

Mastergradsoppgave

JUS399

**REKKEVIDDEN AV STYRINGSRETTEEN SOM
GRUNNLAG FOR ENDRINGER I
OPPSIGELSESTIDEN OG NÅR ARBEIDSTAKEREN
HAR RETT TIL Å STÅ I STILLINGEN**

Er det grunnlag for en utvidet endringsadgang når et arbeidsforhold er oppsagt?

Kandidatnummer: 186040

Veileder: Marit B. Frogner

Antall ord:14934

1.6.2012

1. INNLEDNING	4
1.1 PRESENTASJON AV PROBLEMSTILLING	4
1.2 SENTRALE BEGREPER	5
1.2.1 Arbeidsgivers styringsrett	5
1.2.2 Arbeidstaker	6
1.2.3 Arbeidsgiver	6
1.2.4 Oppsigelsestid	6
1.2.5 Rett til å stå i stillingen.....	7
1.2.6 Endringsoppsigelse.....	8
1.3 AVGRENSNINGER	8
1.4 RETTSKILDEBILDET	9
1.4.1 Innledning.....	9
1.4.2 Lov og forarbeider.....	9
1.4.3 Arbeidsavtalen.....	10
1.4.4 Tariffavtaler.....	11
1.4.5 Rettspraksis	12
1.4.6 Juridisk teori – ”grunnpregstandarden”	12
2. STYRINGSRETTE SOM GRUNNLAG FOR ENDRINGER I	
OPPSIGELSESTIDEN OG NÅR ARBEIDSTAKEREN STÅR I STILLINGEN....	14
2.1 INNLEDNING	14
2.2 STYRINGSRETTENS GRUNNLAG – ”RESTKOMPETANSE”	14
2.3 KRAV TIL SAKSBEHANDLINGEN VED ENDRINGSBESLUTNINGER.....	15
2.3.1 Saklighet. Kravet til forsvarlig grunnlag.....	15
2.3.2 Andre saksbehandlingskrav.....	16
2.3.3 Særlig om arbeidstakerens muligheter til å angripe endringsbeslutninger	17
2.4 MATERIELLE BEGRENSNINGER I ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT	19
2.4.1 Legislative hensyn.....	19
2.4.2 To utgangspunkter.....	20
2.4.3 Total utestengning fra arbeidsplassen	22
2.4.3.1 Innledning	22
2.4.3.2 Konkret vurdering	23
2.4.3.3 Oppsummering.....	25

2.4.4	Andre endringer i arbeidsforholdet	25
2.4.4.1	Utgangspunktet	25
2.4.4.2	Begrensninger i lov og tariffavtale.....	26
2.4.4.3	Arbeidsavtalen	29
2.4.4.4	Ulovfestede krav til saklighet	31
2.4.4.5	Utvidet endringsadgang når arbeidsforholdet er oppsagt?.....	35
2.4.4.6	Oppsigelsen er arbeidstakers beslutning	38
2.4.4.7	Oppsigelsen er arbeidsgivers beslutning.....	39
2.4.4.8	Særlig om endringskompetansen før og etter oppsigelsesfristens utløp	41
3.	AVSLUTNING	43
3.1	OPPSUMMERING	43
3.2	VURDERING.....	44
4.	REFERANSER.....	45

1. INNLEDNING

1.1 Presentasjon av problemstilling

Arbeidsgivers adgang til å gjøre endringer i et arbeidsforhold kan følge av både lov og avtaleregulering, men det er først og fremst i kraft av styringsretten at arbeidsgiveren har en slik kompetanse. I denne oppgaven skal jeg undersøke hvilken betydning det har for styringsretten at et arbeidsforhold forutsetningsvis skal avsluttes. Spørsmålet er i hvilken grad arbeidstakeren kan pålegges endringer i oppsigelsestiden og når han har rett til å stå i stillingen etter arbeidsmiljøloven¹. Problemstillingen aktualiserer seg i de tilfeller arbeidsgiveren mener det er hensiktsmessig med endringer for å oppnå en – for virksomheten – mest mulig praktisk avvikling av arbeidsforholdet.

Utgangspunktet etter norsk rett er at et ansettelsesforhold er tidsubegrenset. I denne oppgaven er forutsetningen imidlertid at arbeidsforholdet går mot slutten, og at i hvert fall en av partene har gitt uttrykk for at han ønsker det avsluttet. Dette innebærer en vesensforskjell fra de løpende arbeidsforhold, som kan gi grunnlag for å reise spørsmålet om arbeidsgiveren har en utvidet endringsadgang sammenlignet med ellers. I så henseende har det trolig betydning om det er arbeidstakeren selv eller arbeidsgiveren som har sagt opp arbeidsforholdet, og hva som er årsaken til oppsigelsen. En vesensforskjell kan videre ligge i om endringene foretas i oppsigelsestiden når oppsigelsen ikke bestrides av arbeidstakeren, eller om de foretas mens han har rett til å stå i stilling i påvente av rettskraftig avgjørelse om oppsigelsens gyldighet. I førstnevnte tilfelle er det begge parter forutsetning at arbeidsforholdet skal avvikles, mens det i sistnevnte tvert i mot er arbeidstakerens ønske at arbeidsforholdet opprettholdes.

Det kan være flere årsaker til en oppsigelse i arbeidsforhold. Dersom arbeidstakeren sier opp selv, kan det skyldes et ønske om å arbeide med noe annet, det kan være lysten til å gå av med pensjon eller det kan skyldes et bedre tilbud hos en konkurrent. Er det arbeidsgiveren som går til oppsigelse, kan oppsigelsen skyldes nedbemanning eller omorganisering, eller forhold på arbeidstakerens side. Eksempelvis alder, dårlig arbeidsutførelse, sykdom, tillitssvikt osv. For spørsmålet om endringsadgang er det særlig oppsigelser som skyldes utilstrekkelig arbeidsutførelse, tillitssvikt eller at arbeidstakeren skal ta arbeid hos en konkurrent som er sentrale. Det er i slike tilfeller et behov for endringer kan oppstå i avviklingsfasen, og under denne forutsetning oppgavens problemstilling må forstås. Aktuelle endringer kan bestå i alt

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern § 15-11

fra omplassering, endring i arbeidsoppgaver, degradering, endring i kunde- og klientforhold mv. til total utestengning fra arbeidsplassen.

Det er ikke sjeldent avtalt begrensninger i arbeidstakerens handlefrihet for tiden etter at et arbeidsforhold er avsluttet. Slike klausuler tar sikte på å beskytte virksomheten mot konkurranse, og kan ha mange ulike betegnelser. Vanligst er konkurranseklausulene og kundeklausulene.² Per nå er det kun konkurranseklausulene som er regulert i lovgivningen³, og gyldigheten av andre bestemmelser må således avgjøres etter alminnelige avtalerettslige regler. Felles for klausulene er likevel at de først og fremst ivaretar arbeidsgiverens interesser etter arbeidsforholdets opphør. Frem til dette tidspunktet er det taushetsplikten og den alminnelige lojalitetsplikten⁴ som sikrer arbeidsgiverens interesser. I den grad dette ikke er tilstrekkelig, kommer spørsmålet om styringsrett og endringskompetanse på spissen.

1.2 Sentrale begreper

1.2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Begrepet ”styringsrett” er en betegnelse på arbeidsgiverens kompetanse til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør innen rammen av de arbeidsrettslige regler.⁵ Kompetansen gir arbeidsgiveren rett til på den ene siden å treffe beslutninger om virksomheten som sådan, og på den annen side om arbeidstakernes ansettelsesforhold i virksomheten.⁶

Kompetansen til å gjøre endringer i de individuelle arbeidsforholdene følger særlig av den siden av styringsretten som gir arbeidsgiveren rett til å organisere og lede arbeidet. Når jeg bruker begrepet styringsrett i det følgende, er det først og fremst denne siden jeg tenker på. Det er imidlertid klart at styringsretten som sådan omfatter langt mer enn en kompetanse til å gjøre endringer i arbeidsforholdet.

Styringsretten er ikke lovregulert, og i juridisk teori er det ulike meninger om hvordan den skal plasseres rettslig. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.2, men jeg vil allerede nå

² Omtales nærmere under punkt 2.4.4.4

³ Se Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 38. Det pågår imidlertid et lovarbeid hvor konkurranse-, kunde-, og ikke-rekrutteringsklausuler foreslås regulert i arbeidsmiljøloven, se Arbeidsdepartementets hjemmesider

⁴ Rt. 1990 side 607 på s. 614. Retten slår fast at det foreligger en ”alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold”. Lojalitetsplikten forutsetter at arbeidstakeren fremmer arbeidsgiverens interesser innenfor de rammer lovgivningen stiller opp.

⁵ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2007 s. 24, Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett* (Oslo 1967), s. 149

⁶ Jan Fougner, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Trond Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave, Oslo 2010 s. 108

påpeke at det ikke er noen uenighet om styringsrettens eksistens – det er kun dens rettslige grunnlag som diskuteres. Det er anerkjent både i teori og praksis at arbeidsgiver har en kompetanse til ensidig å treffe beslutninger med virkning for arbeidstakeren. Se for eksempel Rt. 2000 side 1602 (Nøkkdommen), hvor Høyesterett uttalte at: ”Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.”⁷

1.2.2 Arbeidstaker

Arbeidstakerbegrepet er gitt en legaldefinisjon i arbeidsmiljøloven⁸ (aml.) § 1-8 første ledd. Bestemmelsen slår fast at arbeidstaker er ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. Det avgrenses således mot selvstendige oppdragsmottakere som utfører arbeid for egen regning og risiko.

Det sentrale og karakteristiske i arbeidstakerbegrepet er arbeidstakerens underordning i forhold til arbeidsgiveren. Arbeidstakerens personlige arbeidskraft er undergitt arbeidsgiverens instruksjons- og styringsrett, og det er derfor en sammenheng mellom selve arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiverens adgang til å gjøre endringer i arbeidsforholdet. Se forarbeidene til arbeidsmiljøloven hvor det uttales at: ”Et særtrekk ved arbeidsavtalen er arbeidstakerens avhengige stilling i forhold til arbeidsgiveren og sistnevntes styringsrett i arbeidsforholdet. Arbeidstakeren er normalt *økonomisk avhengig* som lønnsinntaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer *underordning* i forhold til arbeidsgiver.”⁹

1.2.3 Arbeidsgiver

Etter aml. § 1-8 annet ledd er arbeidsgiver ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”. Arbeidsgiveren er følgelig arbeidstakerens motpart i kontraktsforholdet, og det sentrale for denne oppgaven er at det er han som utøver styringsretten i forhold til de ansatte.

1.2.4 Oppsigelsestid

Oppsigelsestiden løper etter lovens ordlyd fra ”første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted”, jf. aml. § 15-3 fjerde ledd, og frem til oppsigelsesfristens slutt. I denne oppgaven

⁷ Rt. 2000 side 1602 (s. 1609). Det nærmere saksforholdet i dommen kommer jeg tilbake til under punkt 1.4.3.

⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 6.1.1

brukes begrepet ”oppsigelsestid” imidlertid om hele tidsperioden fra oppsigelse er meddelt arbeidsgiver eller arbeidstaker etter arbeidsmiljølovens regler,¹⁰ og frem til oppsigelsesfristen er utløpt. Det er selve oppsigelsen som aktualiserer spørsmålet om endringskompetansens rekkevidde i denne oppgaven, og da er det ikke hensiktsmessig å gi begrepet den noe snevrere forståelsen som kan utledes av lovens ordlyd.

I arbeidsmiljøloven er den gjensidige oppsigelsesfristen ”én måned” dersom annet ikke er skriftlig avtalt eller bestemt i tariffavtale, jf. aml. § 15-3 første ledd. Dersom arbeidstakeren sammenhengende har arbeidet i virksomheten i mer enn 5 år, gjelder det imidlertid lengre oppsigelsesfrister etter aml. § 15-3 annet ledd. Ofte er det avtalt lengre oppsigelsesfrister enn lovens i tariffavtaler eller i individuelle arbeidsavtaler.

I prøvetiden er den gjensidige oppsigelsestiden 14 dager med mindre annet er skriftlig avtalt, jf. § 15-3 syvende ledd. Oppsigelsesfristen er videre 14 dager dersom ”ulykker, naturhendelser eller andre uforutsette hendelser gjør det nødvendig helt eller delvis å innstille driften, og arbeidstaker derfor sies opp”, jf. § 15-3 tiende ledd første punktum. Disse særlige reguleringene av oppsigelsesfristene er mindre praktiske for denne oppgaven, og det er først og fremst lovens hovedregel på én måned eller de lengre fristene etter lov og arbeidsavtaler jeg forutsetter at gjelder her.

1.2.5 Rett til å stå i stillingen

Retten til å stå i stillingen ved tvist om en oppsigelses gyldighet følger av aml. § 15-11. Bestemmelsen fastslår at arbeidstakeren har rett til å fortsette i stillingen mens forhandlinger pågår etter § 17-3, jf. § 15-11 første ledd, og dersom søksmål reises innen lovens angitte frister, jf. § 15-11 annet ledd første punktum. Ved søksmål har arbeidstakeren rett til å stå i stillingen frem til rettskraftig dom om oppsigelsens gyldighet foreligger.

Med uttrykket ”rett til å stå i stillingen” i denne oppgaven, er det den perioden arbeidstakeren står i stillingen fordi søksmål er reist innen lovens frister jeg sikter til.¹¹ Videre er det den tiden arbeidstakeren står i stillingen *etter* oppsigelsesfristens utløp jeg tenker på, selv om man i prinsippet ”står i stillingen” også i oppsigelsestiden.

Retten til å stå i stillingen ved søksmål er ikke en ubetinget rett, og § 15-11 annet ledd annet punktum, samt tredje og fjerde ledd har regler som begrenser retten bl.a. når det er ”urimelig”

¹⁰ Se aml. §§ 15-3 – 15-5

¹¹ Retten etter aml. § 15-11 annet ledd

at arbeidsforholdet opprettholdes, i avskjedstilfellene, i prøvetiden, ved innleie av arbeidskraft og for midlertidige ansettelse. Det er imidlertid domstolene som tar stilling til om disse unntaksreglene får anvendelse i det konkrete tilfellet, og deres nærmere innhold vil derfor ikke bli behandlet. I den grad reglene kan få en indirekte betydning for styringsrettens rekkevidde, kommer jeg likevel tilbake til disse.

