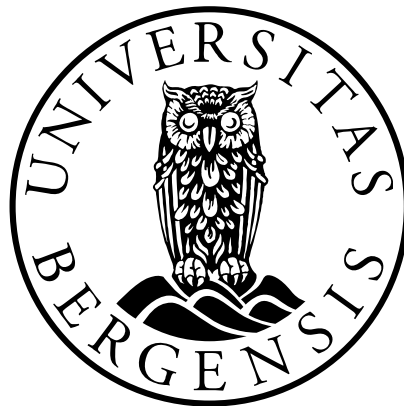


Alder og saklig grunn

Om arbeidsgivers handlingsrom overfor eldre arbeidstakere med prestasjonssvikt

Kandidatnummer: 109

Antall ord: 14 574



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavetema	3
1.2 Problemstilling og nærmere avgrensning	5
1.3 Rettskildebildet.....	6
1.4 Oppgavens disposisjon	7
2 Rettslig utgangspunkt.....	9
3 Et relevant oppsigelsesgrunnlag	12
3.1 Motivene bak en saklig begrunnelse	12
3.2 Regler om aldersdiskriminering	13
3.3 Mangelfulle arbeidsprestasjoner.....	15
3.4 Oppsummering	17
4 Et tilstrekkelig tungtveiende oppsigelsesgrunnlag	18
4.1 Innledning.....	18
4.2 Tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner.....	20
5 Arbeidsgivers forpliktelser.....	22
5.1 Innledning.....	22
5.2 Bruk av advarsel	22
5.3 Oppfølging ved kompetansesvikt	25
5.4 Tilrettelegging ved ordinære aldersforskjeller etter § 4-2 andre ledd bokstav b.....	27
5.5 Tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne etter § 4-6	30
5.5.1 Innledning.....	30
5.5.2 Tilretteleggingspliktens anvendelsesområde.....	30
5.5.3 Tilretteleggingspliktens rekkevidde	32
5.6 Omklassering ved kompetansesvikt	35
5.7 Oppsummering	37
6 Forhold knyttet til arbeidstakeren	38
6.1 Innledning.....	38
6.2 Rimelighetsmomentene	38
6.3 Ansiennitet.....	39
6.4 Alder	39

6.5	Vekten til subjektive rimelighetshensyn generelt.....	42
6.6	De ulike rimelighetsmomentenes rolle	44
7	Oppsummering	48
8	Kilderegister	50
8.1	Nettsider.....	50
8.2	Lover.....	50
8.3	Endringslover.....	50
8.4	Direktiv	51
8.5	Høyesterettsdommer	51
8.6	Lagmannsrettsdommer	52
8.7	Tingrettsdommer	53
8.8	Rettens gang	53
8.9	Norsk arbeidsrettslig domssamling	53
8.10	Internasjonal avgjørelse	53
8.11	Rekommandasjon.....	54
8.12	Forarbeider	54
8.13	Litteratur	55

1 Innledning

1.1 Oppgavetema

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.), i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 63, at en viktig målsetning med arbeidsmiljøloven av 2005 er å beholde eldre arbeidstakere lengre i arbeidslivet. Selv om det er bred enighet om dette målet, er likevel ikke gjennomføringen alltid like konfliktfri.

I forbindelse med at øvre aldersgrense for stillingsvern ble hevet fra 70 til 72 år i arbeidsmiljøloven § 15-13 a, med lov 24. april 2015 nr. 21, uttrykte LO i sin høringsuttalelse i Prop. 48 L (2014-2015) s. 46 at «det ikke er usannsynlig at en heving av aldersgrense vil føre til en økt hyppighet av oppsigelser av arbeidstakere som arbeidsgivere hevder er svekket av alderen før de har oppnådd den aktuelle aldersgrense». Departementet hadde imidlertid et noe annet syn på saken. I Prop. 48 L (2014-2015) s. 48 påpekte de at anførselene kan «antas å bygge på stereotypiske holdninger til 70-åringene». I tillegg presiserte de at det er et «lederansvar å følge opp» alle arbeidstakere som ikke fungerer i arbeidet, uansett alder.¹ Ikke mer enn et halvt år etter regelendringene viste bl.a. advokat Nicolay Skarning til en oppgang i antall saker som knytter seg til eldre arbeidstakere.²

Bakgrunnen for anførselene må ses i sammenheng med arbeidsavtalen, som innebærer at arbeidstaker har tatt på seg en arbeidsplikt.³ Avtalen skal etter hovedregelen i arbeidsmiljøloven § 14-9 inngås for en «løpende og tidsubegrenset» periode. Tidsubestemtheten representerer i utgangspunktet et vern for arbeidstakeren - hun eller han skal vite at det er en jobb å gå til i morgen. Tiden kan derimot også skape utfordringer: Markedsutvikling, samfunnsutvikling og teknologisk utvikling tilsier f.eks. at det er andre oppgaver som må løses og på stadig nye måter. I forhold til eldre, kan i tillegg aldringsprosesser få en betydning.

