskjedsgrunnlag, ville dette sannsynligvis ha vært et tungtveiende moment i favør av at «særlig tungtveiende grunner» forelå. Retten kom uansett til at det ikke forelå «særlig tungtveiende grunner» ettersom samarbeidsproblemene, ikke kun skyldes arbeidstaker alene. Problemene var videre ikke alvorlige nok til å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden. ¹³⁹

Ovenfornevnte kjennelse viser igjen at retten alltid må foreta en konkret helhetsvurdering. Selv for oppsigelser som skyldes avskjedslignende tilfeller må det også være en forutsetning at disse utgjør en risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver dersom arbeidstaker får arbeide i oppsigelsestiden.

5.1.4 Betydningen av at arbeidstaker selv har sagt opp

I alle avgjørelser der *2009-unntaket* har vært drøftet, er det arbeidsgiver som har gått til oppsigelse. Et spørsmål er derfor om vilkåret «særlig tungtveiende grunner» i det hele tatt kan anvendes der arbeidstaker selv sier opp. I det praktiske arbeidsliv er det ikke uvanlig at arbeidstaker også avslutter arbeidsforholdet. Utgangspunktet om rett til arbeid i oppsigelsestiden må

¹³⁸ TOBYF-2010-188020 (Oslo byfogdembete).

¹³⁹ Ibid.

også gjelde i disse tilfellene jf. kapittel 3. Arbeidstaker har således rett til lønn og arbeid i oppsigelsestiden.

Arbeidstaker kan si opp arbeidsavtalen, og det gjelder ikke noe saklighetskrav her.¹⁴⁰ De eneste begrensingene ligger i avtalelovens ugyldighetsbestemmelser, samt at en oppsigelse bør være skriftlig ut ifra notoritetshensyn.¹⁴¹ En annen sentral forskjell der arbeidstaker sier opp er likevel at det i utgangspunktet ikke foreligger en tvist om oppsigelsens gyldighet. I mange tilfeller har arbeidstaker funnet seg en ny jobb før hun velger å si opp sin gamle. I tillegg vil arbeidstaker ha større muligheter til å planlegge avviklingen av arbeidsforholdet, da opphøret ikke kommer som noen overraskelse. Disse hensynene taler for at terskelen for fratreden der arbeidstaker fortsatt ønsker å arbeide i oppsigelsestiden bør være lavere.

Samtidig er det gode grunner til å spørre hva *årsaken* til oppsigelsen er. En typisk begrunnelse for at arbeidstaker selv sier opp er at hun planlegger overgang til, eventuelt oppstart av, *konkurrerende virksomhet*. I slike tilfeller kan det tenkes at arbeidstakers ønske om å utføre arbeid i oppsigelsestiden bør tillegges mindre vekt fordi det kan være en stor risiko for illojal eller konkurranseskadelig adferd fra arbeidstakers side i oppsigelsestiden.

Et lignende synspunkt ble drøftet i en kjennelse fra Borgarting lagmannsrett, inntatt i RG-2010-488¹⁴² Spørsmålet i saken var blant annet om styret kunne frata en daglig leder sine funksjoner som både daglig leder og sjefsredaktør. Arbeidstaker fikk fortsatt lov til å utføre noe administrerende arbeid for arbeidsgiver. I lagmannsrettens vurdering om hvorfor arbeidsgiver måtte ha adgang til å gjøre slike endringer av arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, ble det lagt stor vekt på at arbeidstaker selv hadde sagt opp sin stilling for å starte en konkurrerende virksomhet, og som følge av dette hadde arbeidsgiver et «åpenbart behov for å beskytte seg mot illojal opptreden».¹⁴³

Selv om kjennelsen fra Borgarting gjaldt endring av arbeidsoppgaver i oppsigelsestiden, må argumentene kunne sies å ha overføringsverdi til spørsmålet om arbeidstaker kan pålegges å fratre helt i oppsigelsestiden. Når arbeidstaker selv sier opp og planlegger overgang til en konkurrerende virksomhet, vil arbeidsgiver også her ha en beskyttelsesverdig interesse av at

¹⁴⁰ Skjønberg m.fl. (2017) s. 459.

¹⁴¹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – avtl.), se også Skjønberg m.fl. (2017) s. 459.

¹⁴² RG-2010-488 (Borgarting).

¹⁴³ Ibid.

arbeidstaker eksempelvis ikke fortsetter å få tilgang til sensitiv informasjon i oppsigelsestiden, som hun kan ta med seg til konkurrenten, som igjen kan skade arbeidsgiver.

Stilt overfor en slik situasjon er det nærliggende å anta at domstolen vil vektlegge at bakgrunnen for arbeidstakers oppsigelse er oppstart av eller overgang til konkurrerende virksomhet, i vurderingen om «særlig tungtveiende grunner» foreligger. Dersom arbeidstaker i tillegg har en ledende stilling vil dette være et ytterligere moment i favør av fratreden, ettersom en leder normalt har større skadepotensiale utad enn ansatte i lavere stillinger jf. 5.1.2.

Arbeidsgiver kan riktignok sikre seg mot illojal opptreden og konkurranse fra arbeidstaker. Dette følger av at det er en adgang til å innta konkurranseklausuler i arbeidsavtalen jf. aml. § 14 A-1. Disse klausulene kan imidlertid kun gjøres gjeldende for tiden etter at arbeidsforholdet er avsluttet.¹⁴⁴ Dermed kan en konkurranseklausul ikke begrunne at arbeidstaker ikke har behov for å pålegge arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden.

5.2 Oppsigelse fra arbeidsgiver på grunn av virksomhetens forhold

5.2.1 Har arbeidsgiver adgang til å pålegge fratreden i slike tilfeller?

Hvor oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold er det nærliggende å se hen til behandlingen ovenfor i kapittel 4.3.1, vedrørende urimelighetsterskelen for fratreden *etter* oppsigelsestiden i § 15-11 andre ledd andre punktum. Som nevnt under 4.3.1 er terskelen særlig høy når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold.

Hvilken betydning har så det ovennevnte for arbeidsgiver adgang til å pålegge fratreden *i* oppsigelsestiden. I *Investeringsrådgiverkjennelsen* fremholdt som nevnt Høyesterett at arbeidstakers rettigheter må være bedret sikret i oppsigelsestiden enn i perioden etter. Når terskelen for fratreden i tillegg skal være betydelig høyere *i* oppsigelsestiden,¹⁴⁵ samt at det skal *relativt mye* til for at arbeidstaker skal fratre *etter* oppsigelsestiden – der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold – mener jeg at rettskildebildet tilsier at arbeidsgiver i utgangspunktet ikke har adgang til å pålegge fratreden.