1.2.6 Endringsoppsigelse

Begrepet ”endringsoppsigelse” brukes ikke i arbeidsmiljøloven eller i lovverket ellers. I teorien er uttrykket imidlertid brukt som en betegnelse på det resultat at en endring faller utenfor styringsretten, og derfor kun kan gjennomføres ved oppsigelse av arbeidsavtalen med et samtidig tilbud om ny avtale på andre vilkår. Hensikten er med andre ord ikke å avslutte arbeidsforholdet, men å videreføre dette på andre betingelser.¹²

Det er antatt i rettspraksis at en endringsoppsigelse, i likhet med en vanlig oppsigelse, må ha saklig grunn for at den kan være gyldig og at den må gjennomføres i samsvar med arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler. Se for eksempel Rt. 2009 side 1465 (Senvaktdommen) hvor Høyesterett uttalte at: ”Som det fremgår av det jeg har sagt, kan den avtalte ordning med kveldsvakter ikke endres på annen måte enn ved endringsoppsigelse, som må gjennomføres i samsvar med arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler.”¹³ Denne forståelsen av begrepet har følgelig fått gjennomslag i rettspraksis, og det er også med tanke på dette innholdet jeg bruker uttrykket i oppgaven. Ettersom begrepet er en betegnelse på endringer som ligger utenfor styringsretten, vil det imidlertid ikke ha noen sentral plass her.

1.3 Avgrensninger

I denne oppgaven er det arbeidsgivers endringsadgang i privat sektor som er tema. Det avgrenses derfor mot offentlig sektor, og dermed mot ansettelsesforhold som reguleres av tjenestemannsloven¹⁴ og forvaltningsloven¹⁵.

Videre er det som nevnt forutsetningen at en av partene har gått til oppsigelse av arbeidsforholdet, slik at endringsadgangen i det løpende arbeidsforholdet ikke egentlig skal behandles. Det er imidlertid antatt i juridisk teori at styringsretten ikke begrenses alene av at et arbeidsforhold er oppsagt, og at endringer som ville vært berettigede ellers også kan

¹² Fougner, s. 23

¹³ Rt. 2009 side 1465 avsnitt 47

¹⁴ Lov 4. mars 1983 nr.3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)

¹⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

gjennomføres i en avviklingsfase.¹⁶ Endringsadgangen på generell basis kan følgelig fungere som et utgangspunkt, og berøres derfor til en viss grad underveis.

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Innledning

Som allerede nevnt, er verken styringsretten eller arbeidsgiverens endringsadgang regulert i lovgivningen på generell basis. Enten man er enig i den ene eller den andre tilnæringsmåten til dens rettslige plassering,¹⁷ er det imidlertid liten tvil om at retten eksisterer. Styringsretten bygger på et sedvanerettslig grunnlag,¹⁸ og kan pragmatisk sett forankres i at rettsordenen har anerkjent en slik rett for arbeidsgiveren.¹⁹

Som ellers på arbeidsrettens område, er det lov, tariffavtaler og de individuelle arbeidsavtalene som er de primære rettskildene når endringsadgangens rekkevidde skal bestemmes. Kun når disse kildene ikke setter grenser, har arbeidsgiveren beslutningsrom til å pålegge arbeidstakeren endringer som virker inn på hans arbeidsplikt. Dette er også grunnen til at styringsretten ofte omtales som en ”restkompetanse” i både juridisk teori og rettspraksis. Se for eksempel Rt. 2001 side 418 (Kårstødommen) hvor Høyesterett uttalte at endringene ikke var så omfattende at de gikk utover det arbeidsgiveren kunne foreta ”i kraft av styringsretten som en restkompetanse”.²⁰ For øvrig er også rettspraksis, ulovfestede regler om saklighet, og juridisk teori viktige rettskilder. I det følgende gis det en kort oversikt over kildene på arbeidsrettens område, og deres betydning for oppgavens problemstilling.

1.4.2 Lov og forarbeider

Arbeidsmiljøloven er det sentrale utgangspunkt ved spørsmålet om arbeidsgiverens endringsadgang i oppsigelsestiden og når arbeidstakeren står i stillingen. Loven får anvendelse på all ”virksomhet som sysselsetter arbeidstaker med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”, jf. aml. § 1-2 første ledd.

Arbeidsmiljøloven kjennetegnes av verneregler som er ufravikelige til arbeidstakerens ugunst med mindre annet er særskilt fastsatt, jf. aml. § 1-9. Loven skal bl.a. sikre trygge og

¹⁶ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning* s. 469

¹⁷ Styringsrettens rettslige grunnlag behandles nærmere i pkt. 2.2.

¹⁸ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning* s. 108

¹⁹ Stein Evju, ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Tidsskriftet Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1, s.3-32 (2003) s. 18

²⁰ Rt. 2001 side 418 (s. 427)

inkluderende arbeidsforhold, jf. § 1-1. Dette formålet er viktig ved tolkingen av lovens bestemmelser, og vil kunne få betydning også for rekkevidden av endringsadgangen.

Som jeg kommer tilbake til i punkt 2.4.4.2, er det flere bestemmelser i arbeidsmiljøloven som må tas i betraktning når arbeidsgiverens endringsadgang skal fastlegges. Det vil først og fremst være naturlig å ta utgangspunkt i lovens regler om retten til å stå i stillingen, men også kapittel 4 som gjelder krav til arbeidsmiljøet kan sette begrensninger.

I tjenestemannsloven §§ 12 og 12 a er det gitt regler om arbeidsgiverens endringsadgang for statssektoren. Her heter det blant annet at embetsmenn og tjenestemenn plikter å finne seg i ”endringer i arbeidsoppgaver og omorganisering av virksomheten”.

I forarbeidene²¹ til arbeidsmiljøloven av 2005 ble det drøftet om arbeidsmiljøloven skulle ha tilsvarende bestemmelser om arbeidsgivers styringsrett, men dette ble ikke ansett hensiktsmessig. Det ble uttalt at bestemmelsene var uklare og ga opphav til tolkningsproblemer når det gjaldt hvilke endringer arbeidstakeren måtte finne seg i. Departementet fremhevet at utgangspunktet ved vurderingen av styringsrettens grenser i alle tilfelle var arbeidsavtalen. I juridisk teori er det antatt at endringsadgangen etter tjenestemannsloven uansett ikke rekker lenger enn etter arbeidsgivers alminnelige styringsrett, og at bestemmelsen derfor ikke har noen selvstendig betydning.²²

1.4.3 Arbeidsavtalen

Som forarbeidene påpeker,²³ er det den individuelle arbeidsavtalen som danner utgangspunktet for vurderingen av styringsrettens rekkevidde.

Etter aml. §§ 14-5 og 14-6 skal det inngås skriftlig arbeidsavtale, og denne skal blant annet angi arbeidsplassen og en ”beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori”, jf. § 14-6 bokstav b og c. Endringer i arbeidsavtalen skal tas inn i arbeidsavtalen senest en måned etter at endringene trådte i kraft, jf. § 14-8, hvilket viser at loven forutsetter at partene har et bevisst forhold til arbeidsavtalen og hva som innebærer endringer i forhold til denne.

At arbeidsavtalen danner utgangspunktet for styringsrettens rekkevidde, fremgår også av Nøkkdommen. Saken gjaldt spørsmålet om en kommune med hjemmel i arbeidsgivers

²¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 20.4.3

²² Fougner, s. 136

²³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 20.4.3

styringsrett kunne integrere mannskapet på en brannbåt i kommunens hovedbrannstyrke. Integreringen ville innebære "ikke ubetydelige endringer" i de ansattes stillinger, som skifte av arbeidssted og tilleggsopplæring. Likevel ble endringene akseptert av Høyesterett. Høyesterett uttalte at: "Spørsmålet om Stavanger kommune med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kan integrere mannskapet på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke, må avgjøres på grunnlag av en tolking og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler."²⁴

Situasjonen i dag er imidlertid at det sjelden foreligger klare reguleringer av arbeidsplikstens innhold i arbeidsavtalen.²⁵ Særlig gjelder dette arbeidstakerens plikt til å godta endringspålegg i oppsigelsestiden og når han eventuelt står i stillingen. Andre kilder får derfor også stor betydning for oppgavens problemstilling.

1.4.4 Tariffavtaler

Etter arbeidstvistloven²⁶ § 1 første ledd bokstav e er en tariffavtale "en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold". Tariffavtalen legger begrensninger på arbeidsgiveren, samtidig som det lenge har vært sikker rett at tariffavtaler generelt bygger på en forutsetning om at arbeidsgiver har styringsrett.²⁷

Noe av det særegne med tariffavtalen, er at den ikke bare binder avtalens kontraherende parter, men også medlemmene i de organisasjonene partene representerer. Arbeidsgiveren er således bundet av tariffavtalens bestemmelser selv om han ikke har vært med på å inngå avtalen.

Tariffavtalen er videre ufravikelig i den forstand at den er bindende også i forhold til de individuelle arbeidsavtalene, jf. arbeidstvistloven § 6. Det kan derfor ikke avtales vilkår som strider mot den tariffavtale vedkommende arbeidsgiver er bundet av. På den måten legger tariffavtalen begrensninger på styringsrettens rekkevidde.

På den annen side, kan tariffavtalene også regulere nærmere sider av styringsretten og gi hjemmel for at arbeidsgiveren kan foreta visse endringer. Hovedavtalen mellom LO og NHO kapittel 8 om permittering er et eksempel på det. Her har arbeidsgiveren hjemmel for midlertidig å suspendere arbeidsforholdet dersom saklig grunn gjør det nødvendig for

²⁴ Rt. 2000 side 1602 (s.1609)

²⁵ Fougner, s. 206

²⁶ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvist (arbeidstvistloven)

²⁷ Fougner, s. 148

virksomheten. Selv om rettspraksis har lagt til grunn at det kan permitteres etter Hovedavtalens vilkår også på ulovfestet grunnlag,²⁸ ser man her et eksempel på at tariffavtalene kan regulere ulike sider av styringsretten. Den kan følgelig både legge begrensninger på og gi grunnlag for arbeidsgiverens endringsadgang.

Ettersom denne oppgaven tar for seg endringsadgangen i oppsigelsestiden og når arbeidstakeren står i stillingen på tvers av ulike bransjer og yrker, vil det nærmere innholdet av ulike tariffavtaler ikke ha noen stor plass i det følgende. I den konkrete vurderingen av om en endring skal godtas, må det imidlertid undersøkes om de respektive tariffavtalene kan legge noen føringer for vurderingen.

1.4.5 Rettspraksis

I Rt. 1977 side 902 (Hammerverkdommen) uttaler Høyesterett at arbeidsgivers styringsrett har vært anerkjent i rettspraksis siden tidlig på 1900-tallet.²⁹ Senere har det kommet mange avgjørelser i Høyesterett, Arbeidsretten og underrettene, som både anerkjenner styringsretten og som redegjør for og presiseres dens innhold.

Når det gjelder styringsretten og endringskompetansen akkurat i oppsigelsestiden og når arbeidstakeren står i stillingen, foreligger det imidlertid begrenset med rettspraksis fra Høyesterett. Det vil derfor bli brukt en del rettspraksis fra underrettene for å illustrere problemstillinger i denne oppgaven. Disse har imidlertid ingen prejudikatsverdi, og fungerer således kun som en argumentkilde.

Ellers vil også ulovfestede regler om saklighet på arbeidsrettens område, som er utviklet gjennom rettspraksis, få stor betydning når oppgavens problemstilling skal besvares.

1.4.6 Juridisk teori – ”grunnpregstandarden”

I mangel av konkrete lovregler om styringsretten og dens rekkevidde, ble det i juridisk teori oppstilt en presumsjonsregel for rekkevidden av endringsadgangen i arbeidsforhold. Denne ble kalt ”grunnpregstandarden”, og fikk til en viss grad gjennomslag i både rettspraksis, særlig underrettspraksis, og forarbeider. Se bl.a. forarbeidene til arbeidsmiljøloven som uttaler at:

²⁸ Det er antatt at Hovedavtalen gir uttrykk for alminnelige arbeidsrettslige prinsipper, se eksempelvis RG.2001 side 1098 (s.1102)

²⁹ Se Rt. 1977 side 902 s. 914

”Med mindre arbeidsavtalen er klar, vil den såkalte ”grunnpregstandarden” gjelde, det vil si at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg.”³⁰

Grunnpregstandarden ble i sin tid introdusert av Kristen Andersen, som på den tiden var formann i Arbeidsretten. I sin bok ”Fra arbeidslivets rett” uttalte han at: ”Det bør nemlig være hevet over tvil at arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med.”³¹

I og med Nøkkdommen er grunnpregstandarden antageligvis satt under press. Høyesterett godtok at skipsmaskinistene på brannbåten ble integrert i kommunens hovedbrannstyrke, og uttalte at dette medførte ”ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver”.³² Endringer som neppe er helt forenlige med grunnpregstandarden.

I Senvaktdommen uttalte Høyesterett imidlertid at arbeidsgiver må kunne ”endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet”,³³ en uttalelse som på mange måter kan minne om innholdet i grunnpregstandarden.

Ettersom det er noe usikkert hvorvidt grunnpregstandarden gir uttrykk for gjeldende rett i dag og Høyesterett selv ikke bruker dette begrepet, er det kanskje mer hensiktsmessig å snakke om en endringsnorm enn en grunnpregstandard. Uansett begrepsbruk er det antagelig slik at det ikke kan gjøres for inngripende endringer i de elementene som særpreger arbeidsforholdet. Det er imidlertid sannsynlig at det nå er en større adgang til å legge vekt på samfunns- og rimelighetshensyn, herunder arbeidsgiverens behov for endringen, enn det den opprinnelige grunnpregstandarden forutsatte. Det nærmere innholdet av denne endringsnormen som en materiell begrensning kommer jeg tilbake til under punkt 2.4.4.3.

³⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) pkt. 20.4.3

³¹ Andersen, s. 101

³² Rt. 2000 side 1602 (s.1610)

³³ Rt. 2009 side 1465 (avsnitt 41)

2. STYRINGSRETEN SOM GRUNNLAG FOR ENDRINGER I OPPSIGELSESTIDEN OG NÅR ARBEIDSTAKEREN STÅR I STILLINGEN

2.1 Innledning

Som nevnt ovenfor, gir styringsretten arbeidsgiveren kompetanse til både å treffe beslutninger som angår virksomheten som sådan, og som berører arbeidstakernes individuelle ansettelsesforhold. For å illustrere at de beslutninger som foretas under den ene eller den annen kategori ikke nødvendigvis bygger på en lik kompetanse, uttrykkes dette gjerne som skillet mellom arbeidsgivers virksomhets- og arbeidsledelse.³⁴

Skillet er prinsipielt viktig fordi rekkevidden av styringsretten er forskjellig avhengig av om beslutningen gjelder virksomheten eller ansettelsesforholdet. Selv om beslutninger som angår selve virksomheten kan få store indirekte konsekvenser for de ansatte, er begrensningene i styringsretten på dette feltet få. Dette til forskjell fra når beslutningene gjelder det individuelle ansettelsesforholdet, fordi denne siden av styringsretten berører det som er avtalt mellom partene.³⁵

Spørsmålet om hvilke endringer arbeidsgiveren ensidig kan foreta, må underlegges en konkret vurdering i det enkelte tilfelle. Dette gjelder også når endringene foretas i oppsigelsestiden eller mens arbeidstakeren står i stillingen. Her under punkt 2 skal de grunnleggende utgangspunktene for arbeidsgiverens endringsadgang i avviklingsfasen fastlegges. Deretter skal forhold som på den ene siden kan tilsi materielle begrensninger, og på den annen side en større rekkevidde hva gjelder endringsadgangen gjennomgås. Aller først skal imidlertid styringsrettens rettslige grunnlag og krav til fremgangsmåten ved endringsbeslutninger behandles.