Mange arbeidstakere oppfyller arbeidsplikten tilfredsstillende gjennom hele ansettelsesforholdet. En del har mindre variasjoner i prestasjonene i tid og omfang, men små

¹ Ibid

² Hegnars nettsider, <https://www.hegnar.no/Nyheter/Politikk/2016/01/Noen-blir-til-eddik-og-boer-pensjoneres> (lest 08.04.2019)

³ Se bl.a. Fougner (2016) s. 23

variasjoner er menneskelig, og disse skaper stort sett ikke noen store konflikter. Vanskeligere blir det derimot når arbeidstaker over lengre tid ikke klarer å opprettholde arbeidsprestasjonene på det nivået han eller hun har bundet seg til igjennom arbeidsavtalen. I slike situasjoner hender det at konfliktene løser seg ved avtale om sluttpakke eller oppsigelse fra arbeidstaker selv.⁴ Oppgavens tema knytter seg til motsatsen, altså der forhandlinger om en minnelig løsning er vanskelig å få til: Arbeidsgiveren ønsker å avslutte arbeidsforholdet og arbeidstakeren ønsker å fortsette arbeidsforholdet.

Når arbeidstakers arbeidsprestasjoner svikter vil motstridende interesser gjøre seg gjeldende. Etter arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b er et hovedformål med loven «å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet». Jobsikkerheten legger til rette for en forutberegnelig fremtid, og som fremhevet i Rt. 2012 s. 219 (avsnitt 70) dekker «deltakelse i arbeidslivet – og formodentlig særlig i en stilling man har hatt i en årrekke – ... flere behov enn selve inntekten, blant annet sosiale behov, behov for å bruke sine ferdigheter og behov for å gjøre nytte for seg». Trygge ansettelsesforhold sikter m.a.o. til å beskytte et bredt spekter av personlige behov hos arbeidstakeren. Når det kommer til formålet om «likebehandling» i § 1-1 bokstav b, tilsier dette at alle arbeidstakere skal behandles likt. I forhold til eldre arbeidstakere har dette særlig en side til aldersdiskrimineringsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 13, som bl.a. innebærer at arbeidsgiver ikke kan begrunne opphør av arbeidsforholdet i alder.

Et velutviklet stillingsvern er derimot som advokat Jan Fougner påpeker ikke uproblematisk for arbeidsgiver.⁵ Fra et rettslig perspektiv fungerer også arbeidsmiljøloven som «en samling regler som innskrenker arbeidsgivers handlingsrom (styringsrett)», jf. Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) s. 2. Dette innebærer at selv om en prestasjonssvikt hos arbeidstakeren kan ha negative konsekvenser for virksomhetens produksjon og økonomi, er det ikke uten videre et oppsigelsesgrunnlag. Arbeidsgiver har derimot et bredere ansvar enn som så. Den enkeltes prestasjonssvikt kan også gå utover ansettelsesforholdet til andre arbeidstakere, f.eks. i form av merarbeid, dårlig arbeidsmiljø og i ytterste konsekvens medføre at virksomheten ikke går rundt og må avvikles. Arbeidsgivers handlingsrom avhenger således av et vidt omfang av interesser, og det lederansvaret departementet fremhevet i Prop. 48 L (2014-2015) s. 48, som

⁴ Se Skarning og Brusdal (2015) s. 17

⁵ Fougner (2015) s. 152

arbeidsgivere skal ta uansett alder, er det ikke opplagt hvordan skal utøves hvis situasjonene faktisk oppstår.

1.2 Problemstilling og nærmere avgrensning

Problemstillingen for oppgaven er:

Hvilket handlingsrom har arbeidsgiver til å si opp eldre arbeidstakere med prestasjonssvikt?

Grunnlaget for en oppsigelse kan etter omstendighetene hjemles enten i lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. jf. § 1, lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip jf. § 1-2, eller arbeidsmiljøloven. Det rettslige utgangspunktet i oppgaven er arbeidsmiljøloven.

Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd kan begrunnelsen for å si opp en arbeidstaker relateres til «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold». I oppgaven vil jeg avgrense meg til oppsigelser som hjemles i sistnevnte, altså «arbeidstakers forhold». Dette innebærer at oppsigelser begrunnet i virksomhetens eller arbeidsgivers forhold i § 15-7 vil holdes utenfor. Det vil også avgrenses mot avskjedigelse hjemlet i § 15-14.

Begrepet «eldre arbeidstakere» er ikke juridisk definert, men anvendes ofte i ulike sammenhenger både i teori, forarbeider og praksis, uten nærmere avgrensning.⁶ For å avklare begrepets innhold gir departementet i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 70 om de forlengede oppsigelsesfristene i arbeidsmiljøloven av 1977 (lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø) § 58 nr. 3⁷ en viss veiledning. Her heter det at reglene er gitt for å «sikre *eldre* arbeidstakere med lang tilsetningstid et særlig vern» (min kursiv),⁸ og lovgiver knytter således begrepet til bestemmelsens laveste alder som er arbeidstakere fra fylte 50 år. Tilsvarende er alder anført som et moment i saklighetsvurderingen tidlig i 50 årene, som eksempelvis i LB-2004-7399: 52 år. Ser man hen til nyere teori, som Fougner mfl. og Benson, er det derimot ansett vanlig å omtale arbeidstakere over 55 år som «eldre»,⁹ og jeg legger således dette også til grunn for oppgaven.