¹⁴⁴Jf. ordlyden «etter» i aml. § 14-A-1, se også prop.85 L (2014-2015) s. 5.

¹⁴⁵ Se kapittel 4.3.2.

Men som vi har sett, har Høyesterett har uttalt at den høye terskelen vedrørende fratreden etter § 15-11 andre ledd andre punktum, ikke utelukker helt at retten kan gi arbeidsgiver medhold i et krav om fratreden der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. Tilsvarende kan det tenkes unntak i oppsigelsestiden. Dette vil ikke være et avvik fra den høye terskelen, men heller en situasjon hvor «særlig tungtveiende grunner» kan sies å foreligge. Dette kan særlig tenkes ved nedleggelse av virksomhet.

5.2.2 Særlig om hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet

En ikke upraktisk situasjon er at arbeidstaker blir oppsagt fordi virksomheten blir *fullstendig* nedlagt. En nedleggelse kan skyldes ulike årsaker, som en beslutning om nedleggelse, uforutsette hendelser osv. Dette er årsaker som gjør det nødvendig å avbryte virksomheten. Igjen er det hensiktsmessig å se til § 15-11 andre ledd for å se om den kan gi noen overføringsverdi til adgangen til fratreden i oppsigelsestiden.

Tidligere var det antatt i rettspraksis at arbeidsgiver ikke trengte rettens kjennelse for at arbeidstaker måtte fratre ved nedleggelse av virksomhet. Dermed kunne retten til å stå i stilling bortfalle automatisk.¹⁴⁶ Relevante momenter var: om det var klart at virksomheten var opphørt, at det ikke var annet arbeid tilby, og at arbeidstaker ikke ville godta tilbud om ny stilling.¹⁴⁷ Det var heller ikke «naturlig å tale om å «fortsette i stillingen» når stillingen ikke lenger eksisterer» jf. Rt. 1992 s. 776.¹⁴⁸ At retten til å stå i stilling kunne bortfalle automatisk ble også delvis begrunnet med at ordlyden i 1977-loven var taus angående hel- eller delvis nedleggelse av virksomhet.

Ved endringen av 2005-loven i 2009, fikk imidlertid § 15-11 andre ledd tilført et tredje punktum, som presiserer at retten til å stå i stilling skal vurderes fullt ut ved «hel eller delvis nedleggelse av virksomheten». Dette innebærer at arbeidsgiver må begjære fratreden også ved disse tilfellene.¹⁴⁹ Til tross for dette, vil de nevnte momentene fra rettspraksis tilknyttet 1977 - loven fortsatt være relevante i fratredelsesvurderingen. Momentene vil også i dag trekke i

¹⁴⁶ Rt. 1992 s. 776 og Rt. 1997 s. 1941.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Rt. 1992 s. 776 på s. 782.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) s. 85.

retning av fratreden.¹⁵⁰ At en virksomhet skal måtte drives videre ved *hel nedleggelse* fordi en ansatt skal få fortsette i stillingen, er vanskelig å forestille seg.

Heller ikke i oppsigelsestiden, er det naturlig å anføre at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid dersom det *de facto* ikke finnes noen stilling å arbeide i, og det er klart at virksomheten er *helt nedlagt*. Selv om terskelen for fratreden er mye høyere i oppsigelsestiden, må spørsmålet om det foreligger «særlig tungtveiende grunner», som vist alltid bero på en konkret vurdering.¹⁵¹ Dermed er det ikke utenkelig at retten vil akseptere at arbeidsgiver pålegger at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden, gitt at de ovennevnte momenter foreligger. En viktig forskjell er imidlertid at arbeidsgiver ikke kan frita seg fra lønnsforpliktelsen i oppsigelsestiden.

152

Hva om virksomheten derimot er *delvis nedlagt*? Med delvis nedleggelse menes her at en virksomhet kan deles opp i ulike deler – som eksempelvis i form av avdelinger eller tjenestegrener – og at en av disse delene blir helt nedlagt. Det at virksomheten som sådan ikke er helt nedlagt, tilsier at omplassering bør kunne vurderes. En omplasseringsmulighet vil imidlertid ikke alltid foreligge. For eksempel kan det tenkes at virksomheten mister en viktig kontrakt som var hovedbeskjeftigelsen til den aktuelle virksomhetsavdelingen, og at det heller ikke er sannsynlig å få en tilsvarende kontrakt i fremtiden. Under slike omstendigheter, vil «stillingen» til arbeidstaker ikke lengre eksistere, tilsvarende som ved *hel nedleggelse*. I praksis er det gode grunner som tilsier at slike situasjoner må løses ved at arbeidstaker ikke jobber i oppsigelsestiden eller gjennom en midlertidig omplassering dersom dette er mulig.¹⁵³

I *Investeringsrådgiverkjennelsen* ble muligheten for omplassering påpekt som et relevant moment i spørsmålet om å frata arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden, uten at det ble drøftet konkret i kjennelsen.¹⁵⁴ Dersom det faktisk foreligger muligheter for omplassering i oppsigelsestiden og virksomheten ikke benytter seg av dette, trekker det i retning av at «særlig tungtveiende grunner» ikke kan konstateres ved *delvis nedleggelse*. Muligheten for en slik midlertidig omplassering er noe annet enn å tilby arbeidstaker «annet passende arbeid» etter § 15-7 andre ledd. Dessuten vil omplassering ofte være lettere for arbeidsgiver å «tåle» i oppsigelsestiden

¹⁵⁰ Ibid. s. 85.

¹⁵¹ Se kapittel 4.3.2.

¹⁵² Rt. 2009 s. 1183 premiss 27 og Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 5 til aml. § 15-11.

¹⁵³ Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 5 til aml. § 15-11.

¹⁵⁴ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27, kjennelsen gjaldt materielt sett om arbeidstaker hadde rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden.

fordi det er snakk om arbeide i en avgrenset periode, som ofte vil være mye kortere enn perioder arbeidstaker krever å stå i stilling etter § 15-11 andre ledd.