2.2 Styringsrettens grunnlag – ”restkompetanse”

I juridisk teori er det en viss uenighet om styringsrettens rettslige plassering. Stein Evju mener at styringsretten ikke er et selvstendig uavhengig rettsgrunnlag, men (bare) en ”restkompetanse” for arbeidsgiver der lov, tariffavtale, arbeidsavtale og øvrige rettsgrunnlag ikke setter klare begrensninger.³⁶ Jan Fougner derimot, er av den oppfatning at styringsretten

³⁴ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 108

³⁵ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 108

³⁶ Evju, *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, s. 20-21

er et selvstendig grunnlag.³⁷ Etter hans mening gjør ikke styringsrettens mange begrensninger at dens karakter av å være det forsvinner.

For denne oppgaven er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på denne diskusjonen, og jeg nøyer meg derfor med å vise til at den finnes. Slik jeg oppfatter både Evju og Fougner, er det enighet om at styringsretten er en kompetanse for arbeidsgiver til å foreta endringer i et ansettelsesforhold såfremt ikke andre kilder setter begrensninger. Akkurat hvordan man plasserer styringsretten rettslig har derfor underordnet betydning for denne oppgaven. Det er kompetansens rekkevidde i forhold til endringer i arbeidsforholdet som er det interessante spørsmål her.

2.3 Krav til saksbehandlingen ved endringsbeslutninger

2.3.1 Saklighet. Kravet til forsvarlig grunnlag

Arbeidsmiljøloven stiller opp en rekke saksbehandlingsregler som må overholdes når arbeidsgiveren sier opp et arbeidsforhold. Bl.a. skal det gjennomføres drøftinger med arbeidstakeren, det stilles formkrav til oppsigelsen, og begrunnelse skal gis dersom arbeidstakeren krever det, jf. §§ 15-1, 15-4 og 15-5. I juridisk teori er det antatt at disse reglene må brukes så langt de passer også ved endringsoppsigelser.³⁸

Det kan neppe kreves at alle disse saksbehandlingskravene må hensyntas også når arbeidsgiver foretar endringer i kraft av styringsretten. Høyesterett har imidlertid stilt krav til fremgangsmåten også i slike tilfeller, og det er særlig det ulovfestede saklighetskravet som er fremhevet.

Slik det norske saklighetskravet er formulert, er det ikke bare et materielt vilkår, men kanskje først og fremst en saksbehandlingsregel.³⁹ Det stilles krav om at beslutninger som har betydning for de ansattes arbeidspå et holdbart faktisk grunnlag. I dette ligger det en utredningsplikt for arbeidsgiver, og ofte innebærer denne at eventuelle endringer må drøftes med arbeidstakeren før beslutning treffes.

I Kårstødommen ble kravet til saklighet formulert slik: ”Styringsretten begrenses (...) av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til

³⁷ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 110

³⁸ Fougner, s. 270

³⁹ Fougner, s. 271

saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”⁴⁰

I dommen hadde arbeidsgiveren involvert arbeidstakerne i en prosjektgruppe som skulle se på omorganiseringen, og det hadde deretter vært drøftelser i det etablerte samarbeidsorganet. Til sammen var dette en ”forsvarlig prosess”.⁴¹

Rt. 2011 side 841 (Oslo kommunedommen) gjaldt spørsmålet om en undervisningsinspektør kunne omplasseres som følge av samarbeidsproblemer i skolens ledelse. Høyesterett viste til Kårstødommens saklighetskrav, og vurderte om beslutningen om omplassering var godt nok fundert. Utdanningsetaten hadde hatt tett kontakt med de ansatte i forkant av avgjørelsen, og de tillitsvalgte ble orientert før beslutningen ble truffet. Kommunen hadde ikke tatt stilling til årsaksforhold og skyld i konfliktene, men det var etter rettens syn forståelig når konfliktene hadde vært så langvarige. Etter Høyesteretts syn var beordringen utført i samsvar med saklighetskravet.

Arbeidsmiljøloven kapittel 8 har også regler om drøfting ved endringer i ansettelsesforhold, men disse er kollektive og gjelder kun drøfting med de tillitsvalgte.⁴² Kravet til ”forsvarlig prosess” slik det er angitt i Kårstødommen, er i teorien uansett antatt å gå lenger enn de pliktene kapittel 8 stiller opp.⁴³

Når det gjelder drøftelsesplikten, skal det merkes at det ikke er et krav til enighet Kårstøtsaken stiller opp, men kun en plikt til konferering og drøfting. Det er arbeidstakerens mulighet til å øve innflytelse på beslutningen som er det sentrale. Ofte vil drøftelser med de ansatte før beslutningene tas, derfor tilfredsstillende kravet til forsvarlig grunnlag.

Det nærmere innholdet i kravet til forsvarlig grunnlag vil avhenge av hvor inngripende den enkelte endringsbeslutningen er for arbeidstakeren. Særlig tidsperspektivet og hvilken type endring det dreier seg om, vil måtte påvirke hvor langt arbeidsgiveren skal utrede grunnlaget.

2.3.2 Andre saksbehandlingskrav

Som nevnt, gjelder det strenge form- og innholdskrav til både oppsigelser og endringsoppsigelser fra arbeidsgivers side. Den personelle oppsigelseskompetansen er i

⁴⁰ Rt. 2001 side 418 (s.427)

⁴¹ Rt. 2001 side 418 (s.427)

⁴² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.124

⁴³ Fougner, s. 282

særlovgivningen ofte også lagt til bestemte personer eller organer i et selskap.⁴⁴ Eksempelvis er det antatt i teorien at allmennaksjeloven⁴⁵ § 6-2 innebærer at kompetansen til å si opp daglig leder kun tilligger styret.⁴⁶

Spørsmålet om det også gjelder bestemte form- og personelle krav knyttet til endringsbeslutninger innenfor styringsretten, må imidlertid bero på hvor inngrepene beslutningen er for arbeidstakeren.⁴⁷ Utgangspunktet må igjen tas i Kårstødommens krav til ”forsvarlig prosess”, hvilket innebærer at beslutninger som medfører omfattende endringer bør gis skriftlig så partene har et presist grunnlag å forholde seg til. Vurderes det å nekte daglig leder å utføre arbeid i oppsigelsestiden, er det videre kanskje nærliggende at det er styret som beslutter dette, sml. allmennaksjeloven § 6-2.

For øvrig er forutsetningen at arbeidsforholdet allerede er oppsagt her, slik at lovens øvrige krav som skal ivareta arbeidstakerens behov for å angripe en oppsigelse ikke blir nødvendige. Her tenker jeg særlig på lovens krav til orientering om forhandlings- og søksmålsrett, samt frister for dette, jf. aml. §§ 15-4 andre ledd bokstav a-c.

2.3.3 Særlig om arbeidstakerens muligheter til å angripe endringsbeslutninger

Dersom arbeidsgiveren pålegger arbeidstakeren endringer som han ikke vil godta, eller går så langt som i å nekte han å arbeide, kan det være viktig for vedkommende å angripe arbeidsgiverens beslutning rettslig. Dette kan han gjøre ved å anlegge erstatningssak,⁴⁸ men ofte vil han kunne ha behov for en rask avklaring av slike spørsmål. Det får han ikke om han må vente på alminnelig hovedforhandling, med den saksbehandlingstid det ofte innebærer.

For å ivareta arbeidstakerens rettssikkerhet i slike tilfeller, bestemmer aml. § 15-11 femte ledd at en arbeidstaker som har vært ”urettmessig utestengt” fra sin stilling kan kreve rettens kjennelse for gjeninntreden. Bestemmelsen tar hovedsakelig sikte på de situasjoner der arbeidsgiveren ikke vil motta arbeidstakerens arbeidskraft overhodet, men det er mulig at det kan kreves kjennelse også der han er ”utestengt fra sin stilling” i den forstand at arbeidsforholdet er endret. Se for eksempel Rt. 2005 side 1017 hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler at: ”Lagmannsretten fant det ikke nødvendig å ta stilling til anførselen om at

⁴⁴ Fougner, s. 270

⁴⁵ Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

⁴⁶ Fougner, s. 271

⁴⁷ Fougner, s. 283

⁴⁸ Med påstand om avtalebrudd eller ugyldig endringsoppsigelse. Oppgavens ramme gjør det ikke mulig å behandle dette nærmere her.

bestemmelsen bare gjelder utestengning fra arbeidsplassen, ikke fra stillingen, en forståelse som tingretten synes å ha bygget på. Utvalget begrenser seg til å bemerke at denne forståelsen synes å harmonere mindre godt med lovens ordlyd, jf. uttrykksmåten ”gjeninntre i stillingen”, og med lovens forarbeider, se Ot.prp.nr.41 (1975-1976) side 21-11.”⁴⁹

Når det gjelder endringer i oppsigelsestiden, er det ikke aml. § 15-11 femte ledd som hjemler et krav på kjennelse for gjeninntreden. Det ligger imidlertid i oppsigelsesfristenes natur at arbeidstakeren i utgangspunktet har rett til å utføre sitt arbeid også i oppsigelsestiden. Se eksempelvis lagmannsrettens uttalelser som ankeutvalget slutter seg til i Rt. 2009 side 1183 (Investeringsrådgiverkjennelsen): ”Det selvsagte utgangspunktet er at en oppsagt arbeidstaker har rett til å stå i sin stilling i oppsigelsestiden. Dette er en slutning fra det mer til det mindre, idet hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 15-11 er at arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen under behandlingen av oppsigelsessaken, også i tiden etter utløpet av oppsigelsesfristen.”⁵⁰

Krav om å få utføre arbeid i oppsigelsestiden fremmes etter reglene om midlertidig forføyning i tvistelovens kapittel 34.⁵¹ Jeg viser til Rt. 2008 side 1529 hvor Høyesteretts ankeutvalg uttaler at: ”Ved utestengning fra arbeidsplassen før oppsigelsesfristens utløp må spørsmålet om gjeninntreden i stillingen avgjøres etter bestemmelsene om midlertidig forføyning, jf. tvistelovens kapittel 34 (...).”⁵² Jeg antar at det også her kan reises slikt krav selv om det ikke er snakk om en total utestengning fra arbeidsplassen, men kun andre endringer som arbeidstakeren ikke vil godta.

Selv om krav om gjeninntreden ikke kan fremmes etter arbeidsmiljølovens regler før oppsigelsesfristens utløp, viser rettspraksis at de momentene som har betydning etter aml. § 15-11 anvendes for å fastlegge arbeidstakerens rett også i oppsigelsestiden. Tvistelovens vilkår for midlertidig forføyning, herunder sannsynliggjøring av krav og sikringsgrunn jf. tvl. §§ 34-2 og 34-3, innebærer likevel at de prosessuelle reglene kan få betydning for arbeidstakerens materielle stilling. På den annen side, er det også antydnet i rettspraksis at arbeidstakerens vern er sterkere i oppsigelsestiden sammenlignet med retten til å stå i stillingen når det gjelder å få beholde arbeidsoppgavene. Se for eksempel Rt. 2009 side 1183 (Investeringsrådgiverkjennelsen) hvor ankeutvalget sluttet seg til lagmannsretten som hadde

⁴⁹ Rt. 2005 side 1017 avsnitt 19

⁵⁰ RG 2009 side 945 s. 952

⁵¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) kapittel 34

⁵² Rt. 2008 side 1529 avsnitt 22

uttalt at ”arbeidstakerens rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsestiden enn i tiden etter”.⁵³

2.4 Materielle begrensninger i arbeidsgivers styringsrett

2.4.1 Legislative hensyn

Når rettigheter og plikter beror på konkrete rimelighetsvurderinger, er det ofte hensiktsmessig å trekke inn de hensynene som begrunner reglene man anvender som tolkingsfaktorer i vurderingen. Ofte vil disse danne viktige utgangspunkter, samtidig som de kan gi en pekepinn på hvordan de ulike argumentene bør avveies mot hverandre. Når styringsrettens rekkevidde skal bestemmes, er det særlig hensynene bak oppsigelsestiden og retten til å stå i stillingen som kan gi føringer for vurderingen. Videre vil de mer grunnleggende verdiene bak selve retten til å arbeide danne viktige utgangspunkter.

Arbeidsmiljølovens oppsigelsesfrister er gjensidige, og innebærer at arbeidsforholdet som hovedregel skal løpe i minst én måned etter oppsigelsen.⁵⁴ Ofte er det avtalt lengre oppsigelsesfrister i individuelle arbeidsavtaler eller tariffavtaler, mens kortere frist bare kan forhåndsavtales mellom arbeidsgiver og tillitsvalgte ved tariffbundet virksomhet, jf. § 15-3 første ledd annet punktum. Fristene ivaretar partenes behov for tid til omstillinger i en periode etter oppsigelsen. Arbeidstakerens har behov for lønn, mens arbeidsgiveren behøver arbeidskraft.

Ofte gjør disse behovene at ingen av partene ønsker endringer i arbeidsforholdet i denne tiden, men i den grad dette vurderes av arbeidsgiver må hensynene bak oppsigelsesfristene tilsi begrensninger.

Mens oppsigelsesfristene ivaretar begge parter interesser i en overgangsperiode, er retten til å stå i stillingen utover oppsigelsesfristens utløp først og fremst viktig for å effektivisere arbeidstakerens stillingsvern. Arbeidstakeren er presumptivt den svakeste part, og retten til å stå i stillingen skal sikre hans interesser dersom han bestrider oppsigelsens gyldighet.

I lovens forarbeider uttales det at det var to sentrale hensyn som lå bak innføringen av retten til å stå i stillingen: hensynet til å hindre at det i praksis blir nærmest umulig å fortsette i stillingen hvis oppsigelsen blir kjent ugyldig, og arbeidstakerens behov for lønn.⁵⁵ Det pekes

⁵³ Rt. 2009 side 1183 (avsnitt 28). Jeg kommer tilbake til Investeringsrådgiverkjennelsen i punkt 2.4.3.2.