⁶ Se eksempelvis Dege II (2009) s. 908, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 63, og Rt. 2011 s. 974 (avsnitt 30)

⁷ Nå videreført i § 15-3 tredje ledd jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

⁸ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 70

⁹ Fougner mfl. (2011) s. 308 og Benson (2014) s. 449

Skarning og Wegner omtaler mangelfulle arbeidsprestasjoner som en «felles betegnelse på en rekke svakheter ved arbeidstakers arbeidsytelse», hvor både manglende prestasjoner og samarbeidsevner kan omfattes.¹⁰ Det heter videre at bakgrunnen for at arbeidstakeren ikke fyller stillingen kan skyldes «fysiske og psykiske faktorer».¹¹ I oppgaven vil jeg avgrense meg til prestasjonssvikt hos eldre arbeidstakere med lang ansiennitet og vilje til å samarbeide. Sistnevnte innebærer en forutsetning om medvirkning fra arbeidstakers side. I utgangspunktet vil jeg holde prestasjonssvikt relatert til sykdom utenfor oppgaven, og oppsigelsesvernet ved sykdom regulert i arbeidsmiljøloven § 15-8 vil ikke behandles. Imidlertid reises det en tematikk knyttet til tilretteleggingsplikten i § 4-6.

Saklighetskravet innebærer at det må gjøres en konkret helhetsvurdering, hvor mange faktorer kan spille inn på utfallet av oppsigelsens gyldighet. Mer om dette i punkt 2 og 4. Omfanget av denne oppgaven gir noen begrensninger, og jeg har valgt å fokusere på den materielle siden av saklighetskravet. På bakgrunn av den tette forbindelsen til saksbehandlingsreglene vil jeg likevel komme inn på enkelte forhold knyttet til disse, i den grad de er sentrale overfor eldre arbeidstakere.

Videre vil jeg først og fremst se på sider av stillingsvernet som er særlig sentralt overfor eldre arbeidstakere og hvordan alder påvirker oppsigelsesadgangen. Dette innebærer at jeg bare forholdsvis kort vil være innom hvilke faktorer som spiller inn på om arbeidstakers forhold isolert sett kan gi grunnlag for oppsigelse.

1.3 Rettskildebildet

Opgavens problemstillinger vil ses på i et rettsdogmatisk perspektiv. I lys av oppgavetemaet er arbeidsmiljøloven, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori de mest sentrale rettskildene.

De materielle vilkårene for oppsigelse følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 som stiller krav om at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er «saklig begrunnet». Ettersom grunnvilkåret, «saklig begrunnet», baserer seg på skjønn fra rettsadvokaten, må det nærmere innholdet fastsettes ved hjelp av andre rettskilder. Forarbeidene til

¹⁰ Skarning og Wegner (2015) s. 228

¹¹ Ibid

arbeidsmiljøloven av 2005 gir isolert sett i utgangspunktet lite veiledning, men det er presisert i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335 at bestemmelsen er en videreføring av tidligere regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven av 1977 § 60. Dette innebærer at tidligere rettskilder er av interesse og vil være naturlig å anvende i oppgaven. Samtidig er det viktig å være klar over uttalelsen i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72 om at grunnvilkåret må tolkes i lys av «den sosiale utvikling i samfunnet ellers», og at «særlig eldre rettspraksis som går i arbeidstakerens disfavør» må anvendes med varsomhet.

I juridisk teori er det lagt til grunn at lagmannsretts- og tingrettsavgjørelser er rettskilder med mindre vekt enn avgjørelser fra Høyesterett.¹² Til tross for dette utgangspunktet påpeker Fanebust at avgjørelser fra underinstanser er rettskilder med en «grei og ... nødvendig» illustrasjonsverdi på det aktuelle rettsområdet, idet Høyesterettspraksis kan gi et «ufullstendig bilde av rettskildesituasjonen slik den fortøner seg i praksis».¹³ Jeg vil på denne bakgrunn også anvende underrettspraksis, herunder eldre avgjørelser, for å få belyst flere av problemstillingene knyttet til oppgaven.

Vekten av rettsoppfatninger i juridisk teori er ifølge Eckhoff i utgangspunktet liten, men kan ha stor innflytelse grunnet forfatterens argumentasjon og anvendelse av materiale.¹⁴ Innenfor arbeidsrettens område er bl.a. Jan Fougner og Arne Fanebust personer som blir sett hen til i rettsapparatet.¹⁵ I lys av det øvrige rettskildebilde, vil særlig deres, men også andres redegjørelser av temaer med tilknytning til oppgaven, være av interesse i fortolkningen av gjeldene rett.

1.4 Oppgavens disposisjon

Oppgaven består av 7 deler. I oppgavens punkt 2 vil jeg presentere det rettslige utgangspunktet, arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd, og det som kan ses på som tre hovedelementer i saklighetskravet. Jeg vil deretter i punkt 3 gå nærmere inn på det første hovedelementet: Hva som er et relevant oppsigelsesgrunnlag når prestasjonene svikter hos eldre arbeidstakere. I punkt 4, 5 og 6 skal jeg se på det andre hovedelementet: Hva som er et

¹² Eckhoff, ved Helgesen (red.) (1997) s. 160

¹³ Fanebust (2017) s. 69-70.

¹⁴ Eckhoff, ved Helgesen (red.) (1997) s. 264-265

¹⁵ Se eksempelvis LH-2008-124494, LB-2012-158782 (Anke nektet fremmet, HR-2013-1350-U)

tilstrekkelig tungtveiende oppsigelsesgrunnlag. Denne behandlingen vil deles opp i en innledning i punkt 4.1, hva som isolert er et saklig oppsigelsesgrunnlag i punkt 4.2, hvordan enkelte forhold på arbeidsgivers hånd kan spille inn på gyldigheten av oppsigelsen i punkt 5, og hvordan forhold knyttet til arbeidstakeren kan spille inn på gyldigheten i punkt 6. Oppgaven vil avsluttes med en oppsummering i punkt 7.