5.3 Oppsummering – «særlig tungtveiende grunner»

Som drøftelsen ovenfor viser har Høyesterett oppstilt en unntaksregel ved at arbeidsgiver har adgang til å pålegge at arbeidstaker fratrer i oppsigelsestiden. Adgangen er videre svært snever, da den er begrenset til tilfeller hvor det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Som gjennomgangen har vist har domstolene først og fremst åpnet for unntak hvor oppsigelsen skyldes forhold på arbeidstakers side. At arbeidstaker oppfattes som «vanskelig» eller at den ansatte utviser manglende samarbeidsvilje er ikke nok til å nå vilkårets høye terskel. Dersom arbeidstakers forhold derimot er av en slik karakter at det skaper risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver, vil dette være et tungtveiende moment for at «særlig tungtveiende grunner» foreligger. Gitt at det foreligger avskjedslignende tilfeller, men hvor vilkåret for avskjed ikke er oppfylt, vil dette også være et tungtveiende moment for at det foreligger «særlig tungtveiende grunner». Samtidig har både Investeringsrådgiverkjennelsen og underrettskjennelse vist at vurderingen er svært skjønnsbasert. Det må alltid foretas en helhetsvurdering, hvor andre momenter også kan være av betydning. Herunder har vi sett at arbeidstakers stillingsnivå er av betydning. Har arbeidstaker en lederstilling vil dette være et sentralt moment, men stillingsnivåmomentet må igjen ses i sammenheng med risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver.

Når arbeidstaker selv sier opp har rettspraksis ikke avklart om *2009-unntaket* kommer til anvendelse. Men dersom årsaken til arbeidstakers oppsigelse er at hun skal starte eller gå over til en konkurrerende virksomhet, er det nærliggende at domstolene vil anse dette som et tungtveiende moment for at arbeidsgiver kan ha et særlig behov for at arbeidstaker fratrer i oppsigelsestiden.

Det er også uklart om unntaket kommer til anvendelse der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold. Drøftelsen i kapittel 5.2.1 har likevel skissert enkelte momenter som vil kunne antas å få relevans for hvorvidt «særlig tungtveiende grunner» foreligger. I tilfeller hvor det *de facto* ikke finnes noen jobb å fortsette i, vil det være konstruert og upraktisk for arbeidsgiver å gi arbeidstaker en ubetinget rett til å arbeide i oppsigelsestiden. Som illustrert gjør dette seg særlig gjeldende ved både hel og delvis nedleggelse av virksomhet. Ved delvis nedleggelse vil

imidlertid mulighetene for omplassering være sentralt for hvorvidt vilkåret er oppfylt eller ikke. Men også ved delvis nedleggelse kan det være vanskelig å la arbeidstaker arbeide i oppsigelsestiden, dersom det ikke finnes noen stilling å arbeide i. Hvis det derimot finnes en mulighet for omplassering i oppsigelsestiden vil nok dette være et moment i retning av at «særlig tungtveiende grunner ikke foreligger».

Til slutt er det interessant å kort reise spørsmålet om retten skal pålegge en oppsagt arbeidstaker å fratre i oppsigelsestiden dersom «særlig tungtveiende grunner» foreligger, eller om unntaket gir anvisning på en ulovfestet «kan-regel». Høyesteretts bruk av uttrykket «adgang» i *Investeringsrådgiverkjennelsen*, indikerer at retten står fritt til å avgjøre om den skal gi arbeidsgiver medhold i kravet hvis vilkårene er oppfylte. Dette understøttes også av at standpunktet som retten kommer til ved anvendelsen av unntaket, alltid bero på et totalt skjønn.

6 Andre muligheter arbeidsgiver har for å ensidig frabe seg arbeidstakers arbeidsytelsen i oppsigelsestiden

Selv om *Investeringsråd-giverkjennelsen* kan tolkes slik at den gis et bredt anvendelsesområdet, får arbeidsgiver som oftest ikke medhold i at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden.¹⁵⁵ En årsak mulig årsak til dette er nok den svært høye terskelen for at unntaket skal komme til anvendelse, og at hovedregelen er rett til arbeid i oppsigelsestiden.

Det neste spørsmålet jeg skal undersøke er om arbeidsgiver har andre muligheter til å frabe seg arbeidstakers arbeidsytelse i oppsigelsestiden. Forutsetningen i det følgende er at arbeidsgiver mener at det foreligger et annet rettslig grunnlag enn *2009-unntaket*, som kan legitimere adgangen til å frabe seg arbeidstakers arbeidsytelsen i oppsigelsestiden. Hovedregelen om rett til arbeid og lønn i oppsigelsestiden, ligger imidlertid fast også her jf. kapittel 3.

6.1 Avtale om fratreden i oppsigelsestiden

Spørsmålet her er hvilken adgang avtalepartene har til å avtale at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden. Arbeidsmiljøloven er preceptorisk ved at den ikke kan «fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt», jf. § 1-9. Utgangspunktet er derfor at partene ikke har adgang til å avtale ordninger som er mindre gunstige for arbeidstaker enn de loven foreskriver. Lovgiver har med dette ønsket å verne den presumtivist svakeste parten ved å begrense avtalefriheten.¹⁵⁶

I det praktiske arbeidsliv er det imidlertid ikke uvanlig at arbeidsgiver utformer arbeidsavtalen med en oppsigelsessituasjon i bakhode. Ved å innta en bestemmelse om at arbeidstaker skal fratre i oppsigelsestiden, øker arbeidsgivers fleksibilitet og mulighet for å frabe seg arbeidstakers arbeidsytelsen ved en eventuell oppsigelse. Utgangspunktet er at partene har full avtalefrihet *etter* at en oppsigelse er gitt. Dette følger forutsetningsvis av arbeidsmiljøloven § 15-3 første ledd andre punktum.¹⁵⁷ Dette betyr at partene kan avtale at arbeidstaker skal fratre i oppsigelsestiden *etter* at oppsigelsen er meddelt.¹⁵⁸ Avalen kan også inngås i forbindelse med en oppsigelsessituasjon. Inngår arbeidstaker en slik avtale er hun bundet av den, og kan ikke senere kreve

¹⁵⁵ Haugaland tingretts kjennelse av 19. august 2019, LG-2019-107689, LG-2018-161055, TOBYF-2010-188020 og LB-2010-160933.

¹⁵⁶ Storeng m.fl. (2016) s. 548.

¹⁵⁷ Se kapittel 2.3 for en nærmere redegjørelse.

¹⁵⁸ Skjønberg m.fl. (2017) s. 48.