⁵⁴ Se aml. § 15-3 første ledd

⁵⁵ Ot.prp. nr.50 (1993-94) s. 33

på den potensielle vanskeligheten med å gjenoppta arbeidsforholdet dersom arbeidsgiveren i mellomtiden ansetter en ny person i stillingen, samt arbeidstakerens behov for inntekt frem til rettskraftig dom foreligger. En eventuell etterbetaling av lønn vil sjelden ivareta dette behovet. Også disse hensynene tilsier at endringsadgangen i denne perioden ikke kan være uten begrensinger.

De grunnleggende hensynene bak selve retten til å arbeide i et ansettelsesforhold, er også retningsgivende for styringsretten. Arbeidskontrakten etablerer et avhengighetsforhold mellom partene, men den er ubalansert i den forstand at arbeidstakeren ofte er den som er mest avhengig av arbeidsgiverens ytelser. Selv om behovet for lønn er mest fremtredende, kan selve retten til å arbeide også være svært viktig for arbeidstakeren. Ofte er denne av en slik verdi at lønnsutbetaling alene ikke vil være en tilfredsstillende ordning for en ansatt. Selve arbeidsutførelsen og det sosiale fellesskap har selvstendig betydning.⁵⁶

Dette understrekes også i forarbeidene, hvor det uttales at: ”Det ligger ingen overdrivelse i å si at arbeid skaper mennesker. Arbeidet har verdi både som mål og middel. Gjennom framveksten av det moderne samfunnet har arbeidsplassen blitt møtestedet både for en interessekonflikt og et interessefellesskap mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeid vil alltid være et middel for lønnsomhet for arbeidsgivere, lønn for arbeidstakere og verdiskaping for samfunnet totalt. For arbeidstakerne er imidlertid de muligheter for helse, utvikling og trivsel som ligger i arbeidet og dets prosesser, et mål i seg selv.”⁵⁷

2.4.2 To utgangspunkter

Hensynene nevnt ovenfor medfører at et første utgangspunkt for vurderingen av endringsadgangen er at arbeidstakeren ikke bare har rett til å motta lønn, men også til å utføre sitt arbeid i både oppsigelsestiden og mens han står i stillingen i påvente av dom.

For retten til å stå i stillingens vedkommende, kan dette utledes allerede av ordlyden ”fortsette i stillingen” i aml. § 15-11, samt forarbeidene til bestemmelsen. I forarbeidene uttales det at: ”Meningen med å gi arbeidstakeren rett til å stå i stillingen under behandling av tvisten, er at arbeidstakeren ikke bare skal ha rett til lønn men også til fortsatt å få utføre arbeid inntil tvisten er avgjort.”⁵⁸

⁵⁶ Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind I, Oslo 1995, s. 203

⁵⁷ Ot.prp. nr.50 (1993-94) s.33

⁵⁸ Ot.prp. nr.50 (1993-94) s.192

Dette utgangspunktet er videre slått fast i rettspraksis også for oppsigelsestiden. I Investeringsrådverkjennelsen, som gjaldt spørsmålet om en oppsagt investeringsrådgiver hadde rett til å utføre arbeid i oppsigelsestiden, uttalte ankeutvalget at lagmannsretten korrekt hadde ”lagt til grunn at en oppsagt arbeidstaker som hovedregel har rett til ikke bare å motta lønn, men også å utføre arbeid i oppsigelsestiden”.⁵⁹

Jeg legger til grunn at det er en rett til å få beholde det arbeidet den ansatte hadde før arbeidsforholdet ble oppsagt, lovgiver og domstolene i utgangspunktet har sett for seg for disse periodene.

Et annet viktig utgangspunkt for vurderingen er at arbeidstakeren ikke nyter noe bedre vern mot endringer i arbeidsforholdet når dette skal avvikles enn ellers. De endringer som kan foretas i kraft av styringsretten generelt, vil normalt sett kunne gjennomføres også i oppsigelsestiden eller mens arbeidstakeren står i stillingen.⁶⁰ Spørsmålet er som nevnt imidlertid om endringskompetansen, fordi arbeidsforholdet forutsetningsvis skal avvikles, rekker lengre enn det endringsadgangen gjør i et løpende arbeidsforhold.

Et sikkert standpunkt er at en eventuell utvidet styringsrett ikke går så langt som at oppsigelsestiden eller retten til å stå i stillingen kan gjøres illusorisk ved bruk av permittering. Høyesteretts ankeutvalg slår dette fast for så vidt gjelder retten til å stå i stillingen i Rt. 1984 side 400 med uttalelsen: ”Etter § 61 nr.4 er regelen at en arbeidstaker har rett til å bli i stillingen inntil det foreligger en endelig dom for oppsigelsens gyldighet. En arbeidsgiver kan ikke omgå dette ved å permittere arbeidstakeren i oppsigelsestiden, jfr. kjennelsen av Arbeidsretten den 29. april 1980.”⁶¹

Når en arbeidsavtale blir oppsagt, skal arbeidsforholdet opphøre ved oppsigelsesfristens utløp, mens ved permittering er forutsetningen at arbeidstakeren skal ha rett og plikt til å gjeninntre. Det vil derfor være selvmotsigende å permittere en arbeidstaker uten samtidig å trekke oppsigelsen tilbake.⁶² Det er imidlertid antatt i teorien at en oppsagt arbeidstaker kan permitteres i denne tiden dersom det skjer på bakgrunn av andre omstendigheter enn de som foranlediget oppsigelsen,⁶³ men dette ligger utenfor oppgavens problemstilling.

⁵⁹ Rt. 2009 side 1183 (avsnitt 25)

⁶⁰ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 469

⁶¹ Rt. 1984 side 400 (s.401)

⁶² Se ARD 1980 side 25

⁶³ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 235

Videre medfører utgangspunktet om at man har rett til også å utføre arbeid at total utestengning fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden, ofte omtalt som ”garden leave”, vil være i strid med lovgivers forutsetninger selv om det utbetales full lønn i denne tiden. Domstolene har imidlertid åpnet for en adgang til dette i særlige tilfeller, og i den grad dette tillates vil det utgjøre et ytterpunkt for endringsadgangen i avviklingsfasen. Det vil derfor være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i denne unntaksregelen også ved vurderingen av hvilke andre endringer som kan foretas i arbeidsforholdet i denne tiden.

2.4.3 Total utestengning fra arbeidsplassen

2.4.3.1 Innledning

Utgangspunktet er som nevnt at arbeidstakeren har rett til å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden og mens han står i stillingen. Lønn alene er ikke tilfredsstillende. Dette gjelder imidlertid ikke ubetinget, og i visse tilfelle har domstolene akseptert at arbeidsgiveren i kraft av styringsretten har nektet arbeidstakeren å arbeide i disse periodene.

Det kan være flere grunner til at arbeidsgiveren ikke vil motta den ansattes arbeidskraft. Dels kan det skyldes manglende tillit til arbeidstakeren og dels kan grunnen knytte seg til selve arbeidsutførelsen. Kanskje tilsier hensynet til omgivelsene at det ikke er forsvarlig at arbeidstakeren utfører arbeid etter at vedkommende er oppsagt. Dette hensynet ble bl.a. påberopt av et sykehus når en oppsagt lege ble pålagt umiddelbar fratreden.⁶⁴

I de tilfellene arbeidstakeren har opptrådt slik at avskjed kunne vært berettiget, er det videre ikke utenkelig at arbeidsgiveren i stedet velger å si opp arbeidstakeren med et pålegg om fratreden i oppsigelsestiden. En oppsigelse virker mindre infamerende enn avskjed, og i tillegg beholder arbeidstakeren retten til lønn ut oppsigelsestiden. I den grad avskjed ville vært en lovlig reaksjon på arbeidstakerens atferd, er det ikke unaturlig at arbeidsgiveren ikke ønsker vedkommendes arbeidsytelse i oppsigelsestiden.

Det kan også tenkes tilfeller der arbeidsgiveren rent faktisk ikke har arbeid å tilby arbeidstakeren, for eksempel ved hel eller delvis nedleggelse av virksomheten. Hovedregelen er at arbeidstakeren har rett til å stå i stillingen også i slike tilfelle, jf. aml. § 15-11 annet ledd tredje punktum. I slike tilfeller vil både oppsigelsestiden og retten til å stå i stillingen imidlertid transformeres til en rett til kun å motta lønn. Som jeg nevnte innledningsvis under punkt 1.1, er det hovedsakelig når oppsigelsen skyldes utilstrekkelig arbeidsutførelse,

⁶⁴ LB-2010-152755 (Borgarting). Retten godtok at arbeidsgiveren kunne pålegge vedkommende å fratre i oppsigelsestiden

tillitssvikt eller at arbeidstakeren skal ta arbeid hos en konkurrent at oppgavens problemstilling kommer på spissen. Jeg ser derfor bort fra det tilfellet at virksomheten helt eller delvis nedlegges i det følgende.

Som jeg har vært inne på tidligere, kjennetegnes arbeidsretten av lovregler som er ufravikelige til ugunst for arbeidstakeren, jf. aml. § 1-9. Med reservasjon for virksomhetens øverste leder, kan partene følgelig ikke avtale at arbeidstakeren ikke skal jobbe i oppsigelsestiden eller ha rett til å stå i stillingen, jf. § 1-9, jf. § 15-3 første ledd og § 15-11 annet ledd. I avtale med øverste leder kan dette derimot bestemmes såfremt vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden, jf. § 15-16 annet ledd.

Retten til midlertidig å pålegge arbeidstakeren å forlate arbeidet under et løpende arbeidsforhold, reguleres av aml. § 15-13. Bestemmelsen stiller opp strenge vilkår for suspensjon. Etersom domstolene i visse tilfelle har akseptert fratreden utover disse reglene når et arbeidsforhold er oppsagt, er det nærliggende å slutte at styringsretten kan være utvidet i avviklingsfasen sammenlignet med den alminnelige styringsretten. Jeg skal nå se på hvilke hensyn og momenter som har vært avgjørende for at domstolene unntaksvis har godtatt en så vidt omfattende endringskompetanse som dette.

2.4.3.2 Konkret vurdering

Etter aml. § 15-11 annet ledd annet punktum kan en arbeidsgiver be om rettens kjennelse for at en oppsagt arbeidstaker skal fratre under rettens behandling av oppsigelsens gyldighet. Vurderingstemaet i slike tilfeller er om det er "urimelig" at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling. Bestemmelsen er kun direkte anvendelig for retten til å stå i stillingen, og kun når arbeidsgiveren har krevd fratredelseskjennelse. Rettspraksis viser imidlertid at det samme vurderingstemaet brukes også når endringsadgangen skal fastlegges både i oppsigelsestiden, og når arbeidstakeren står i stillingen og fratredelseskjennelse ikke er krevd.

RG 1996 side 202 (Eidsivating) er illustrerende. Saken gjaldt en lagerarbeider i butikk som ble oppsagt fra sin stilling og nektet adgang til arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Vedkommende reiste sak om oppsigelsens gyldighet, samt krav om midlertidig forføyning med påstand om gjeninntreden i arbeidet og rett til å stå i stillingen. Sistnevnte fikk han medhold i hos herredsretten, men avgjørelsen ble anket av arbeidsgiveren. Når saken kom opp

i lagmannsretten var arbeidstakeren tilbake i arbeid, men da med endrede arbeidsoppgaver. Spørsmålet for lagmannsretten var om arbeidsgiveren kunne nekte å godta hans arbeidskraft i oppsigelsestiden og mens han sto i stillingen. Et spørsmål var også om arbeidstakeren måtte godta de aktuelle endringene i arbeidsoppgavene i denne tiden, men lagmannsretten fant at partene ikke hadde lagt opp til at dette skulle besvares.

Retten slo fast utgangspunktet om at en arbeidstaker har rett til å utføre sine arbeidsoppgaver, og vurderte om det kunne være grunnlag for utestengning. De uttalte at det må ”foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle”.⁶⁵

Lagmannsretten pekte på at arbeidstakeren ikke hadde noen overordnet stilling, og at hans arbeid var på lager. Det forelå videre ingen forhold ved selve utførelsen av arbeidet som ga grunnlag for utestengning, og dette var ikke forbundet med alvorlige problemer eller stor økonomisk risiko. Han hadde derfor rett til å utføre arbeid frem til saken var rettskraftig avgjort.⁶⁶

I Investeringsrådgiverkjennelsen var spørsmålet om en oppsagt investeringsrådgiver hadde krav på å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Ankeutvalget bemerket at selv om arbeidsmiljøloven ikke hadde regler om det, måtte det unntaksvis – også innenfor oppsigelsestiden – være adgang til å frata en oppsagt arbeidstaker arbeidsoppgavene, jf. RG 1996 side 202. ”Vurderingstemaet må her i utgangspunktet være det samme som ved pålegg om fratreden etter oppsigelsestidens utløp, men slik at det for fratakelse av arbeidsoppgavene innenfor oppsigelsestiden må kreves at det foreligger særlig tungtveiende grunner som taler for det. På samme måte som etter § 15-11 må det ved vurderingen av om arbeidstakeren skal fratras arbeidsoppgavene, blant annet tas hensyn til om arbeidstakeren kan omplasseres.”⁶⁷ Ankeutvalget viste videre til lagmannsrettens dom⁶⁸, hvor det også var tatt utgangspunkt i vurderingstemaet etter aml. § 15-11, men lagt til grunn at ”arbeidstakernes rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter”.⁶⁹ Lagmannsretten hadde funnet at arbeidstakerens stilling, som var blant de ledende, samt den manglende tilliten bedriftens partnere hadde fått til vedkommende, tilsa at han ble fratatt arbeidet. Det ble lagt stor vekt på den spesielle bransjen virksomheten opererte i, og det

⁶⁵ RG 1996 side 202 på s. 210

⁶⁶ Se RG 1996 side 202 på s. 210

⁶⁷ Rt. 2009 side 1183 avsnitt 27

⁶⁸ RG 2009 side 945

⁶⁹ Rt. 2009 side 1183 avsnitt 28

særskilte behovet for tillit dette medførte. Etter ankeutvalgets oppfatning viste dette at lagmannsretten hadde ”tatt et riktig rettslig utgangspunkt og vurdert de relevante momenter”.⁷⁰ Lagmannsrettens avgjørelse om at den ansatte kunne fratras arbeidsoppgavene i oppsigelsestiden ble dermed opprettholdt.