2 Rettslig utgangspunkt

Av arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd følger det at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er «saklig begrunnet i ... arbeidstakers forhold.»

Bestemmelsens formulering tilsier at oppsigelse av eldre arbeidstakere må være saklig og ha bakgrunn i omstendigheter som kan knyttes til vedkommende arbeidstaker som skal sies opp. Hva som regnes som usaklig, er ikke så lett å utlede av ordlyden. Ser man derimot hen til at en oppsigelse innebærer opphør av et kontraktsrettslig forhold, er det naturlig å stille et krav om at det må være sammenheng mellom oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsforholdet. Fougner mfl. har omtalt det som at bestemmelsen bygger på at «arbeidstakeren har misligholdt sine plikter etter arbeidsavtalen».¹⁶

I LG-2016-100619 (Senioringeniørdommen) heter det om § 15-7 som rettslig utgangspunkt:

«At oppsigelsen må være saklig begrunnet innebærer at den ikke kan begrunnes med *utenforliggende eller usaklige grunner*. De forhold som påberopes fra arbeidsgivers side må også være *tilstrekkelig tungtveiende* til at det kan begrunne omplassering, og avgjørelsen må ellers bygge på et *korrekt faktisk grunnlag*.» (min kursiv)

Som det fremgår av sitatet inneholder saklighetskravet flere elementer, eller som Skjønberg mfl. kaller det i sin behandling av temaet: «dimensjoner».¹⁷ Av praktiske hensyn vil jeg følge denne tredelingen i fremstillingen av saklighetskravet. Det er likevel viktig å presisere, som også lagmannsretten gjør i Senioringeniørdommen, at vurderingen av om det foreligger en saklig begrunnet oppsigelse til syvende og sist er en «samlet avveining», jf. Rt. 2009 s. 685 (avsnitt 52). Se nærmere punkt 4.1.

Det første av de tre hovedelementene i saklighetskravet fremgikk historisk, i lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern § 33 nr. 3 punkt a, som at oppsigelsen ikke måtte skyldes «helt utenforliggende grunner». Uttrykket siktet til den kvalitative siden av oppsigelsesgrunnen, og ble ifølge Rt. 1966 s. 393 fjernet uten at det var tilsiktet en realitetsendring. I Rt. 1984 s. 1058 ble elementet formulert som at oppsigelsen må bygge på «relevante argumenter». I forhold til

¹⁶ Fougner mfl. (2018) s. 896

¹⁷ Skjønberg mfl. (2018) s. 416-417

eldre arbeidstakere har elementet om et relevant oppsigelsesgrunnlag særlig en side til aldersdiskriminering, noe jeg kommer tilbake til i punkt 3.

I tillegg til at det påberopte oppsigelsesgrunnlaget må bygge på relevante argumenter, må det som det fremgår av Senioringeniørdommen «også være tilstrekkelig tungtveiende». Dette andre hovedelementet sikter til forholdet mellom arbeidstakers mislighold av arbeidsavtalen og oppsigelse som konsekvens.¹⁸ I et historisk perspektiv ble det i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72 presisert at det har skjedd en «utvikling i retning av at det kreves sterkere grunner fra arbeidsgiverens side». Sett hen til presiseringen på samme sted i forarbeidene, om at saklighetskriteriet skal «følge med den sosiale utvikling i samfunnet ellers», ligger det til rette for at denne utviklingen kan fortsette. Som jeg kommer tilbake til i punkt 6, hevder bl.a. Fougner at en utvikling på feltet også er tilfelle,¹⁹ og da i form av rimelighetsmomenter. Elementet har for øvrig en side til hvordan arbeidsgiveren forholder seg til de eldre i sin tjeneste forut for oppsigelsen for å ha et beskyttelsesverdig oppsigelsesgrunnlag, se nærmere punkt 5, og hva som er tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner, se punkt 4.2.

Det siste av de tre hovedelementene som fremgår av Senioringeniørdommen, er et krav til at avgjørelsen bygger på et «korrekt faktisk grunnlag». Mens de to foregående elementene gjelder saklighetskravets materielle sider, knytter dette elementet seg mer til saksbehandlingen for å sikre notoritet.²⁰ Sett hen til at kravet om et korrekt faktisk grunnlag «bare» inngår i den samlede vurderingen, er det ikke slik at feil nødvendigvis fører til at oppsigelsen kvalitativt ikke vil stå seg. I henhold til Fanebust må feilen gjelde «forhold som kan ha hatt betydning for avgjørelsen», for at oppsigelsen skal underkjennes.²¹ Det er derimot arbeidsgiver som har bevisbyrden for «de faktiske omstendighetene som begrunner oppsigelsen», jf. LB-2012-158782. Enhver bevistvil vil derfor kunne ha betydning for oppsigelsens gyldighet. Videre i oppgaven vil jeg som nevnt i punkt 1.2, fokusere på den materielle siden av saklighetskravet.