å få arbeide i oppsigelsestiden.¹⁵⁹ Forutsetningen må likevel være at arbeidstaker ikke har blitt presset til å inngå fratredelsesavtalen, samt at forhandlingene mellom partene må skje i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljøloven.¹⁶⁰

En *forhåndsavtale* om at arbeidstaker skal fratre, vil derimot stride mot ufravikelighetsbestemmelsen i § 1-9.¹⁶¹ Med *forhåndsavtaler* menes her avtaler som inngås *før* en eventuell oppsigelse. Retten til å arbeide i oppsigelsestiden er som nevnt en sentral del av stillingsvernet. En forhåndsavtale hvor arbeidstaker fraskriver seg rett til arbeid i oppsigelsestiden, allerede ved avtaleinngåelsen vil være et innhugg i stillingsvernsreglene. At avtalen ellers gir arbeidstaker gunstigere ordninger ved oppsigelse enn det loven gir – for eksempel høy økonomisk kompensasjon – ivaretar ikke hovedhensynet bak retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, nemlig den *ideelle verdien* av å være i arbeid.¹⁶²

I Investeringsrådgiverkjennelsen hadde arbeidstaker imidlertid en bestemmelse i arbeidsavtalen som sa at arbeidstaker kunne pålegges å fratre i oppsigelsestiden. Denne ble inntatt allerede ved inngåelsen av arbeidsavtalen. I lagmannsretten anførte arbeidstaker at bestemmelsen måtte settes til side som ugyldig.¹⁶³ Retten tok ikke stilling til ugyldighetsspørsmålet, da de løste saken på et annet grunnlag, og Høyesteretts ankeutvalg behandlet derfor heller ikke ugyldighetsspørsmålet. Likevel innga lagmannsretten en interessant obiter dictum uttalelse knyttet til arbeidsavtalen

«[ugyldighetsspørsmålet] ... må løses ut fra en helhetsvurdering av vilkårene i ansettelsesavtalen, som på andre punkter gir arbeidstakeren langt bedre vilkår enn de som følger av arbeidsmiljøloven». ¹⁶⁴

Uttalelsen synes å indikere at en forhåndsavtale om fratreden i oppsigelsestiden, ikke nødvendigvis strider mot ufravikelighetsnormen i § 1-9. Den rettskildemessige vekten av uttalelsen er imidlertid svært lav, idet den gis i et obiter dictum fra en lagmannsretts kjennelse. I tillegg hadde rådgiveren en ledende stilling i selskapet. Dette kan ha gjort lagmannsretten mer villig

¹⁵⁹ Jakhelln (2018) Arbeidsrett.no note 2 til aml. § 1-9.

¹⁶⁰ RG-2000-719 (Borgarting).

¹⁶¹ Ibid. og Jakhelln (2018) Arbeidsrett.no note 2 til aml. § 1-9.

¹⁶² Se kapittel 3.2.

¹⁶³ RG-2009-945 (Borgarting).

¹⁶⁴ Ibid. (mine parenteser).

til å godta en slik forhåndsregulering om fratreden. Jeg mener likevel at en forhåndsavtale om fratreden vanskelig vil kunne stå seg mot § 1-9, av de nevnte grunner ovenfor.

Konklusjonen på om arbeidsgiver kan inngå en forhåndsavtale om at arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden er at dette ikke er mulig jf. § 1-9. Å inngå en avtale om at arbeidstaker skal fratre i oppsigelsestiden *etter* at oppsigelsen er gitt, er derimot mulig.

Loven gir imidlertid som nevnt et særskilt unntak for «virksomhetens øverste leder» etter § 15-16 (2).¹⁶⁵ Ordlyden gir anvisning på at øverste leder *kan* fraskrive seg stillingsvernet «... dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden». Dette betyr at en avtale om fratreden i oppsigelsestiden kan inngås før arbeidsgiver tar en beslutning om oppsigelse.¹⁶⁶ Bakgrunnen for unntaket er ifølge forarbeidene at næringslivet i lang tid har vært preget av en utbredt praksis med å inngå sluttavtaler/sluttpakker på lederplan.¹⁶⁷ I tillegg har ansatte i ledende stillinger ofte bedre forutsetninger for å ivareta sine interesser ved å forhandle om økt kompensasjon. Av den grunn ville ansatte i ledende stillinger ofte motta store etterlønnssummer ved å inngå forhåndsavtaler om fratreden, i tillegg til å være omfattet av stillingsvernsreglene. Dette medførte en «uheldig signalvirkning i arbeidsmarkedet». ¹⁶⁸ Hvorvidt virksomhetens øverste leder har fraskrevet seg stillingsvernsreglene må imidlertid alltid bero på en konkret tolkning av forhåndsavtalen om fratredelse mot etterlønn. Ettersom lovgiver eksplisitt har åpnet for unntak for virksomhetens øverste leder, understøtter dette også at arbeidsgiver ikke har adgang til å inngå en forhåndsavtale om fratreden med arbeidstakere i lavere stillinger.¹⁶⁹

6.2 Suspensjon i oppsigelsestiden

Suspensjon er som nevnt en midlertidig løsning, som innebærer at arbeidsforholdet opphører midlertidig. For at arbeidsgiver skal kunne suspendere arbeidstaker, må det som nevnt foreligge en konkret og begrunnet mistanke om at arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som gir grunnlag for å meddele avskjed jf. §§ 15-13 og 15-14.¹⁷⁰ Dersom arbeidsgiver velger

¹⁶⁵ Se kapittel 5.1.2.

¹⁶⁶ Ot. prp. nr. 101 (2001) s. 6-7 og s. 10.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid. s. 2.

¹⁶⁹ Egeland (2018) *Arbeidsrett.no* note til 3 aml. § 15-16.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 252.

oppsigessporet når han skal avslutte arbeidsforholdet, kan han ikke da velge suspendere arbeidstaker i oppsigelsestiden jf. diskusjonen under kapittel 4.3.1.¹⁷¹

I praksis kan det likevel tenkes situasjoner hvor arbeidstaker er oppsagt i tråd med § 15-7, men at hun i oppsigelsestiden utfører nye klanderverdige forhold som etter sin art kan medføre avskjed etter § 15-14. Det kan også tenkes at tidligere forhold har forverret seg i oppsigelsestiden. Stilt over en slike situasjoner har juridisk fremholdt at arbeidsgiver har adgang til å suspendere arbeidstaker i oppsigelsestiden.¹⁷² Begrunnelsen må være at dersom arbeidsgiver skulle vært utelukket fra å suspendere arbeidstaker i oppsigelsestiden, kan man risikere at arbeidstaker fortsetter å begå handlinger som utgjør et vesentlig mislighold av arbeidskontrakten. Dette kan igjen skade arbeidsgivers interesser, og spesielt dersom oppsigelsestiden er lang.