2.4.3.3 Oppsummering

Som dommene ovenfor viser, avgjøres spørsmålet om en arbeidstaker kan utestenges i oppsigelsestiden og når han har rett til å stå i stillingen etter mønster fra aml. § 15-11 annet ledd. Bestemmelsen gir anvisning på en konkret vurdering, hvor spørsmålet er om det vil være urimelig for arbeidsgiveren at arbeidstakeren beholder sitt arbeid frem til ansettelsesforholdet er helt avviklet. Når det er spørsmål om arbeidstakeren kan nektes å arbeide i oppsigelsestiden, er det et tilleggsvilkår at det foreligger ”særlig tungtveiende grunner”.⁷¹

Av momenter som retten trakk frem i dommene, var særlig arbeidstakerens stilling og karakteren av arbeidet av stor betydning. Det ble lagt vekt på bransjen virksomheten opererte i, og behovet for tillit. I denne forbindelse vil det antagelig ha betydning om oppsigelsen er arbeidstakerens eller arbeidsgiverens beslutning.⁷² Retten vurderte om selve utførelsen av arbeidet kunne skape problemer eller økonomisk risiko for bedriften, og påpekte at omplassering må vurderes som et alternativ før total utestengning kan skje.

Disse momentene vil rimeligvis danne et utgangspunkt også når det skal vurderes hvor langt styringsretten går i forhold til mindre inngripende endringer i arbeidsforholdet enn et pålegg om faktisk utestengelse.

2.4.4 Andre endringer i arbeidsforholdet

2.4.4.1 Utgangspunktet

Så langt har jeg påvist det etter hvert uomtvistede utgangspunktet om at arbeidstakeren ikke bare har rett på lønn, men også til å utføre sitt arbeid i oppsigelsestiden og når han står i stillingen. Videre har jeg gjort rede for unntaket fra denne regelen, som består i at

⁷⁰ Rt. 2009 side 1183 avsnitt 29

⁷¹ Ankeutvalget oppstiller antagelig et slikt tilleggsvilkår for oppsigelsestiden i Rt. 2009 side 1183

⁷² Jeg kommer tilbake til betydningen av dette under punkt 2.4.4.6 og 2.4.4.7

arbeidsgiveren i særlige tilfelle har rett til å frabe seg arbeidsytelsen helt. Retten til lønn kan det imidlertid ikke rokkes ved.⁷³

Denne unntaksregelen vil, som nevnt, representere et ytterpunkt for arbeidsgiverens styringsrett i avviklingsfasen. Selv om akkurat denne adgangen er snever, kan det tenkes at det i flere tilfeller bør godtas mindre inngripende endringer for å ivareta arbeidsgiverens interesser. Dette kan utledes av en ”fra det mer til det mindre”- slutning, og Investeringsrådgiverkjennelsens uttalelse om at det må vurderes om arbeidstakeren kan omplasseres før beslutning om full utestengning tas.⁷⁴ En viktig begrensning i så måte er imidlertid at endringene ikke foretas for å omgå det vern som oppsigelsestiden og retten til å stå i stillingen skal sikre.

Basert på avgjørelsene ovenfor, må regelen også her være at endringsadgangen beror på en konkret rimelighetsvurdering. I RG 1996 side 202 (Eidsivating) som reiste spørsmålet om arbeidstakeren hadde krav på å få beholde de samme arbeidsoppgavene, men som ikke tok stilling til dette, ble det uttalt at: ”For å vurdere dette spørsmål må det tas standpunkt til hvor langt arbeidsgivers styringsrett vil gå i forhold til Buers konkrete stilling.”⁷⁵ Etter mitt skjønn må det foretas en avveining av partenes interesser. Arbeidsgiverens behov for endringer må avveies mot arbeidstakerens interesse i å opprettholde arbeidsforholdet som før.

2.4.4.2 Begrensninger i lov og tariffavtale

Som ellers når rettigheter og plikter beror på konkrete rimelighetsvurderinger, er det naturlig å ta utgangspunkt i de holdepunktene som kan utledes av lov.

Det er som kjent aml. § 15-11 som regulerer retten til å stå i stillingen, og det må følgelig undersøkes hvilke begrensninger denne legger på arbeidsgiverens endringskompetanse. Det som kan utledes av denne bestemmelsen setter forutsetningsvis minst de samme begrensningene på styringsretten også i oppsigelsestiden, jf. uttalelsen om at ”arbeidstakernes rettigheter må antas å være bedre sikret i oppsigelsesperioden enn i tiden etter”.⁷⁶

Aml. § 15-11 annet ledd gir arbeidstakeren en rett til å ”fortsette i stillingen”. Som nevnt innebærer dette rett til både lønn og å få utføre arbeid, og det er i utgangspunktet arbeidsforholdet slik det har vært som skal videreføres. I rettspraksis er det uttalt at

⁷³ Se Rt. 2009 side 1183 (avsnitt 27)

⁷⁴ Rt. 2009 side 1183 avsnitt 27

⁷⁵ RG 1996 side 202 (s.210)

⁷⁶ Rt. 2009 side 1183 (avsnitt 28)

arbeidstakeren har rett til å beholde stillingen uten vesentlige endringer med hensyn til byrdefullhet, jf. NAD-1988-556 (Gulating).

Saken gjaldt en arbeidstakers krav om midlertidig forføyning. Det ble påstått at bedriften ikke kunne pålegge ham å utføre arbeidet annensteds mens han sto i stillingen enn der det tidligere var utført. Lagmannsretten uttalte at det var en spesiell situasjon hvor loven inneholdte en positiv regel til beskyttelse av arbeidstakeren. ”Meget taler for at loven bør forstås nokså strengt for at dette vern skal være effektivt. Lagmannsretten finner at de beste grunner taler for å forstå aml. § 61 nr.4 slik at den som hovedregel gir arbeidstakeren rett til å beholde stillingen uten vesentlige endringer med hensyn til byrdefullhet.”⁷⁷ Denne hovedregelen kunne imidlertid fravikes ved ”vektige grunner”, hvilket lagmannsretten fant at forelå i det konkrete tilfellet. Det hadde funnet sted en rasjonalisering i bedriften uavhengig av oppsigelsessaken, og det ville medføre betydelige ulemper å opprettholde arbeidstakerens tidligere arbeidsbetingelser.

For å avgjøre om en endring strider mot retten til å ”fortsette i stillingen” slik lov og rettspraksis forutsetter, må det foretas en tolking av arbeidsforholdet i vid forstand. Her har flere faktorer betydning sammen med arbeidsavtalen.⁷⁸ Aml. § 15-11 oppstiller følgelig ikke konkrete holdepunkter for vurderingen alene, men den gir implisitt anvisning på hvilke kilder som vil gjøre nettopp det. Disse skal gjennomgås i neste punkt.

Arbeidsmiljøloven stiller videre visse krav til arbeidsmiljøet, som i sin tur kan legge begrensninger på arbeidsgiverens styringsrett.⁷⁹ Slike bestemmelser finnes i kapittel 4, og må hensyntas selv om arbeidsforholdet forutsetningsvis skal avvikles. Det må vurderes konkret om de aktuelle endringene griper inn i arbeidstakerens rettigheter etter disse bestemmelsene.

Aml. § 4-1 første ledd stiller krav til at arbeidsmiljøet i virksomheten skal være ”fullt forsvarlig” ut fra en vurdering av de faktorene som kan innvirke på arbeidstakerens fysiske og psykiske helse.

Det er særlig i forhold til den psykiske helsen at endringer i arbeidsforholdet kan ha en negativ innvirkning på arbeidstakeren. Dersom en ansatt som i lang tid har hatt en ansvarsfull og utfordrende arbeidshverdag settes til å gjøre enkle, rutinepregede arbeidsoppgaver, kan det

⁷⁷ NAD-1988-556 (s.559)

⁷⁸ Dege, s. 253

⁷⁹ Tilsvarende Jakhelln, s 325

være belastende for arbeidstakerens selvfølelse. Likedan dersom en som i lang tid har vært overordnet andre ansatte plutselig blir den som skal ta i mot instruks fra disse.

Arbeidsplassen og dets miljø er normalt sett av så stor betydning at kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø er en viktig skranke for styringsretten. Særlig mens arbeidstakeren står i stillingen og har en pågående tvist med arbeidsgiveren, kan det være belastende om det pålegges store endringer som for den ansatte virker degraderende eller hensynsløs.

På den annen side vil endringene, i hvert fall i oppsigelsestiden, som regel ha et kortsiktig perspektiv som tilsier at de lettere må tåles av arbeidstakeren. Disse hensynene gjør seg derfor først og fremst gjeldende for retten til å stå i stillingen.

Videre oppstiller §§ 4-2 og 4-3 krav som skal ivareta arbeidstakerens behov for faglig utvikling, samt verne om hans integritet og verdighet. Bestemmelsene begrenser styringsretten i den grad endringene er av degraderende karakter, eller i hvert fall ikke fremmer utvikling.

At Høyesterett vektlegger arbeidstakerens behov for å opprettholde faglig dyktighet og kompetanse, viser også Nøkkdommen. Her skulle mannskapet få opprettholde nødvendige sertifikater og beholde graden som brannmestere, men Høyesterett påpekte at tilknytningen til Nøkk likevel ville bli langt fjernere. De ville heller ikke få arbeidsoppgaver som tilsvarte graden som brannmestere. Dette var momenter som talte mot at mannskapet kunne integreres i kommunens hovedbrannstyrke.

Selv om disse bestemmelsene setter begrensninger, er det imidlertid også klart at de ikke er utformet med tanke på avvikling av arbeidsforhold spesielt, men på arbeidsforholdet generelt. Særlig § 4-2 om utvikling kan derfor ikke utgjøre noen absolutt skranke for endringsadgangen. Langt viktigere er imidlertid § 4-3 (3), som slår fast at arbeidsgiveren ikke skal utsettes for ”trakassering eller annen utilbørlig opptreden”.

Foruten de begrensningene jeg har gjennomgått som følger av lov, kan det også tenkes skranke oppstilt i tariffavtaler. Ettersom denne oppgaven vurderer endringsadgangen i arbeidsforhold generelt, vil det imidlertid føre for langt å undersøke hvilke begrensninger som finnes i de ulike tariffavtalene. Jeg nøyer meg derfor med å påpeke at det kan finnes skranke som må hensyntas også her.

2.4.4.3 Arbeidsavtalen

Det er en tolking av arbeidsavtalen i vid forstand som danner utgangspunktet når endringskompetansen skal bestemmes, jf. Nøkkdommen.⁸⁰ Arbeidsforholdet bygger på kontrakt, og arbeidsgiveren må forholde seg til det som er avtalt for ikke å misligholde sine forpliktelser. Det gjelder også når et arbeidsforhold skal avvikles.

Ved tolkingen er det naturlig å ta utgangspunkt i det som er skriftlig avtalt for arbeidsforholdet. Ofte er det ikke bestemt noe direkte om endringsadgangen i en avviklingsfase. I den grad det lovlig er avtalt noe om arbeidsgiverens endringskompetanse i disse periodene, må man imidlertid forholde seg til dette.

Når det gjelder gyldigheten av slike avtalebestemmelser, må det påpekes at avtalefriheten ikke er ubegrenset på dette punktet. Arbeidsmiljøloven regulerer som nevnt ikke arbeidsgiverens endringskompetanse, men loven forutsetter at arbeidstakeren skal ha rett til å utføre sitt arbeid både i oppsigelsestiden og under retten til å stå i stillingen. Det er kun virksomhetens øverste leder som kan forhåndsavtale seg bort fra dette vernet, jf. aml. § 15-16 annet ledd, sml. § 1-9.

Hvor langt partenes avtalekompetanse går i dette henseendet, er vanskelig å si på generell basis. Gyldigheten av slike bestemmelser må bero på en helhetsvurdering. I Investeringsrådverkjennelsen var det i utgangspunktet avtalt at arbeidstakeren ikke skulle utføre arbeid i oppsigelsestiden. Lagmannsretten, som ankeutvalget sluttet seg til, bemerket at ”meget taler for at [gyldigheten] 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”.⁸¹ Ettersom virksomhetens øverste leder kan avtale seg bort fra lovens vern mot etterlønn, kan det kanskje være et moment i favør av gyldighet om en form for kompensasjon gis, sml. § 15-16 annet ledd.

Dersom ingenting er eksplisitt avtalt om endringsadgangen, må arbeidsavtalen som nevnt tolkes i vid forstand. Etter Nøkkdommen skal det bl.a. legges vekt på ”stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.”⁸²

I noen tilfeller gir arbeidsavtalen og de øvrige omstendighetene grunnlag for relativt sikre slutninger om arbeidsgiverens endringsadgang. RG 1953 side 495 (Bergen byrett) er

⁸⁰ Rt. 2000 side 1602 (s. 1609), se punkt 2.4.4.2

⁸¹ RG 2009 side 945 (s.953)

⁸² Rt. 2000 side 1602 (s. 1609)

illustrerende. En handelsreisende som ble oppsagt hadde tre måneders oppsigelsestid, og ble i denne tiden nektet å reise og i stedet henvist til arbeid på kontoret. Situasjonen var imidlertid slik at den ansatte, i samråd med og i arbeidsgiverens interesse, hadde inngått selvstendige avtaler også med andre oppdragsgivere om å utføre arbeid på de reisene han foretok for arbeidsgiver. Når han ble nektet å reise, innebar dette derfor kontraktsbrudd overfor disse andre partene. Retten fant at arbeidsgiveren handlet i strid med forutsetningene for arbeidsavtalen mellom dem ved å nekte ham å reise i oppsigelsestiden.⁸³

I den grad man ikke kan bestemme endringsadgangen etter en tolking av arbeidsavtalen, må løsningen forankres i alminnelige rettsgrunnsetninger og endringsnormer utviklet i teori og praksis, herunder grunnpregstandarden.⁸⁴ Nøkkdommens vektlegging av hva som finnes ”rimelig i lys av samfunnsutviklingen”, indikerer imidlertid at selve behovet for endringen har fått en større plass i vurderingen enn etter grunnpregstandarden. I Nøkkdommen ble det som nevnt godtatt ”ikke ubetydelige endringer i arbeidsforholdet” på grunn av bl.a. et saklig behov for innsparinger i kommunen. Det er godt mulig at endringer som foretas av konkurranse- og driftsmessige hensyn i næringslivet er ”rimelig i lys av samfunnsutviklingen” slik Høyesterett uttrykker det. Arbeidsgiverens behov for endringer vil omtales nærmere i punkt 2.4.4.4.

Arbeidsavtalen og dens forutsetninger oppstiller i alle tilfelle én skranke som er tilnærmet absolutt. Arbeidsgiveren kan ikke ensidig foreta endringer som påvirker arbeidstakerens lønn til hans ugunst, i hvert fall med mindre det er snakk om uvesentlige endringer.⁸⁵ Å pålegge arbeidstakeren endringer som direkte eller indirekte får innvirkning på egen hovedytelse i arbeidsforholdet må klart nok bryte med arbeidsavtalens forutsetninger. Særlig setter dette store begrensninger for endringsadgangen når arbeidstakeren har provisjonsbasert lønn, fordi en omplassering eller degradering da kan gjøre store innhugg i de økonomiske ytelsene.