Høyesterett har lagt til grunn i Rt. 1989 s. 508 at vurderingen av om en oppsigelse er saklig, er «individuell ... for hver enkelt oppsagt». Dette prinsippet, som ofte blir omtalt som et krav til individuell saklighet,²² innebærer som bl.a. Benson fremhever at det samme

¹⁸ Se bl.a. Skjønberg mfl. (2018) s. 416

¹⁹ Fougner (2015) s. 149-150

²⁰ Se bl.a. Skjønberg mfl. (2018) s. 415-417

²¹ Fanebust (2017) s. 101

²² Se bl.a. Jakhelln (2006) s. 429

oppsigelsesgrunnlaget kan slå ulikt ut for ulike arbeidstakere.²³ Sånn sett er det en forutsetning for at arbeidsgivers handlingsrom kan være annerledes overfor eldre enn for yngre arbeidstakere. Om den aktuelle oppsigelsen faktisk er saklig har domstolene full prøvelsesrett over, jf. Rt. 1984 s. 1058.

²³ Benson (2014) s. 334

3 Et relevant oppsigelsesgrunnlag

3.1 Motivene bak en saklig begrunnelse

Gyldigheten av en oppsigelse vil avhenge av hvilke forhold arbeidsgiver er motivert av, og ved oppsigelse begrunnet i «arbeidstakers forhold» fremhever Fanebust to kumulative krav til motivenes kvalitative side som objektivt må være oppfylt.²⁴

Det første kravet Fanebust fremhever er at oppsigelsesgrunnlaget må kunne «føres tilbake til vedkommende arbeidstaker», der det avgjørende er om disse forhold «gir grunn til tvil om arbeidstakerens skikkethet for stillingen».²⁵ Dette kravet knytter seg således til kilden og arten av det forholdet som begrunner oppsigelsen, og innebærer at saklighetsvurderingen må basere seg på om den aktuelle arbeidstakeren oppfylder sin arbeidsplikt.

I nær relasjon til dette første vilkåret, ble det generelt presisert av byretten i NAD 1981 s. 225 (Brønnøy) at arbeidsgiver ikke saklig kan bytte ut «kvalifiserte arbeidstakere ... med andre arbeidstakere som fyller de samme stillinger». Riktignok kan såkalte remplasseringer ikke nødvendigvis karakteriseres som «utenforliggende grunner» sett ut fra en oppsigelse i bedriftens forhold, se RG 1956 s. 281 (Frostating). Lagmannsretten bemerket imidlertid allerede i sistnevnte dom at:

«Det er nok så at bedriftens interesse tilsier å få tak i best mulig kvalifiserte folk, men skal en bedrift kunne opp si en mann fordi om bedriften har muligheter for å få en bedre mann i hans sted kan det lett føre til uholdbare tilstander. Den sikkerhet som det har vært meningen å gi arbeideren ved nevnte bestemmelse i arbeidervernloven ville lett bli illusorisk hvis bedriftene bare behøver å anføre en slik vurdering som grunn for oppsigelsen.»

Det andre kravet Fanebust fremhever er at oppsigelsesgrunnlaget må «være av betydning for bedriften», og da presisert til at det er tilstrekkelig å «påvise en generell tapsfare».²⁶ I lys av

²⁴ Fanebust (2017) s. 80. Bl.a. Skjønberg mfl. (2018) s. 418 viser til Fanebust i sin fremstilling av saklighetskravet.

²⁵ Fanebust (2017) s. 80

²⁶ Fanebust (2017) s. 82-84

vilkårets abstrakte og fremtidige perspektiv, kan en arbeidstaker i prinsippet sies opp også før bedriften reelt er berørt negativt.

Det er på det rene at arbeidstakerens egen prestasjonssvikt kan medføre at disse kravene er oppfylt. I et historisk perspektiv, på den tid det ikke var lovregulert aldersgrense, er det imidlertid også lagt til grunn at en arbeidstakers fremskredne alder er et forhold som kan oppfylle den kvalitative siden ved saklighetskravet, se RG 1956 s. 146 (Frostating). Dette utdypes av Fanebust når han i sammenheng med denne dommen presiserer at det har vært «lagt til grunn at det etter forholdene er nok å påvise den generelle faren for tap, i hvert fall dersom denne arbeidstaker har fylt 70 år».²⁷ I relasjon til § 15-7 første ledd *isolert* sett, kunne således alder og utsikter til en negativ prestasjonskurve tidligere være et relevant og saklig oppsigelsesgrunnlag. Etter gjeldende rett kan derimot ikke alder i utgangspunktet lenger begrunne en oppsigelse, da lovgiver har begrenset arbeidsgivers handlingsrom gjennom regler om aldersdiskriminering.

3.2 Regler om aldersdiskriminering

Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 at «[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av ... alder er forbudt». Aldersdiskrimineringsforbudet gjelder etter § 13-2 «alle sider ved arbeidsforholdet», herunder ved opphør, og innebærer således at en arbeidstaker som hovedregel ikke saklig kan sies opp på grunn av sin alder.

Diskrimineringsforbudet bygger på såkalt delt bevisbyrde jf. § 13-8:

«Dersom arbeidstaker ... fremlegger opplysninger som gir grunn til å tro at det har funnet sted diskriminering i strid med bestemmelse i ... kapittel [13], må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted slik diskriminering ...».