Konklusjonen er at arbeidsgiver ikke har adgang til å suspendere arbeidstaker i oppsigelsestiden med mindre det har inntruffet forhold i oppsigelsestiden, som innebærer at det foreligger et avskjedsgrunnlag. Dette kan være både nye forhold av samme art, eller at tidligere forhold har forverret seg, som til sammen kan danne grunnlaget for avskjed.

6.3 Permittering i oppsigelsestiden

For arbeidsgiver er det ikke upraktisk at det kan oppstå et permitteringsbehov etter at en arbeidstaker er oppsagt. Hvorvidt arbeidsgiver har adgang til å permittere en arbeidstaker i oppsigelsestiden, har vært behandlet i rettspraksis og omdiskutert i juridisk teori.¹⁷³ Før dette drøftes nærmere, er det hensiktsmessig å gi en kortfattet redegjørelse av permitteringsinstituttet.

Permittering er en midlertidig ordning i arbeidsforholdet, som innebærer at arbeidstaker blir fritatt for sin arbeidsplikt i forbindelse med driftsinnskrenkninger eller driftsstans.¹⁷⁴ Arbeidsgiver har som utgangspunkt ikke lønnsplikt i permitteringsperioden, men arbeidstaker vil etter bestemmelsene i permitteringslønsloven ha krav på permitteringslønn.¹⁷⁵ At permittering er

¹⁷¹ Se også Bender (2011 s. 123).

¹⁷² Kroken og Mo (2018) *Arbeidsrett.no* note 22 til aml. §15-13 note.

¹⁷³ Se f.eks. Rt. 1980-400, Lilli (2009) og Agaard (2009).

¹⁷⁴ Permitteringslønsloven av 1988 nr. 22 § 1 (2), se også folketrygdloven av 1997 nr. 19 § 4-7.

¹⁷⁵ *Ibid.* § 3 og Storeng m.fl. (2016) s. 486.

et midlertidig tiltak innebærer at den permitterte skal tilbake i arbeid når permitteringsgrunnen(e) opphører.¹⁷⁶

Permitteringsreglene er ikke lovfestet. Høyesterett har imidlertid uttalt at permitteringsadgangen følger av arbeidsrettslig sedvanerett, som har utviklet seg i praksis og i avtaler mellom partene i arbeidslivet.¹⁷⁷ Permitteringsadgangen anses samtidig å ha blitt kodifisert i Hovedavtalen mellom LO og NHO.¹⁷⁸ I Hovedavtalen § 7-1 fremgår det at «permittering kan foretas når saklig grunn gjør det nødvendig for bedriften». Terskelen for at det foreligger saklig grunn er lavere for permittering enn for det som kreves etter tilsvarende vilkår i aml. § 15-7 (1), om ordinær oppsigelse.¹⁷⁹ Hvorvidt permitteringen kan anses som saklig er ikke gjenstand for nærmere drøftelse i denne avhandlingen, men generelt kan man si at det beror på en konkret og fortløpende vurdering.¹⁸⁰ Det er kun forhold på virksomhetens side som kan begrunne en permittering, og ikke forhold som knytter seg til arbeidstaker.¹⁸¹

Det er videre klart at arbeidsgiver i utgangspunktet kan si opp en permittert arbeidstaker, ettersom en permittering ikke medfører et sterkere stillingsvern enn det arbeidstaker allerede har etter reglene i arbeidsmiljøloven.¹⁸² Derimot er ikke svaret like utvilsomt om arbeidsgiver kan permittere en oppsagt ansatt.

I Rt-1984-400 uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at «arbeidsgiver ikke kan omgå dette (arbeidstakers rett til å stå i stillingen) ved å permittere arbeidstakeren i oppsigelsestiden», og henviste til en arbeidsrettsdom inntatt i ARD-1980-25 («Heitman»), som hadde kommet til samme resultat.¹⁸³

Spørsmålet har imidlertid vært omdiskutert i juridisk teori. Erik Agaard har i sin artikkel «Permittering» argumentert for at Heitman-dommen ikke oppstiller et forbud mot en permitteringsadgang av en oppsagt arbeidstaker dersom grunnlaget for permitteringen skyldes andre forhold enn grunnlaget for oppsigelsen.¹⁸⁴ Fougner har også fremholdt et slik syn. Herunder mener Fougner at *force majeure* tilfeller kan utgjøre eksempler på andre forhold, som kan

¹⁷⁶ ARD-1997-201 og Skjønberg m.fl. (2017) s. 372.

¹⁷⁷ Rt. 2014 s. 336 avsnitt 36.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid. s. 375.

¹⁸¹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 377.

¹⁸² Fougner m.fl. (2016) s. 223.

¹⁸³ Rt-1984-400 s. 401.

¹⁸⁴ Agaard (2009) s. 138.

oppstå i tillegg til oppsigelsesgrunnen.¹⁸⁵ Agaard påpeker videre at Heitmann-dommen ikke gjaldt uventende driftsforstyrrelser, og at permitteringen heller ikke var ment å være midlertidig.¹⁸⁶

En innvending mot de overnevnte synspunkt finner man hos Marco Lilli, som er kritisk til Agaard sin rettslige vurdering. Lilli har i sin artikkel «Oppsigelse og etterfølgende permittering» argumentert for at Heitmanndommen gir uttrykk for et absolutt forbud mot en permitteringsadgang, uavhengig av om grunnlaget for oppsigelsen og permitteringen er forskjellige.¹⁸⁷ I artikkelen viser Lilli til to avgjørelser som har fulgt opp Heitmanndommen, nevnte avgjørelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg¹⁸⁸ og en tingrettsdom fra 1990 avsagt i Oslo byrett.¹⁸⁹

Når det gjelder tingrettsdommen fra 1990, gjaldt dette en arbeidstaker som ble oppsagt på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner, samt at arbeidstaker utviste illojalitet og samarbeidsproblemer med øvrige kollegaer. Etter at oppsigelsen ble meddelt, ble den ansatte permittert på grunn av virksomhetens økonomiske situasjon. Retten fant at arbeidsgiver ikke hadde adgang til å permittere den ansatte, og fremhevet at permitteringsadgangen *ikke* avhenger av begrunnelsen for oppsigelsen og permitteringen.¹⁹⁰ Resultatet er i overenstemmelse med Rt. 1984 s. 400 og ARD-1980-25, men sier også uttrykkelig at permitteringsadgangen er utelukket selv om oppsigelsesgrunnen og permitteringsgrunnen er forskjellige. Selv om spørsmålet er omdiskutert i teori, er gjeldende rett på området at arbeidsgiver ikke har en adgang til å permittere en oppsagt arbeidstaker i oppsigelsestiden.