Dette illustreres av LB-2002-225 (Borgarting) hvor en eiendomsmegler ble omplassert til et annet meglerkontor, og hvor lagmannsretten vurderte om dette fikk betydning for meglerens lønn. Hans lønn var dels provisjonsbasert, og lokaliseringen av meglerkontoret kunne i prinsippet da ha betydning. I vedkommende sak hadde det imidlertid ikke det.

I Rt. 2008 side 856 (Theatercafeen) godtok Høyesterett en endring i fordelingen av tips som i realiteten fikk negativ betydning for servitørenes lønn, men her var situasjonen annerledes

⁸³ Se RG 1953 side 495 på s. 500

⁸⁴ Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 116

⁸⁵ Se eksempelvis Dege, s. 309

fordi det ikke gjaldt en økonomisk ytelse fra arbeidsgiveren. ”Tips til servitører er riktignok et gode av klart økonomisk art, noe som ellers kan trekke i retning av at det er beskyttet. Men her gjelder det ikke en ytelse fra arbeidsgiveren, men gaver fra gjestene – gaver som riktignok i noen grad følger av uformelle normer, men som det like fullt er frivillig for gjestene å gi.”⁸⁶

2.4.4.4 Ulovfestede krav til saklighet

Foruten de materielle begrensningene som lov, tariffavtaler og de individuelle arbeidsavtalene stiller opp, utgjør det ulovfestede kravet til saklighet også en viktig skranke for styringsretten. Som nevnt under punkt 1.4.5, er saklighetskravet og dets innhold utviklet gjennom rettspraksis.

Saklighetskravet har som nevnt tidligere en side mot saksbehandlingen og forsvarligheten av denne.⁸⁷ Det er imidlertid også en materiell regel, og kort fortalt innebærer saklighetskravet at det ikke kan tas utenforliggende hensyn når arbeidsgiveren utøver sin styringsrett,⁸⁸ at en beslutning ikke kan være uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakeren,⁸⁹ samt at en beslutning i kraft av styringsretten isolert sett må ha en saklig grunn.⁹⁰

Saklighetskravets side mot proporsjonalitet og forholdsmessighet, innebærer at det er den endringen som minst griper inn i arbeidstakerens interesser og som fortsatt ivaretar arbeidsgiverens formål som må velges. Det viser blant annet Investeringsrådverkjennelsen som uttaler at omplassering må vurderes før fysisk utestengning.

Er det et uforholdsmessig forhold mellom endringens inngripende karakter og dens positive betydning for virksomheten, er det videre ikke sikkert at den kan godtas. Hvor inngripende endringene er for arbeidstakeren vil i stor grad avhenge av de konkrete forholdene. Dersom man ikke lenger får utføre meningsfylt arbeid og blir utestengt fra det sosiale fellesskapet, kan endringen vanskelig godtas.

Kravet til at endringsbeslutningen isolert sett må ha en saklig grunn, får etter mitt skjønn betydning i to henseender. For det første innebærer kravet at en endringsbeslutning ikke kan gjennomføres uten at arbeidsgiveren kan peke på et behov som er konkret og velbegrunnet.

⁸⁶ Rt. 2008 side 856 avsnitt 41

⁸⁷ Se punkt 2.3

⁸⁸ Se Kårstødommen side 427 hvor det uttales at grunnlaget for avgjørelsen ikke kan være ”vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn”

⁸⁹ Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 128

⁹⁰ Fougner m.fl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 128

For det andre, vil styrken på det saklige behovet ha betydning for hvor langt endringskompetansen rekker. Dette kommer etter min mening frem av Nøkkdommen, som godtar så vidt omfattende endringer fordi kommunens behov både er saklig og presserende. Det blir derfor viktig å bestemme sakligheten av en endringsbeslutning, og med hvilken tyngde behovet gjør seg gjeldende.

Behovet for endringen må som nevnt være velbegrunnet og kunne konkretiseres. Når arbeidsgiveren pålegger endringer i oppsigelsestiden og mens arbeidstakeren står i stillingen, kan det være behovet for en smidig avvikling av arbeidsforholdet og hensynet til fortsatt og kontinuerlig drift som begrunner endringen. Hva som er saklige grunner varierer rimeligvis med både yrke og bransje, samt med den ansattes stilling.

En dom som gir uttrykk for en relativt snever endringskompetanse på tross av at arbeidsgiveren både hadde et saklig og presserende behov for endringen er Rt. 1964 side 1345 (Jordmorddommen). Fødeavdelingen ved et sykehus ble nedlagt, og en jordmor derfor pålagt arbeid som assistentsykepleier i oppsigelsestiden. Arbeidsgiveren hadde behov for mer sykepleierhjelp, og arbeidstakeren var kvalifisert for stillingen da hun tidligere hadde utført slikt arbeid. Lønnen var også høyere enn for jordmorstillingen. Likevel ble endringen ikke akseptert av Høyesterett. Etter Nøkkdommen, som godtar betydelige endringer basert på et saklig behov, er det etter mitt skjønn usikkert om resultatet ville blitt opprettholdt i dag. Det er også et moment at slik saken sto for Høyesterett var spørsmålet om jordmoren, som angivelig ikke hadde stått til sykehusets disposisjon i oppsigelsestiden, hadde krav på lønn for denne perioden. Vurderingstemaet for Høyesterett var derfor kanskje noe annerledes i denne saken, hvilket kan være med på å begrunne Høyesteretts restriktive syn.

På visse forretningsområder, eksempelvis i finans- og forsikringsmeglerbransjen, er det tradisjon for å avtale konkurranse- eller kundeklausuler⁹¹ som skal gjelde etter arbeidsforholdets opphør. Dette fordi kundene kan være mer knyttet til bestemte medarbeidere enn til virksomheten selv, og fordi den enkelte arbeidstakeren derfor blir en konkurransepåvirkende ressurs av stor betydning for virksomheten. At slike bestemmelser regelmessig inntas i arbeidskontraktene i disse bransjene, viser at arbeidsgivere kan ha et legitimt behov for denne typen reguleringer.

⁹¹ En konkurranseklausul er en avtale som begrenser arbeidstakerens adgang til å ta ansettelse i, etablere eller drive konkurrerende virksomhet. En kundeklausul er en avtale som begrenser arbeidstakerens adgang til å kontakte arbeidsgivers kunder.

For at slike klausuler skal være effektive, kan det i noen tilfeller være hensiktsmessig å pålegge arbeidstakeren endringer allerede i oppsigelsestiden. Klausulene gjelder først ved arbeidsforholdets opphør, og oppsigelsestiden kan derfor være en kritisk periode dersom arbeidstakeren beholder sine normale arbeidsoppgaver med den informasjonstilgangen det innebærer. Arbeidsgiveren kan derfor ha et saklig behov for å effektivisere klausulene ved å pålegge relevante endringer i denne perioden. Styrken på behovet vil imidlertid avhenge av den konkrete situasjonen. Hvorvidt arbeidsgiveren også har et saklig behov for endringer knyttet til denne typen klausuler når arbeidstakeren står i stillingen, er derimot ikke sikkert. Klausulene avtales hovedsakelig med sikte på den situasjonen at arbeidstakeren sier opp selv og skal ta arbeid hos en konkurrent, og dersom det er tilfellet vil det ikke være aktuelt å stå i stillingen.

Konkurransbegrensende klausuler kan være uheldige, sett fra et samfunnsmessig ståsted. Særlig gjelder dette klausuler som pålegger arbeidstakeren karantene eller "ferie" ved overgang til konkurrent. Det er ikke samfunnsmessig ønskelig at arbeidskraft begrenses, og i tillegg kommer at klausulene kan være svært inngripende overfor arbeidstakerne. Dersom man åpner opp for en større endringsadgang i arbeidsforholdet i avviklingsfasen, kan det imidlertid tenkes at behovet for slike klausuler reduseres. I den grad det er tilfellet, kan det foreligge et saklig behov for en utvidet endringsadgang.

Kravet til saklig grunn og forbudet mot å trekke inn utenforliggende hensyn er på mange måter to sider av samme sak. I en avviklingsfase er det viktig at endringer ikke pålegges for å omgå stillingsvernet. Som retten uttaler i NAD-1988-556 (Gulating) skal det ikke være "mulig for en bedrift å få presset en arbeidstager ut ved å "gjøre livet surt" for ham under påskudd av saklige begrunnede endringer i arbeidsforholdet".⁹² Dette gjør seg særlig gjeldende for retten til å stå i stillingen, hvor det enda ikke er rettslig avgjort om arbeidsforholdet skal avsluttes.

Videre vil det være viktig å skille ut endringer som skyldes misnøye med at en arbeidstaker har sagt opp, eller som i realiteten foretas som en disiplinær- eller arbeidsrettslig sanksjon. THALD-2007-62296 (Halden tingrett) er illustrerende. Her ble en kommuneadvokat omplassert til byggesaksavdelingen med ansvar for byggesaker. Det ble uttalt at omplasseringen i all hovedsak bar "preg av å være en arbeidsrettslig sanksjon som følge av misnøye med utøvelsen av As arbeid, enn av et saklig behov for omorganisering".

⁹² NAD-1988-556 (s.560)

Når arbeidsgiveren pålegger endringer og disse begrunnes med konkurransemessige hensyn, kan man spørre seg om behovet for endringene bygger på en forutsetning om at arbeidstakeren vil bryte taushets- og lojalitetsplikt. I neste runde oppstår da spørsmålet om dette i så fall vil være et utenforliggende hensyn.

I den grad slike antagelser er ubegrunnede, bør det antagelig besvares bekreftende. RG 1953 side 495⁹³ (Bergen byrett) er illustrerende. Her anførte arbeidsgiveren at arbeidstakeren kunne gi kundene en uriktig fremstilling av det som hadde ledet til oppsigelsen, og at han slik sett ville skade firmaet ved å reise. Lagmannsretten uttalte at: ”En anførsel som denne kan retten ikke tillegge relevans. Den berodde på en ugrunnet formodning og ga ikke saksøkte fyldestgjørende grunn til ikke å la Helle reise.”⁹⁴

På den annen side, er det kanskje ikke usaklig å vektlegge slike hensyn dersom disse bygger på objektive kriterier som knyttes til stillingsbetegnelse og arbeidsoppgaver, og ikke på en forutsetning om at vedkommende vil bryte taushets- og lojalitetsplikt. Dersom behovet for endringen kobles til bransjen og den ansattes stilling, og disse objektive faktorene alene, vil det ikke innebære en mistenkeliggjøring om det foretas endringer. Tvert i mot vil et slikt synspunkt ha paralleller til habilitetsreglene i offentlig sektor. Det er ikke gitt at en spesiell nærhet til avgjørelsen som skal tas vil virke inn på beslutningen her heller, men på grunn av behovet for tillit til systemet velger man å ikke la vedkommende delta i saksbehandlingen. På samme måte vil det ikke være sikkert at arbeidsgiver blir skadelidende av at en arbeidstaker som har en ledende stilling utfører sitt arbeid som før ut oppsigelsestiden, men i den grad det gjøres endringer basert på disse faktorene er det ikke nødvendig å bekymre seg for det.

Saklighetskravet, og spørsmålet om arbeidsgivers vurdering har holdt seg innenfor dette, kan overprøves av domstolene.⁹⁵ Som lagmannsretten gir uttrykk for i LB-2002-225 (Borgarting), er det imidlertid mulig at det vil utvises en noe større tilbakeholdenhet med å overprøve sakligheten av en endring i kraft av styringsretten enn saklighetskravet i forhold til en oppsigelse eller en avskjed. Grensene for skjønnet, herunder om det er tatt utenforliggende hensyn, vil likevel kunne overprøves. Se for eksempel Oslo kommunedommen hvor Høyesterett uttaler at: ”Domstolene skal ikke foreta noen generell overprøving av om

⁹³ Saksforholdet gjengis i punkt 2.4.4.3

⁹⁴ RG 1953 side 495 på s. 500

⁹⁵ Se for eksempel LB-2002-225

arbeidsgivers beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Spørsmålet er om det foreligger misbruk av styringsretten”.⁹⁶

2.4.4.5 Utvidet endringsadgang når arbeidsforholdet er oppsagt?

Som nevnt, har ikke arbeidstakeren noe sterkere vern mot endringer i arbeidsforholdet når det skal avvikles enn ellers.⁹⁷ Som jeg har antydnet, kan det tvert i mot være grunnlag for å hevde at styringsretten vil rekke lengre når et arbeidsforhold er oppsagt.

Reglene om suspensjonsadgang i aml. § 15-13 gjør det nærliggende å slutte at arbeidsgiveren normalt ikke kan velge å frabe seg arbeidsytelsen mot å betale lønn i en periode. Dommene om total utestengning i punkt 2.4.3.2, viser imidlertid at domstolene i visse tilfeller har godtatt nettopp en slik ”suspensjonsadgang” i oppsigelsestiden og mens arbeidstakeren har stått i stillingen. Når suspensjon normalt forutsetter at lovens strenge vilkår er oppfylt, mens det i en avviklingsfase har blitt godtatt på andre vilkår, er det etter mitt skjønn mulig å si at styringsretten kan være mer vidtrekkende når arbeidsforholdet er oppsagt enn ellers. Når det i visse tilfelle kan gjøres det mer, som et pålegg om fratredelse er, må det etter omstendighetene videre også være adgang til å gjøre det mindre, som en endring da vil innebære.

NAD-1988-380 (Skien og Porsgrunn byrett) illustrerer at domstolene kan akseptere endringer i oppsigelsestiden når det er behov for det. Her ble en distriktssjef avskjediget i oppsigelsestiden som følge av påståtte tillitsbrudd. Retten fant at avskjeden var uberettiget. De uttalte at: ”Det er riktig nok forståelig at Kopi og Data A/S ikke lenger hadde full tillit til at Flohr ville engasjere seg aktivt i salgsarbeidet i oppsigelsestiden, men han kunne ha blitt satt til annet arbeid i firmaet.”⁹⁸

At styringsretten i noen tilfelle kan rekke lenger når arbeidsforholdet skal avvikles, er heller ikke unaturlig. Som jeg har vært inne på ovenfor og som NAD-1988-380 viser, kan det tenkes at verken taushetsplikten eller en alminnelig lojalitetsplikt⁹⁹ fullt ut ivaretar arbeidsgiverens interesser i en avviklingsfase av arbeidsforholdet. Tvert i mot kan tilliten til at arbeidstakeren vil utføre arbeidsoppgavene sine med det engasjement og den lojalitet som stillingen forutsetter, være svekket.