Ifølge Rt. 2012 s. 424 (avsnitt 36) har bestemmelsen til formål å «effektivisere diskrimineringsvernet», i tillegg til å «inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling». Beviskravet på arbeidsgivers hånd er alminnelig sannsynlighetsovervekt, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329. Sammen med bevisbyrden for prestasjonssvikt, se punkt 2, kan bestemmelsen etter omstendighetene således pålegge arbeidsgiver en omfattende bevisbyrde i oppsigelsessaker overfor eldre arbeidstakere. En slik bevisbyrde forutsetter

²⁷ Fanebust (2017) s. 84

derimot mer enn «den rene påstand om diskriminering», jf. Rt. 2012 s. 424 (avsnitt 38), men mindre enn et «krav om sannsynlighetsovervekt» fra arbeidstakers side, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 328-329. Arbeidstaker må m.a.o. kunne påpeke konkrete etterprøvbare forhold for at alder har vært motivet bak oppsigelsen.

Hvor det foreligger diskriminering på grunn av alder kan dette likevel unnskyldes om forskjellsbehandlingen er «nødvendig for å oppnå et saklig formål og ... ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles» jf. § 13-3 andre ledd. Høyesterett har lagt til grunn i bl.a. Rt. 2011 s. 964 (avsnitt 44) at diskrimineringsvernet i arbeidsmiljøloven må tolkes slik at det blir forenlig med Rådskonklusjon 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet. Dette innebærer ifølge Sak C-388/07, *Age Concern* (avsnitt 46) at saklige formål er «socialpolitiske formål ... af almen interesse». I lys av avhandlingens tema har § 13-3 andre ledd isolert derfor mindre praktisk betydning fra arbeidsgivers synsvinkel.

Lovgiver har anvendt unntaket i § 13-3 andre ledd til å fastsette regler om opphør av arbeidsforhold grunnet alder i § 15-13 a. Etter bestemmelsens første ledd «kan» arbeidsforholdet «bringes til opphør når arbeidstaker fyller 72 år». Som det fremgår av formuleringen «kan», skal bestemmelsen av Prop. 48 L (2014-2015) s. 45 ikke tolkes som en «*plikt* for arbeidstaker til å fratruke», men som at stillingsvernet til arbeidstakeren opphører. Hvilke begrensninger som ligger i oppsigelsesadgangen etter fylte 72 år, «vil [derfor] bero på hva partene har avtalt».²⁸ I tillegg til den lovbestemte aldersgrensen, har lovgiver åpnet for å fastsette lavere bedriftsinterne aldersgrenser på visse vilkår i bestemmelsens andre og tredje ledd, dersom aldersgrensen er «saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende» jf. § 13-3 andre ledd, jf. § 15-13 a fjerde ledd.

Det faktum at skillet går ved fylte 72 år, må ses på bakgrunn av at lovgiver mener det bør være et «tak» for hvor lenge arbeidstaker skal ha et stillingsvern ut fra generelle avveininger av sosialpolitiske interesser. I konkrete saker hvor også individuelle hensyn gjør seg gjeldende må det gjøres andre avveininger, og her er det i utgangspunktet usaklig å begrunne en oppsigelse i alder.

²⁸ Ibid

3.3 Mangelfulle arbeidsprestasjoner

Til tross for diskrimineringsreglene og selv om arbeidstakeren ikke har nådd den aktuelle bedrifts aldersgrenser (lovfestet eller bedriftsintern), er ikke eldre arbeidstakere fullt ut beskyttet mot oppsigelse. Oppsigelsesgrunnlaget må imidlertid søkes i andre forhold, og i LB-2012-158782 heter det: «Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan danne grunnlag for en saklig oppsigelse.» Hva som faktisk kan karakteriseres som «mangelfulle arbeidsprestasjoner» hos eldre arbeidstakere, som andre arbeidstakere, avhenger av to forhold: Hvilke krav som gjelder for vedkommende stilling, og hvordan arbeidsprestasjonene er i forhold til disse kravene.²⁹ Førstnevnte behandles i dette punktet, og sistnevnte i punkt 4.2.

I teorien er det noe delte meninger om hvordan kravene til arbeidsytelse blir fastsatt, som særlig kan ha betydning i arbeidsforhold som har vart over lengre tid. Fougner mfl. uttaler at det er «arbeidsgiveren alene som bestemmer hvilke kvalifikasjonskrav som settes for den enkelte stilling», forutsatt at kravene til «innsats og skikkethet ikke ... settes høyere enn det som er rimelig for stillingen».³⁰ Skarning og Wegner uttaler: «Verken utgangspunktet om at *det er opp til arbeidsgiver å bestemme hvilke krav som gjelder* eller at *kravene ikke kan settes høyere enn det som er rimelig* er korrekt. Det korrekte utgangspunktet er avtalen mellom partene.»³¹ De sistnevnte bygger på en tanke om en kontraktsrettslig tilnærming i vurderingen av om arbeidsytelsen er mangelfull, ala det Hotvedt og Ulseth argumenterer for i forhold til domstolens prøving av arbeidsgivers endringsadgang.³² I de tilfellene arbeidsforholdet har vart i lengre tid, som typisk vil være tilfellet for eldre arbeidstakere, vil den ulike innfallsvinkelen kunne ha avgjørende betydning for hvilke krav arbeidstakeren skal måles opp mot. Som Skarning og Wegner påpeker vil kontraktsrettslig tilnærming gi rom for rimelighetsbetraktninger.³³ Og som Hotvedt og Ulseth fremhever i sin artikkel, åpner en kontraktsrettslig tilnærming for full domstolsprøving.³⁴ Spørsmålet må derimot anses avgjort i Rt. 2014 s. 402 (avsnitt 69) hvor førstvoterende, med mindretallets tilslutning, legger til grunn:

²⁹ Se Skarning og Wegner (2015) s. 229

³⁰ Fougner mfl. (2018) s. 897

³¹ Skarning og Wegner (2015) s. 229, merk motsatt Skarning og Brusdal (2015) s. 112

³² Hotvedt og Ulseth (2013) s. 112-138

³³ Skarning og Wegner (2015) s. 230

³⁴ Hotvedt og Ulseth (2013) s. 116-117

«Arbeidsgiveren bestemmer *i kraft av sin styringsrett* hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre. Domstolene skal ikke overprøve om arbeidsgiverens beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Derimot kan domstolene overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten, jf. blant annet Rt-2011-841 avsnitt 58.» (min kursiv)

Et aktuelt spørsmål overfor eldre arbeidstakere med lengre ansiennitet er om arbeidsgiver kan endre stillingskravene under ansettelsesforholdet. Markedsutvikling, teknologiske nyvinninger, omstillingsprosesser mv. kan medføre at arbeidsgiver ønsker å anvende arbeidstakernes arbeidskraft på andre og nye måter. I lys av at det er arbeidsgiver som fastsetter stillingskravene i kraft av styringsretten, må svaret på spørsmålet være bekreftende.³⁵ Den sentrale problemstillingen ved slike endringer blir således om arbeidsgiver ensidig kan beslutte endringen innenfor styringsrettens rammer, og om det foreligger misbruk av styringsretten, som i HR-2016-2286-A (Seniorpolitiske tiltak).

Når det gjelder styringsrettens ytterrammer er det flere holdepunkter for at arbeidsgivers endringsadgang ikke blir mindre med tiden. Det er bl.a. bemerket i LE-2008-47080:³⁶ «Lagmannsretten finner etter Høyesteretts nye praksis ikke at det lenger er rettskildemessig grunnlag for å hevde at «grunnpregstandarden» gir uttrykk for en normativ begrensning av styringsretten etter gjeldende rett». Og i relasjon til Rt. 2009 s. 1465 (Senvaktdommen) påpeker Fougner mfl. at «Høyesterett har inntil denne avgjørelsen vært veldig tydelig på at arbeidsavtalen representerer en ufravikelig ytterramme».³⁷ Her heter det i dommen at: «Dersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, må arbeidsgiveren i kraft av styringsretten innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtaler, kunne endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet.»³⁸

Om en ser styringsrettens utvikling i sammenheng med at eldre står lengre i arbeid, og nå med et utvidet tidsperspektiv på stillingsvernet pga. økte aldersgrenser, kan det tenkes at eldre arbeidstakere i større grad enn tidligere må akseptere arbeidsgivers ensidige endringer i

³⁵ Se bl.a. Fougner mfl. (2018) s. 898

³⁶ Anke til Høyesterett nektet fremmet, HR-2009-864-U

³⁷ Fougner mfl. (2018) s. 892

³⁸ Rt. 2009 s. 1465 (Senvaktdommen) (avsnitt 41)

stillingens krav og innhold for å sikre en forsvarlig drift. Endringer i stillingen som eldre, på lik linje med yngre, i utgangspunktet må innfri for å oppfylle sin arbeidsplikt.³⁹ Fastsettelsen av et aldersdiskrimineringsforbud som skal fremme likestilling og forhindre opphør av arbeidsforholdet pga. alder, vil i lys av denne utviklingen kunne bli mindre effektivt. Arbeidsgiver trenger tross alt «bare» å begrunne oppsigelsen i en dynamisk norm.

3.4 Oppsummering

Oppsummert viser denne gjennomgangen at begrunnelsen for en oppsigelse er helt vesentlig. På den ene siden kan den fungere som en beskyttelse for eldre arbeidstakere, men samtidig ser vi en utvikling der stillingsvernet for eldre utfordres. Dette er forhold man må ha med seg når jeg nå skal gå nærmere inn på hva som faktisk er en *tilstrekkelig* saklig grunn til oppsigelse ved prestasjonssvikt hos eldre arbeidstakere.

³⁹ Se bl.a. Fougner mfl. (2018) s. 898

4 Et tilstrekkelig tungtveiende oppsigelsesgrunnlag

4.1 Innledning

For at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstakere på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner, må oppsigelsesgrunnlaget som nevnt i punkt 2 være tilstrekkelig tungtveiende. Høyesterett har i Rt. 2009 s. 685 (avsnitt 52) generelt presisert at: «Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.» I henhold til bl.a. Jakhelln mfl. (red.) forutsetter derimot ikke saklighetskravet subjektiv bebreidelse: «Selv om arbeidstakeren utfører arbeidet så godt han kan, kan det være grunnlag for oppsigelse på grunn av sviktende arbeidsprestasjoner».⁴⁰

I motsetning til oppsigelser som skyldes «driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak», som er regulert i arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, fremgår det ikke av § 15-7 første ledd at det i saklighetsvurderingen skal foretas en avveining mellom partenes interesser. Dette forholdet mellom første og andre ledd, kan tolkes som at det sentrale ved avgjørelsen om oppsigelsen er saklig begrunnet i «arbeidstakers forhold», er oppsigelsesgrunnlaget isolert. Høyesterett har derimot i Rt. 2001 s. 1362 lagt til grunn at arbeidstakers forhold «må ses i sammenheng med forhold på arbeidsgiversiden og hva virksomhetens interesser tilsier». Og i Rt. 2009 s. 685 (avsnitt 52) ble saklighetsvurderingen ytterligere presisert:

«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.»