På den annen side kan Agaard og Fougner sine synspunkt ha gode grunner for seg, selv om deres argumentasjon ikke har noen rettsnormerende kraft. Som nevnt har forfatteren fremholdt at det kan tenkes en snever adgang til permittering under oppsigelsestiden. Med snever adgang har begge forfattere trukket frem force majeure tilfeller som eksempler. Eksempler på slike utforutsette hendelser kan være brann eller flom, som igjen kan resultere i en hel eller delvis stans i virksomheten og en vanskelig økonomisk situasjon.¹⁹¹ Dersom slike uforutsette hendelser inntreffer etter at arbeidstaker er blitt oppsagt, vil kanskje arbeidsgiver ikke ha noen arbeidsoppgaver å tilby i oppsigelsestiden. Her er jeg enig med Fougner at det fort kan bli

¹⁸⁵ Fougner m.fl. (2016) s. 225.

¹⁸⁶ Agaard (2009) s. 138.

¹⁸⁷ Lilli (2009) s. 231.

¹⁸⁸ Rt. 1984-400

¹⁸⁹ RG-1990-700 (Oslo byrett)

¹⁹⁰ Ibid. s. 774 Oslo byrett.

¹⁹¹ Fougner m.fl. (2016) s. 225.

urimelig for arbeidsgiver dersom han ikke kan permittere enkelte ansatte, når den økonomiske situasjonen tilsier at man burde redusere arbeidstokken.¹⁹² I tillegg kan det argumenteres for at det er urimelig at oppsagte arbeidstakere er vernet mot permittering i oppsigelsestiden, når øvrige ansatte kan permitteres. Arbeidstakere som ikke er oppsagte kan oppleve at stillingsvernsregelen er sterkere i oppsigelsestiden, og således at de rettslige konsekvensene blir urettferdige.

Selv om nevnte rimelighetsbetraktninger illustrer at et forbud mot permittering av oppsagte arbeidstaker kan virke urimelig både for arbeidsgiver, og for øvrige ansatte, kan disse hensynene ikke veie opp for hva som er gjeldende rett på området. Konklusjonen må derfor være at arbeidsgiver ikke kan permittere arbeidstaker i oppsigelsestiden. Om rimelighetsbetraktningene faktisk kan gi grunnlag for en snever adgang til å permittere arbeidstaker i oppsigelsestiden, gjenstår det å se om rettspraksis vil gi noen avklaringer på.

¹⁹² Ibid.

7 Kort om prosessuelle regler – hvordan kan arbeidstaker sikre sitt eventuelle krav på arbeid i oppsigelsestiden?

Spørsmålet her er hvilke virkemidler en oppsagt arbeidstaker har som vil utføre arbeid i oppsigelsestiden, men der arbeidsgiver pålegger den oppsagte å fratre/nekter å motta arbeidsytelsen.

Dersom arbeidstaker må fratre i oppsigelsestiden, det vil si i tilfeller hvor retten til å stå i stillingen bygger på arbeidsavtalen, gjelder ikke reglene om gjeninntreden etter § 15-11 femte ledd. Dette følger eksplisitt av ordlyden som angir at arbeidstaker kun har rett til å be domstolene om en kjennelse for gjeninntreden dersom arbeidstaker er «urettmessig utestengt fra arbeidsplassen etter at oppsigelsesfristen eller tidsrommet for arbeidsavtalen er utløpt». ¹⁹³ Forarbeidene og Høyesterett har støttet en slik tolkning. ¹⁹⁴ Høyesterett har samtidig uttalt at dersom arbeidstaker blir pålagt å fratre i oppsigelsestiden gjelder reglene om midlertidig forføyning. ¹⁹⁵ Arbeidstaker er således henvist til å begjære retten om midlertidig forføyning etter tvisteloven kapittel 34 for å kunne sikre sin rett til å arbeide i oppsigelsestiden.

Tvisteloven § 34-2 angir at to vilkår for at retten skal ta en begjæring om midlertidig forføyning til følge. Saksøker (arbeidstaker) må sannsynliggjøre både at hun har et «krav» mot saksøkte (arbeidsgiver), og at det foreligger en «sikringsgrunn» etter § 34-1.

I avhandlingens sammenheng vil kravsvilkåret være arbeidstakers rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, og det arbeidstaker må sannsynliggjøre er at hun faktisk har en slik rett i det aktuelle tilfellet. ¹⁹⁶ Sikringsgrunnen som videre må sannsynliggjøres er at det vil være vanskelig å opprettholde arbeidsforholdet dersom arbeidstaker ikke har tilgang til arbeidsplassen, jf. tvl. § 34-1(1) bokstav a og b. Det faller utenfor avhandlingens tema å redegjøre nærmere for de generelle kravene til sikringsgrunn.

At arbeidstaker henvises til å velge et annet prosesspor ved å gå veien om reglene om midlertidig forføyning, innebærer en mer kompleks prosess for arbeidstaker. ¹⁹⁷ For det første innebærer det at arbeidsgiver skyver det prosessuelle ansvaret over på arbeidstaker, ved at det er

¹⁹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2004) s. 336, hvor departementet understreker at regelen ikke får anvendelse innenfor oppsigelsestiden og Rt. 2005 s. 993 premiss 16 og 20.

¹⁹⁴ Rt. 2005 s. 993 premiss 16 og 20.

¹⁹⁵ Ibid. premiss 20.

¹⁹⁶ Se Rt. 2009 s. 1183 premiss 24.