⁹⁶ Rt. 2011 side 841 avsnitt 58

⁹⁷ Tilsvarende Fougner mfl., *Omstilling og nedbemanning*, s. 469

⁹⁸ NAD-1988-380 (s.385)

⁹⁹ Jf. note 4

LE-2002-268 (Eidsivating) er illustrerende. Her ble en tidligere daglig leder og hans nystartede bedrift dømt til, in solidum, å betale kr. 300 000 i erstatning til tidligere arbeidsgiver på grunn av illojal opptreden fra hans side i oppsigelsestiden. Lagmannsretten kom til at vedkommende hadde utført en rekke forberedelseshandlinger i oppsigelsestiden, og at dette, sammenholdt med manglende informasjon om at han skulle starte konkurrerende virksomhet, måtte karakteriseres som illojalt.

Dommen viser at det i visse tilfeller kan være et klart behov for at endringer iverksettes som et preventivt tiltak, nettopp for å hindre at arbeidsgiveren påføres skade i en avviklingsfase. Som nevnt er det riktignok ikke sikkert at det er saklig av arbeidsgiveren å pålegge endringer basert på en mistanke om at arbeidstakeren vil misligholde lojalitetsplikten, men dersom dette begrunnes med objektive kriterier vil det rimeligvis kunne godtas. Ofte vil det også være ønskelig å pålegge arbeidstakeren endringer for å oppnå hensiktsmessige overganger i forhold til opplæring av den som skal overta stillingen, og generell driftsmessig kontinuitet.

Videre er det et argument for en utvidet styringsrett at en endring som foretas i oppsigelsestiden eller når arbeidstakeren står i stillingen per definisjon ikke er en endring av varig karakter. Tvert i mot vil forandringene i stillingens innhold kun ha et kortsiktig perspektiv idet arbeidsforholdet enten avvikles etter oppsigelsesfristens utløp, eller den ansatte går tilbake til sin opprinnelige stilling når oppsigelsens gyldighet er rettskraftig avgjort. Det at endringene har en midlertidig karakter, gjør at arbeidstakeren i større grad må godta endringene enn ellers.¹⁰⁰ Dege skriver i sin bok om styringsretten at: ”Jo kortere tidsrom forandringen gjøres for, desto større er arbeidstakers forpliktelse til å finne seg i forandringen, og det selv om arbeidsoppgavene er utvidet eller innskrenket i forhold til grunnpreget”. Rekkevidden av endringsadgangen beror på en helhetlig rimelighetsvurdering, og det vil være et viktig moment i ulempevurderingen at endringen kun har et kortsiktig perspektiv.

Tradisjonelt har læren vært at virksomheten må befinne seg i en ekstraordinær situasjon for at arbeidsplikten kan utvides midlertidig.¹⁰¹ I Jordmorddommen ble det uttalt at: ”Det kan nok tenkes akutte situasjoner hvor de ansatte må finne seg i midlertidig å utføre arbeid som faller utenom de gjøremål de etter arbeidsavtalen plikter å påta seg. Jeg viser her til Paal Berg: Arbeidsrett side 64-65. Som der nevnt, bør arbeidstagerne ikke kunne sette seg imot at arbeidsplikten midlertidig utvides under særlige forhold, som nødtilstand, sykdom blant

¹⁰⁰ Dege, s. 253, ARD 1980 side 42 vektlegger også at en endring i arbeidssted i oppsigelsestiden kun var på en måneds tid.

¹⁰¹ Se Rt. 1927 side 296

andre arbeidere og lignende. Men jeg kan ikke se at sykehuset her var i en tvangssituasjon av denne art.”¹⁰² Her angis adgangen til å pålegge midlertidige endringer, selv i oppsigelsestiden, veldig snevert, men etter Nøkkdommen er det som nevnt usikkert om dette ville stått seg i dag. Det at en endring i arbeidsforholdet har et helt kortsiktig perspektiv, gjør etter mitt skjønn at arbeidstakeren må tåle mer dersom behovet for endringen er velbegrunnet fra arbeidsgivers side. Holdbarheten av dette argumentet vil imidlertid kunne variere med om endringen pålegges i oppsigelsestiden eller mens arbeidstakeren står i stillingen. I sistnevnte tilfelle kan tidsperspektivet som nevnt bli langvarig.

Rekkevidden av en utvidet endringsadgang i avviklingsfasen av et arbeidsforhold, må rimeligvis bestemmes etter mønster av rettspraksis omkring utestengning fra arbeidsplassen i slike perioder. Som dommene om dette viser ovenfor, er det særlig arbeidstakerens stilling, arten av arbeidsoppgavene og den konkrete risikoen ved at disse utføres etter avtalen som har betydning i vurderingen.¹⁰³ I tillegg kommer selve bransjen og behovet for tillit, samt sakligheten og styrken på arbeidsgiverens behov for endringen. I NAD-1988-556 (Gulating) uttalte lagmannsretten at: ”For å fravike det som etter dette bør være hovedregelen om rett til å beholde stillingen uten vesentlige endringer, må der foreligge vektige grunner.”

Arbeidstakerens stilling har gjennomgående stor betydning når retten vurderer om beslutninger som treffes i kraft av styringsretten er saklige og velbegrunnede. Det er et ulovfestet utgangspunkt at daglig leder og nøkkelpersonell har et svakere oppsigelsesvern, jf. også aml. § 15-16 om virksomhetens øverste leder.

Utgangspunktet er slått fast i rettspraksis ved flere anledninger, og begrunnelsen kan blant annet finnes i det særlige behovet for tillit arbeidsgiveren har til slike ansatte. Rt. 1997 side 1128 gjaldt gyldigheten av avskjedigelse av selskapets administrerende direktør. Høyesterett uttalte at: ”Selv om bestemmelsen ikke uttrykkelig sonderer etter arbeidstakerens stilling, er det på det rene at det må stilles særlige krav til en leder. Det samme forhold vil altså lettere kunne anses som "grovt pliktbrudd" eller "vesentlig mislighold" når arbeidstakeren har en ledende stilling enn når det gjelder en underordnet, jf blant annet Rt-1993-300. Dette har sammenheng både med det særlige behovet for tillit til en leder, og med den signaleffekt en leders handlemåte har overfor andre ansatte.”¹⁰⁴ Videre er det i rettspraksis pekt på den større

¹⁰² Rt. 1964 side 1345 (s.1346)

¹⁰³ Se nærmere punkt 2.4.3 om disse momentene

¹⁰⁴ Rt. 1997 side 1128 (s.1133)

risikoen som er forbundet med lederstillinger, og betydningen av at dette avspeiles gjennom avlønningen, jf. RG 2010 side 1625 (Eidsivating).

Disse momentene tilsier rimeligvis at arbeidstakere som har en særlig stilling i virksomheten, også i større grad bør finne seg i endringer som går utover den alminnelige styringsretten i avviklingsfasen. Virksomheten vil ofte være i en særlig sensitiv posisjon i oppsigelsestiden der det er daglig leder eller sentrale ansatte som skal fratres, hvilket også Investeringskjennelsen viser.

Dette svakere stillingsvernet nøkkelpersonell har, viser seg videre også for retten til å stå i stillingen. Selv om hovedregelen er at også daglig leder har rett til å stå i stillingen under sakens behandling for domstolene, uttalte Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 1999 side 1998 at: ”Når oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold, må det imidlertid få vesentlig betydning om arbeidstakeren har en ledende stilling i bedriften, se kjennelse i Rt-1982-1704.”¹⁰⁵

Dersom den ansatte har en overordnet stilling må det etter dette legges til grunn at han må godta forholdsvist vidtrekkende endringer i arbeidsforholdet dersom disse er saklig begrunnet fra arbeidsgivers side. I visse tilfelle må det, som vist ovenfor, også godtas at arbeidsgiveren ikke vil motta hans arbeidskraft overhodet.

Mye av begrunnelsen for at arbeidstakerens stilling har såpass stor betydning for stillingsvernet etter norsk rett, er som nevnt det særlige behovet for tillit. Det er likevel arbeidsoppgavene som ligger til ledende stillinger som både skaper dette behovet for tillit, og som gjør at stillingen får den betydningen den har. Arbeidstakerens stilling har derfor ikke avgjørende betydning isolert sett. Det må ses hen til de konkrete arbeidsoppgavene og betydningen av at disse utføres. Dersom det er en reell fare for at bedriftens interesser settes på spill hvis arbeidstakeren utfører sitt normale arbeid, er det nærliggende å slutte at også større endringer kan godtas.

2.4.4.6 Oppsigelsen er arbeidstakers beslutning

Ofte vil det ha vesentlig betydning for vurderingen av styringsretten om oppsigelsen er arbeidstakers eller arbeidsgivers beslutning. Som antydning tidligere, er det mulig at virksomheten i større grad blir skadelidende dersom det er arbeidstakeren selv som har sagt

¹⁰⁵ Rt. 1999 side 1998 (s. 1999-2000)

opp. Eksempelvis fordi kundene kan være mer knyttet til bestemte medarbeidere enn til virksomheten selv, og fordi den enkelte arbeidstaker derfor blir en konkurransepåvirkende ressurs av stor betydning dersom han tar arbeid hos en konkurrent. Muligens må det godtas større endringer i slike tilfelle enn når det er arbeidsgiveren som har sagt opp arbeidsforholdet.

Når det er arbeidsgiveren som har sagt opp arbeidstakeren, vil det være et sentralt hensyn at en vid adgang til å gjøre endringer i arbeidsforholdet i oppsigelsestiden vil kunne undergrave retten til å stå i stillingen. Dette hensynet gjør seg ikke gjeldende når arbeidstakeren har sagt opp selv, og også dette vil derfor tale for en utvidet endringsadgang i disse tilfellene.

Dege skriver også i sin bok om styringsretten at: ”Når arbeidstaker selv sier opp, må man – arbeidets dobbelte verdi til tross – i første rekke ta hensyn til bedriften og tenke på den videre drift.” Han er av den oppfatning at arbeidstakeren må godta endringer for å oppnå en god overlapping mot den som skal ta over stillingen etter vedkommende, og at han må finne seg i både lediggang og arbeidsoppgaver som går utover dette i den grad stillingen tillater det. Han fremholder imidlertid at det å overføre den ansatte til helt andre oppgaver, som for eksempel renhold, tungt arbeid eller til ”strykestuen” når man er selger, er å fjerne seg for langt fra det opprinnelige grunnpreget. At en selger overføres til kontorlignende oppgaver i oppsigelsestiden bør imidlertid godtas.¹⁰⁶

Som ellers må endringsadgangen underlegges en konkret vurdering, men etter mitt syn vil det ha stor betydning at det er den ansatte selv som har sagt opp. Har han i tillegg en ledende stilling som innebærer et stort behov for tillit, bør det kunne begrunne en forholdsvis vidtrekkende styringsrett i oppsigelsestiden. Saklighets- og forholdsmessighetshensyn vil imidlertid sette begrensninger her som ellers. Sjikanøse eller ubegrunnede endringer vil kunne komme i strid med både ulovfestede regler om saklighet og reglene i arbeidsmiljøloven kap. 4 som er gjennomgått ovenfor. På den annen side er det mulig at arbeidstakeren også må ”tåle mer” når det er han selv som har valgt å avslutte arbeidskontrakten, i hvert fall når det er for å ta ansettelse hos en av virksomhetens konkurrenter.

2.4.4.7 Oppsigelsen er arbeidsgivers beslutning

Når oppsigelsen er arbeidsgivers beslutning, kan det være av betydning for endringsadgangen om oppsigelsen skyldes forhold som virksomheten må svare for, eller om det er

¹⁰⁶ Dege, s. 422

arbeidstakerens forhold som begrunner den, jf. aml. § 15-7 første ledd. En oppsigelse kan som nevnt skyldes mange forhold på begge sider, og nettopp årsaken til oppsigelsen vil være sentral for endringsadgangen.

For spørsmålet om endringsadgang i avviklingsfasen er det særlig oppsigelser som enten skyldes eller har resultert i tillitssvikt eller illojalitet som er mest sentrale. Dersom oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold, og det er mulig å tilby arbeidstakeren hans opprinnelige arbeidsoppgaver, bør det være lite grunnlag for å pålegge endringer. Særlig dersom det ikke har oppstått problemer i forhold til partenes tillit. Selv om vedkommende har en ledende og betrodd stilling, bør arbeidsforholdet etter mitt skjønn fortsette noenlunde som før i slike tilfeller.

Der oppsigelsen derimot skyldes dårlig arbeidsutførelse eller illojalitet, kan det være et behov for å pålegge endringer i arbeidsforholdet i den resterende tiden. I slike tilfeller kan både hensynet til bedriften og tredjemann tilsi at arbeidstakeren ikke utfører sitt normale arbeid.

Støtte for at det bør foretas en sontring etter begrunnelsen for oppsigelsen, kan blant annet finnes i forarbeidene til arbeidsmiljøloven (1977) og uttalelsene om retten til å stå i stillingen der.¹⁰⁷ Her påpekes det at det ved vurderingen av om det er urimelig at arbeidsforholdet fortsetter vil være ”naturlig å skille mellom de tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i disiplinære forhold o.l. og tilfeller hvor oppsigelsen er begrunnet i bedriftens forhold”. Dersom oppsigelsen skyldes en forgåelse fra arbeidstakerens side bør retten etter departementets mening i alminnelighet ta et krav om fratredelse til følge, mens det motsatte bør gjelde dersom oppsigelsen skyldes forhold ved bedriften. I Rt. 1984 side 400 (kjm.utv.) er dette presisert slik at retten ikke skal være helt avskåret fra å foreta den rimelighetsvurdering som følger av lovens ordlyd, men at det må tas som et ”uttrykk for at rimelighetsvurderingen i disse tilfelle, hvor det ikke er noe å bebreide arbeidstaker, som regel må føre til at arbeidsgivers krav ikke tas til følge”.¹⁰⁸

Etter mitt syn vil disse uttalelsene være retningsgivende også for selve innholdet av retten til å stå i stillingen. Styringsretten bør rimeligvis være mindre vidtrekkende når arbeidstakeren intet er å bebreide, og ikke har ønsket arbeidsforholdet avsluttet. Hans interesser bør derfor veie tungt i den tiden som står igjen av arbeidsforholdet, både når det gjelder retten til å stå i

¹⁰⁷ Se Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 75

¹⁰⁸ Rt. 1984 side 400 på s. 401

stillingen og oppsigelsestiden.¹⁰⁹ I slike tilfelle bør styringsretten kanskje ikke være utvidet i forhold til det som ellers vil gjelde i arbeidsforholdet.