¹⁹⁷ Øverberg (2018) *Arbeidsrett.no* note 4 til aml. § 15-11.

hun som får bevisbyrden for at ovennevnte vilkår er oppfylt for å kunne få rettens medhold om en midlertidig forføyning. For det andre trenger ikke arbeidsgiver rettens kjennelse for at arbeidstaker må fratre, som etter reglen i § 15-11 andre ledd. Det synes derfor som om arbeidstaker er dårligere stilt i oppsigelsestiden enn *etter* oppsigelsesfristens utløp, selv om ankeutvalget i *Investeringsrådverkjennelsen* la til grunn at «arbeidstakers rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn etter». ¹⁹⁸

En annen prosessuell ulempe for arbeidstaker er at domstolens saksbehandlingstid ofte er lengre enn arbeidstaker sin oppsigelsestid.¹⁹⁹ Dette kan resultere i at oppsigelsestiden har utløpt før kravet om midlertidig forføyning skal behandles. Spørsmålet blir da om arbeidstaker fortsatt kan sies å ha en rettslig interesse i å få forføyningskravet avgjort etter tvisteloven § 1-3.

For arbeidstakeren i *Investeringsrådverkjennelsen* utløp oppsigelsestiden omtrent samtidig som kjennelsen ble avsagt i ankeutvalget. Ankeutvalget konkluderte likevel med at arbeidstaker fortsatt hadde en rettslig interesse i å få prøvd saken, fordi avgjørelsen kunne ha betydning for et krav om å bli stående i stillingen etter § 15-11, samt et krav om erstatning i hovedsaken.²⁰⁰ Tilsvarende argumentasjon ble lagt til grunn under henvisning til *Investeringsrådverkjennelsen* i den ene legekjennelsen²⁰¹ og i LG-2019-107689. I legekjennelsen var oppsigelsestiden utløpt nesten to måneder før behandlingen av kjennelsen.²⁰² I kjennelsen fra Gulathing utløp oppsigelsen den 31. juli 2019, mens kravet om midlertidig forføyning ikke ble behandlet før 9. september 2019.²⁰³ Lagmannsretten konkluderte med at arbeidstaker fremdeles hadde rettslig interesse, fordi kravet om midlertidig forføyning kunne ha betydning for spørsmålet om fratreden etter § 15-11 andre ledd.²⁰⁴ Spørsmålet om fratreden var allerede til behandling i tingretten. ²⁰⁵

¹⁹⁸ Rt. 2009 s. 1183 premiss 28.

¹⁹⁹ Skarning m.fl. (2019) s. 189.

²⁰⁰ Rt. 2009 s. 1183 premiss 23.

²⁰¹ LB-2010-160933 (Borgarting).

²⁰² Ibid. Her var en prosessforutsetning om arbeidsgiver (sykehuset) fortsatt hadde rettslig interesse.

²⁰³ LG-2019-107689 (Gulathing).

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

Disse avgjørelsene viser at arbeidstaker kan oppfylle aktualitetskravet i tvisteloven § 1-3 (2) til tross for at oppsigelsestiden er utløpt. Forutsetningen må ifølge *Investeringsrådgiverkjennelsen* være at avgjørelsen får betydning for andre krav mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

8 Avsluttende bemerkninger

Siktemålet med avhandlingen har vært å undersøke hva som er gjeldende rett der arbeidsgiver ikke vil motta arbeidsytelse fra arbeidstaker i oppsigelsestiden. Hovedregelen om rett til arbeid i oppsigelsestiden står sterkt i norsk rett. Arbeidsgiver har samtidig en ulovfestet adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden. Adgangen er begrenset til tilfeller hvor det foreligger «særlig tungtveiende grunner», jf. *Investeringsrådgiverkjennelsen*.²⁰⁶ Disse forholdene på arbeidstakers side synes å måtte ha en slik karakter at det kan medføre risiko for betydelige skadevirkninger for arbeidsgiver.

Spørsmålet om fratreden i oppsigelsestiden er særlig aktuelt der arbeidstaker har en ledende stilling. I slike tilfeller er ikke lovens vernehensyn for arbeidstaker like tungtveiende, og arbeidsgivers interesser kan vektlegges tyngre. Herunder har arbeidsgiver mulighet til å inngå en forhåndsavtale med virksomhetens øverste leder om at hun må fratre i oppsigelsestiden etter § 15-16 (2). På den måten slipper arbeidsgiver å forholde seg til de svært skjønsmessige vurderingene som *2009-unntaket* legger opp til.

Om *2009-unntaket* kan anvendes ved arbeidstakers egen oppsigelse eller der oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold er uklart, men som drøftet er det ikke utenkelig at domstolen finner at dette er mulig. Selv om det kun finnes et fåtall av underrettsavgjørelser som har behandlet spørsmålet om fratreden i oppsigelsestiden, viser disse at det er flere arbeidsgivere som har forsøkt å avslutte arbeidsforholdet allerede før oppsigelsestiden er over. Rettsregelen som kommer til uttrykk i *Investeringsrådgiverkjennelsen*, gir også arbeidsgiver trolig muligheten til å presse arbeidstaker til å fratre i oppsigelsestiden mot at lønnskrevet består. Uten å vite hva som ligger i «særlig tungtveiende grunner» kan arbeidstaker gå med på en slik ordning, selv om hun egentlig vil arbeide i oppsigelsestiden. Unntaket må videre kunne sies å være uheldig for arbeidstaker ved at hun må begjære retten om midlertidig forføyning, for å gjøre gjeldende sin rett til å arbeide i oppsigelsestiden.

Det kan stilles spørsmål om arbeidsgivers adgang til å pålegge fratreden i oppsigelsestiden bør lovfestes. Dette vil trolig gi både arbeidsgiver og arbeidstaker større mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. En materiell regel av den typen *Investeringsrådgiverkjennelsen*

²⁰⁶ Rt. 2009 s. 1183 premiss 27.

oppstiller, kan derimot egne seg dårlig for lovfesting, ettersom vurderingen uansett vil måtte bero på et bredt spekter av skjønnsmomenter.

Når det gjelder andre muligheter til å frabe seg arbeidsytelsen ut over 2009-unntaket, er adgangen til å suspendere arbeidstaker i utgangspunktet utelukket, med mindre det oppstår et nytt forhold i oppsigelsestiden som utgjør et avskjedsgrunnlag. Videre er også adgangen til permittering i oppsigelsestiden utelukket etter gjeldende rett. Dette til tross for at rimelighetsbetraktninger illustrerer at arbeidsgiver bør ha en snever permitteringsadgang. Det vil imidlertid alltid være mulig å avtale arbeidstakers fratreden i oppsigelsestiden, men dette må gjøres *etter* at oppsigelsen er meddelt. Sistnevnte mulighet kan også være årsaken til at problemstillingen knyttet til *2009-unntaket* ofte ikke kommer opp til behandling i domstolene. En rettsak krever økonomiske ressurser, og det er trolig lettere for arbeidstakere å godta en forhåndsavtale eller en sluttavtale om fratreden mot økonomisk kompensasjon enn å starte en rettslig prosess.

9 Litteraturliste

9.1 Lover

Lover er sitert fra lovdata.no

1814	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)
1915	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)
1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven av 1977 opphevet)
1988	Lov 6. mai nr.22 om lønnsplikt under permittering. (permitteringslønnsloven)
1997	Lov 28. februar nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringslova (opplæringslova)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstidstillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)
2013	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på (skipsarbeidsloven)
2017	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

9.2 Tariffavtale

2018-2021

Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021 tilgjengelig fra
<https://www.lo.no/hovedavtalen/>

9.3 Forarbeider

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

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

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

Ot.prp. nr. 101 (2001-2002) Om lov om endringer i lov. 4. februar. 1977 nr. 4 om arbeidsvern 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.

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.24 (2004-2006)

Ot.prp. nr.24 (2004-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)

Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot. prp. nr. 54 (2008-2009)

Ot. prp. nr. 54 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skrift- og turnusarbeidere mv.)

Prop.85 L (2014-2015)

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

NOU 1992:20

Arbeidsmiljølovutvalget. Det gode arbeidsmiljøet er lønnsomt for alle

NOU 2004:5

Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv, for trygghet, inkludering og vekst

9.4 Rettspraksis

Rettspraksis er sitert fra lovdata.no

Høyesterett

Rt. 1979 s.770

Rt-1984 s. 400

Rt. 1994 s. 639.

Rt. 2004 s. 1413 U

Rt. 2009 s. 1183 U

(Investeringsrådgiver)

Rt. 2014 s.336

Rt. 2012 s. 219

Lagmannsrettene

RG 1996 s.202

Eidsivating lagmannsrett kjennelse av 10. juli 1995
(Butikkdesign)

RG-2000-719

Borgarting lagmannsrett dom av 11. oktober 1999

RG-2009-945

Borgarting lagmannsrett kjennelse av 22. juli 2009

RG-2010-488

Borgarting lagmannsrett kjennelse av 25. mars 2010
(Joramo)

LB-2010-152755

Borgarting lagmannsrettkjennelse av 12. oktober 2010
(Legekjennelse 1)

LB-2010-160933	Borgarting lagmannsrett kjennelse av 25. oktober 2010 (Legekjennelse 2)
LG-2018-161055	Gulating lagmannsrett kjennelse av 27. november 2018
LG-2019-107689	Gulating lagmannsrett kjennelse av 4. september 2019

Tingrettene

TOBYF-2009-60163	Oslo byfogdembete kjennelse av 19. mai 2010
TOBYF-2010-188020	Oslo byfogdembete kjennelse av 21 desember 2010
19-099721TVI-HAUG	Haugaland tingretts kjennelse av 14. august 2019 (ingen begrensning i adgang til offentlig gjengivelse)

Arbeidsretten

ARD-1997-201	Dom
ARD-1980-25	Dom (<i>Heitman</i>)

9.5 Juridisk litteratur

Bøker

Backer (2015)	Backer, Inge Lorange, <i>Norsk sivilprosess</i> , (Oslo 2015)
Fanebust (2015)	Fanebust, Arne Innføring i arbeidsrett – den individuelle- del, 4. utgave (Oslo 2015)
Fanebust (2017)	Fanebust, Arne, <i>Oppsigelse i arbeidsforhold</i> , 5. utgave (Oslo 2017)

- Fougner (2019) Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett – styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, (Oslo 2019)
- Fougner m.fl. (2016) Fougner, Jan, m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, (Oslo 2016)
- Nygaard (2014) Nygaard Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2014)
- Skarning m.fl. (2019) Skarning, Nicolay, Pernille Brusdal og Catriona McIntyre, *Oppsigelser skritt for skritt*, (Oslo 2019)
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Eivind A., *Rett og rettsanvendelse*, (Oslo 2018)
- Skoghøy (2019) Skoghøy, Jens Eivind A., «Avgjørelser av Høyesteretts Ankeutvalg som rettskilder», *Integritet og ære – Festskrift til Henry Jon Mæland*, Magnus Matningsdal og Asbjørn Strandbakken (red.), (Bergen 2019) s. 675 - 687
- Skjønberg m.fl. (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, 3.opplag (Oslo 2017)
- Storeng m.fl. (2016) Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 4. utgave, (Oslo 2016)
- Artikler*
- Agaard (2009) Agaard, Erik C., «Permittering», *Arbeidsrett* nr. 3 s. 120-134
- Bender (2011) Bender, Hans Jørgen, «Retten til å utføre arbeid i oppsigelsestiden», *Arbeidsrett* nr. 3-4 2011, s. 120–129

- Evju (1979) Evju, Stein og Jakhelln m.fl. «Om kontraktsvern, arbeidstilsyn og straff», *Arbeidsrettslige emner, Institutt for offentlig retts skriftserie* nr. 5/1988
- Lilli (2009) Lilli, Marco, «Oppsigelse og etterfølgende permittering – kommentar til Erik C. Aagaard», *Arbeidsrett*, nr. 4 2009, s. 231-234.
- Ulseth (2009) Ulseth, Therese S., «Rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden – kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg», *Nytt i privatretten*, nr. 4 2009, s. 4-5
- Kommentarutgave på nett*
- Arbeidsrett.no Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave 2018, sitert fra www.arbeidsrett.no
- Egeland (2018) Egeland, Lill. Jakhelln, «Note til aml. § 15-16», i www.arbeidsrett.no , Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave 2018, sitert fra www.arbeidsrett.no
- Jakhelln (2018) Jakhelln, Henning. «Note til aml. §1-9», i www.arbeidsrett.no , Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4 utgave 2018, sitert fra www.arbeidsrett.no
- Kroken og Mo (2018) Kroken, Nina, og Mo, H. Preben. «Note til aml. § 15-13», i www.arbeidsrett.no , Henning, Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Mo, Preben H. og Claude A.

Lenth red., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave 2018, sitert fra www.arbeidsrett.no

Øverberg (2018)

Øverberg, Ole Kristian. «Note til aml. § 15-11», i www.arbeidsrett.no, Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth red., *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*, 4. utgave 2018, sitert fra www.arbeidsrett.no