2.4.4.8 Særlig om endringskompetansen før og etter oppsigelsesfristens utløp

Avslutningsvis er det grunn til å peke på at styringsrettens rekkevidde kan være noe forskjellig avhengig av om en endring foretas i oppsigelsestiden eller mens arbeidstakeren utøver retten til å stå i stillingen. Den konkrete betydningen av skillet vil igjen bero på det enkelte tilfelle, men det kan i alle fall pekes på noen hensyn som tilsier en ulik rekkevidde i de forskjellige periodene.

En første forskjell, som antageligvis ikke har betydning for rekkevidden av styringsretten, er som nevnt at de prosessuelle reglene er noe ulike for oppsigelsestiden og retten til å stå i stillingen. Dersom arbeidstakeren vil angripe en endringsbeslutning fra arbeidsgiverens side, må han i oppsigelsestiden gjøre dette gjennom å kreve en midlertidig forføyning, mens han etter oppsigelsesfristens utløp kan kreve rettens kjennelse for gjeninntreden etter aml. § 15-11 femte ledd.¹¹⁰ Vurderingen av om en endring eller utestengelse fra stillingen har vært berettiget, følger imidlertid det vurderingstema som er fastslått i aml. § 15-11 annet ledd både før og etter oppsigelsesfristens utløp. En viktig forskjell ligger likevel i at når arbeidsgiveren har krevd kjennelse for fratreden etter aml. § 15-11 annet ledd annet punktum, har arbeidstakeren ikke krav på lønn frem til dom om oppsigelsens gyldighet foreligger.¹¹¹ Det vil han derimot ha når arbeidsgiveren ikke har krevd slik kjennelse, men foretar endringer i kraft av styringsretten.

Et moment som kan tilsi forskjeller i styringsrettens rekkevidde avhengig av om en endring foretas før eller etter oppsigelsesfristens utløp, er de berørte partenes forutsetninger. Som nevnt tidligere, vil arbeidsgiveren forutsetningsvis legge til grunn at arbeidsforholdet skal avsluttes både når arbeidstakeren jobber i oppsigelsestiden og mens han står i stillingen, men i sistnevnte tilfelle er ikke dette endelig avklart enda. Han må derfor være forberedt både på at arbeidstakeren kan stå i sin stilling i lang tid før dette er rettskraftig avgjort, og på at oppsigelsen kan bli kjent ugyldig. I slike tilfelle kjemper også arbeidstakeren for å opprettholde arbeidsforholdet, hvilket tilsier at hans interesser bør ivaretas i større grad enn

¹⁰⁹ Som nevnt er arbeidstakeren ansett vel så godt vernet i oppsigelsestiden, se Rt. 2009 side 1183 (avsnitt 28)

¹¹⁰ Dette gjennomgås grundigere i punkt 2.3.3

¹¹¹ Rt. 2009 side 1183 avsnitt 26

for eksempel når han selv har valgt å avslutte arbeidskontrakten, og kun jobber ut sin oppsigelsestid.

Også hensynet til tidsperspektivet, som vanligvis vil være mye kortere for oppsigelsestiden enn når arbeidstakeren står i stillingen, vil tale for at arbeidstakerens interesser ivaretas i større grad når han står i stillingen enn i oppsigelsestiden. Endringer som foretas før oppsigelsesfristens utløp vil bære større preg av å være midlertidige fordi det kun er snakk om en høyst begrenset periode, og dette vil som nevnt ofte begrunne en utvidet styringsrett. Når det er reist søksmål om en oppsigelses gyldighet, kan arbeidstakeren derimot stå i stillingen i lang tid før rettskraftig dom foreligger.

Videre vil hensynet til å effektivisere konkurransebegrensende klausuler, jf. punkt 2.4.4.4, ikke gjøre seg gjeldende i samme grad for retten til å stå i stillingen som for oppsigelsestiden. Man vet ikke enda om arbeidsforholdet blir avsluttet, og det blir liten sammenheng om arbeidsgiver da påberoper seg hensynet til å effektivisere klausuler som skal virke etter arbeidsforholdets opphør, som begrunnelse for en utvidet styringsrett. Også dette tilsier derfor en svekket endringsadgang i denne perioden sammenlignet med oppsigelsestiden.

Det er også i oppsigelsestiden at arbeidsgiverens objektive behov for endringer i arbeidsforholdet er mest synlige. Når arbeidstakeren står i stillingen og kjemper for å få beholde denne, vil han ha liten interesse av å tilsidesette taushets- og lojalitetsplikt. Det behovet arbeidsgiver måtte ha for å gjennomføre endringer som knytter seg til slike hensyn, blir derfor mindre fremtredende. Tilbake står da et mindre objektivt behov for endringer, som i sin tur bør tilsi at styringsretten kanskje rekker lengre i oppsigelsestiden enn når arbeidstakeren står i stillingen. På den annen side, har rettspraksis som nevnt også uttalt at arbeidstakerens rettigheter bør anses bedre vernet i oppsigelsestiden enn når han står i stillingen, og lagt til grunn at det må foreligge "særlige tungtveiende grunner" for å frata arbeidstakeren arbeidsoppgavene i denne tiden sammenlignet med retten til å stå i stillingen.¹¹²

Ettersom det i alle tilfelle er en konkret rimelighetsvurdering som skal foretas for å bestemme endringsadgangens rekkevidde, vil betydningen av om endringen foretas før eller etter oppsigelsesfristens utløp måtte vurderes helt konkret.

¹¹² Jf. Rt. 2009 side 1183 Investeringsrådgiverkjennelsen

3. AVSLUTNING

3.1 Oppsummering

Det kan oppstilles to sikre utgangspunkter for rekkevidden av styringsretten som grunnlag for å pålegge arbeidstakeren endringer i oppsigelsestiden og når arbeidstakeren står i stillingen.

Det første utgangspunktet er at oppsigelsen av et arbeidsforhold ikke representerer noen innskrenkning i arbeidsgivers alminnelige styringsrett. De endringene som kan gjøres i arbeidsforholdet ellers, kan gjennomføres også i oppsigelsestiden og mens arbeidstakeren står i stillingen.

Videre medfører de legislative hensynene bak reglene¹¹³ at nok et utgangspunkt er at arbeidstakeren ikke bare har rett til å motta lønn i oppsigelsestiden og mens han står i stillingen, men at han også har rett til å få utføre sitt arbeid.

I visse tilfeller kan det imidlertid gjøres unntak fra dette utgangspunktet. Det viser dommene ovenfor i punkt 2.4.3.2 som tillater at arbeidsgiveren helt fraber seg arbeidsytelsen mot å betale lønn i oppsigelsestiden og frem til rettskraftig dom om oppsigelsens gyldighet foreligger. Denne unntaksadgangen gir grunnlag for å reise spørsmålet om arbeidsgiveren har en utvidet endringskompetanse i denne tiden sammenlignet med arbeidsforholdet ellers. Ettersom den alminnelige adgangen til å suspendere en arbeidstaker er nøye lovregulert i aml. § 15-13, innebærer disse dommene at det er nærliggende å slutte at arbeidsgiver kan ha nettopp det.

Når det i visse tilfelle er adgang til å gå så langt som helt å frabe seg arbeidsytelsen i avviklingsfasen, kan en "fra det mer til det mindre"- betraktning videre tilsi at det også må kunne gjøres andre, mindre inngripende endringer i disse periodene.

Som ellers når det gjelder styringsretten og endringsadgangen, må også rekkevidden av en utvidet styringsrett bero på en konkret vurdering. Styringsretten begrenses av lovgivning, tariffavtaler og de individuelle arbeidsavtalene, samt de alminnelige ulovfestede saklighetsnormene.

Momenter som har betydning for vurderingen av arbeidsgivers endringskompetanse, er særlig arbeidstakerens stilling og arbeidsoppgavene som ligger til denne. Videre kommer bransjen og virksomhetens type inn i vurderingen, samt hensynene bak og behovet for en eventuell

¹¹³ Se punkt 2.4.1

endring. Behovet for endringer korresponderer normalt sett med arbeidstakerens stilling, og ofte har det stor betydning om oppsigelsen er arbeidstakerens eller arbeidsgiverens beslutning. Dersom oppsigelsen er arbeidsgiverens beslutning vil det videre ha betydning om oppsigelsen er begrunnet med forhold som virksomheten må svare for, eller om den skyldes arbeidstakerens forhold. Det vil også kunne være sentralt for vurderingen om endringen foretas i oppsigelsestiden eller mens arbeidstakeren står i stillingen.

3.2 Vurdering

Det er vanskelig å angi rekkevidden av arbeidsgivers endringsadgang i oppsigelsestiden og når arbeidstakeren står i stillingen konkret. Som nevnt er det en rimelighetsvurdering som må foretas i det enkelte tilfelle, og endringskompetansen vil kunne variere betraktelig. Dette gjør at det blir liten forutsigbarhet i det enkelte arbeidsforhold, og liten forutberegnelighet for rettstilstanden generelt.

Samtidig er det en høyst praktisk problemstilling, som gjør seg gjeldende i mange arbeidsforhold. Kanskje er det derfor lite heldig at man ikke har noen sikrere holdepunkter for vurderingen enn de jeg har gjennomgått ovenfor. Dersom rettstilstanden var klarere, kunne man unngått uenighet om slike spørsmål. Dette ville igjen hatt mye å si for arbeidsmiljøet på den enkelte arbeidsplass. Det er også et moment at de potensielle kostnadene med en rettslig prosess rimeligvis innebærer at en rekke arbeidstakere ikke bestrider de endringene de blir pålagt. I den grad det er tilfellet, har arbeidstakeren i realiteten et nokså svekket stillingsvern sammenlignet med det lovgiver har forutsatt.

Nettopp på grunn av de store variasjonene som knytter seg til endringsadgangen i et arbeidsforhold, vil det imidlertid være vanskelig å regulere dette i regler som skal gjelde på tvers av bransjer og yrker. For å dekke behovene hos den enkelte arbeidsgiver hadde man antagelig måttet utformet disse svært skjønnsmessig, og dette ville igjen skapt tolkningstvil og gitt opphav til tvister.

I statssektoren er det ikke helt uvanlig at det utarbeides retningslinjer for arbeidstakeres overgang til stillinger eller oppdrag utenfor staten. Disse kan være relativt inngripende for arbeidstakeren, men her gjelder det også særlige hensyn ettersom det er i allmennhetens interesse at den kunnskapen statsansatte har ikke havner på "feil" plass. Slike retningslinjer gir betryggende overgangsordninger, samtidig som det er en fordel at det på forhånd er avklart

hva som skal gjøres i slike situasjoner. Retningslinjene forhindrer også eventuell mistro eller mistenkeligjøring av enkeltansatte.

Også en arbeidsgiver i privat sektor vil naturligvis kunne utarbeide retningslinjer eller avtale begrensninger som godtas av arbeidstakerne på den enkelte arbeidsplass. Disse kan imidlertid ikke gå lenger enn det som lovlig kan gjennomføres i kraft av styringsretten, og man er på mange måter derfor tilbake til utgangspunktet.¹¹⁴ På den annen side ville man hatt sikrere holdepunkter for den konkrete vurderingen i enkelttilfellene, og slike avtaler er derfor kanskje noe arbeidsgiverne bør vurdere i sterkere grad. I den grad det på forhånd er mulig å identifisere et behov for endringer, kan det i hvert fall for ledere og nøkkelpersonell være grunn til å inngå slike avtaler ved utarbeidelsen av arbeidskontrakten. Dersom den type avtalebestemmelser blir mer vanlige, kan det kanskje også bidra til større forutberegnelighet for rettstilstanden generelt. Avtalebestemmelser av denne typen forutsetter imidlertid at arbeidsgiverne har et bevisst forhold til hvor grensene for endringskompetansen går. I motsatt fall vil behovet for rettslig avklaring av slike bestemmelser bli minst like stort som behovet er i dag.

4. REFERANSER

Lover

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

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

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

Lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

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

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

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)

Forarbeider

¹¹⁴ Avtalefriheten på dette området behandles i punkt 2.4.4.3

Ot.prp. nr. 41 (1975-76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr.50 (1993-94) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

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

Tariffavtaler

Hovedavtalen LO-NHO 2010 – 2013

Dommer

Høyesterett

Rt. 1927 side 296

Rt. 1927 side 1078

Rt. 1964 side 1345 ”Jordmorddommen”

Rt. 1977 side 902 ”Hammerverkdommen”

Rt. 1982 side 1704 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 1984 side 400 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 1990 side 607

Rt. 1993 side 300

Rt. 1996 side 1084 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 1997 side 1128

Rt. 1999 side 1998 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2000 side 1602 ”Nøkkdommen”

Rt. 2001 side 418 ”Kårstødommen”

Rt. 2004 side 1844

Rt. 2005 side 1017 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2008 side 856

Rt. 2008 side 1529 (Høyesteretts ankeutvalg)

Rt. 2009 side 1183 (Høyesteretts ankeutvalg) ”Investeringsrådgiverkjennelsen”

Rt. 2009 side 1465 ”Senvaktdommen”

Rt. 2011 side 841 ”Oslo kommunedommen”

Lagmannsrettene

LE-1995-367 (Eidsivating)

RG 1996 side 202 (Eidsivating)

RG 2001 side 1098 (Hålogaland)

LB-2002-225 (Borgarting)

LE-2002-268 (Eidsivating)

RG 2009 side 945 (Borgarting)

RG 2010 side 1625 (Eidsivating)

LB-2010-152755 (Borgarting)

Tingrettene

RG 1953 side 495 (Bergen byrett)

RG 1991 side 1106 (Tønsberg byrett)

THALD-2007-62296 (Halden tingrett)

Norsk arbeidsrettslig domssamling

NAD-1988-380 (Skien og Porsgrunn byrett)

NAD-1988-556 (Gulating)

Arbeidsretten

ARD 1980 side 42

ARD 1980 side 25

Litteraturliste

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett* (Oslo 1967)

Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett*, bind I (Oslo 1995)

Evju, Stein, *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001 - 2010* (Oslo 2010)

Fougner, Jan. Schøyen Breibøl, Camilla. Frogner, Marit B. Solheim, Trond Erik. Sundet, Tron. Øydegard, Johan Kr. Aasheim, Eli, *Omstilling og nedbemanning*, 2. utgave (Oslo 2010)

Fougner, Jan. Holo, Lars, *Arbeidsmiljøloven – kommentarutgave* (Oslo 2006)

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold – styringsrett og arbeidsplikt* (Oslo, 2007)

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2007)

Artikler

Evju, Stein, ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Tidsskriftet Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1, s. 3-32 (2003)

Nettsider

www.rechtsdata.no

http://www.regjeringen.no/upload/AD/publikasjoner/hoeringer/2010/AMS/Konkurranseskulder/Horingsbrev_konkurranseskulder.pdf