Høyesteretts presisering er ikke forstått som at det skal gjøres en *ren* rimelighetsvurdering. Som Fanebust uttaler: «Terskelen kan således ikke «senkes» slik at forhold som ellers ikke er tilstrekkelige, gir saklig grunn fordi skadevirkningene er ubetydelige».⁴¹ I praksis tar domstolene derfor ofte stilling til om arbeidstakers forhold, m.a.o. prestasjonssvikten, isolert er tilstrekkelig alvorlig til at det kan foreligge et oppsigelsesgrunnlag, før forhold på

⁴⁰ Jakhelln mfl. (red.) (2017) s. 1132, note 6 til § 15-7

⁴¹ Fanebust (2017) s. 110

arbeidsgiversiden og forhold knyttet til arbeidstakeren trekkes inn i den samlede vurderingen.⁴²

Det er på ingen måte nytt at oppsigelsesgrunnlaget isolert sett må vurderes i et bredere bilde. Allerede i Ot.prp. nr. 8 (1956) Om lov om arbeidervern s. 53 uttalte departementet i sammenheng med et lovforslag med «særlig sikte på å verne de eldre arbeidere mot oppsigelse når deres arbeidskraft blir noe redusert», som ikke ble lovfestet, at:

«Departementet antar for øvrig at det i praksis blir vist en viss toleranse overfor eldre veltjente arbeidere. Det er også forskjell i dyktighet og yteevne når det gjelder yngre arbeidere. Det ville være urimelig ikke å vise like stor toleranse overfor de eldre. Departementet antar for så vidt at dette er et moment som kan komme med i vurderingen av om en oppsigelse er saklig begrunnet eller ikke.»

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72, fulgte departementet opp i en mer generell uttalelse om at utviklingen i saklighetskravet har gått i retning av at oppsigelsesgrunnlaget må være mer tungtveiende enn tidligere:

«Særlig har *rimelighetsvurderinger* i forhold til den oppsagte kommet sterkere inn i bildet, og det legges større vekt på *arbeidsgiverens forpliktelser* overfor arbeidstakere som har blitt svekket gjennom arbeid i vedkommendes tjeneste.» (min kursiv)

De to forholdende departementet her fremhevet som mer «unnskyldende» momenter i den samlede vurderingen, danner bakteppet for to sentrale spørsmål angående eldre arbeidstakere og vilkåret «saklig begrunnet»: Hvordan må arbeidsgiver opptre for å ha en beskyttelsesverdig interesse å gå til oppsigelse med? Hvilken betydning har rimelighetsmomenter knyttet til eldre arbeidstakere i den samlede vurderingen? Før jeg kommer nærmere inn på disse to spørsmålene, i henholdsvis punkt 5 og 6, vil jeg først i punkt 4.2 se noe nærmere på hvilke prestasjonssvikt som isolert blir sett på som et tilstrekkelig brudd på arbeidsavtalen og dermed kan danne utgangspunkt for en saklig begrunnet oppsigelse.

⁴² Se eksempelvis LB-2012-158782, LH-2017-144542

4.2 Tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner

I punkt 3.3 så vi at utgangspunktet i vurderingen av hva som er tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner er en dynamisk norm som arbeidsgiver innenfor styringsrettens ytterrammer kan bestemme over. Skal derimot arbeidsmiljølovens formål i § 1-1 bokstav b om «å sikre trygge ansettelsesforhold» ha en realitet, må saklighetskravet kreve en større begrunnelse enn at vedkommende arbeidstakers egne arbeidsprestasjoner ligger under stillingskravene.⁴³ Det er menneskelig å feile, og det er menneskelig å ha svingninger i arbeidsprestasjonene. I NAD 1986 s. 281 (Trondheim), hvor en dame gjorde feil på grunn av psykisk press, presiserte byretten således at «ikke ethvert klanderverdig forhold kan begrunne oppsigelse og at man må ha rett til en viss tabbekvote».

Hvor stor denne tabbekvoten egentlig er i forhold til prestasjonssvikt, ble av Andersen i 1967 formulert som: «Dugelighetssvikten må i alminnelighet være av en slik karakter at vedkommende arbeidstaker ligger markert under hva man normalt bør kunne regne med».⁴⁴ Et slikt krav er i dag ansett som gjeldende rett, jf. bl.a. LB-2007-74289⁴⁵ og LH-2017-144542.

Oppgaven gir ikke rom for å gå dypt inn i den generelle vurderingen for hva som regnes som markert svikt for ulike arbeidstakere, da dette i praksis vil avhenge av mange momenter som type stilling,⁴⁶ om prestasjonssvikten relaterer seg til sentrale arbeidsoppgaver,⁴⁷ virksomhetens karakter,⁴⁸ bedriftens størrelse,⁴⁹ hvilket potensiale prestasjonssvikten har til å skade bedriften, andre ansatte eller tredjepersoner⁵⁰ mv. Mer sentralt for oppgavetema er hvordan eldre stiller i denne vurderingen.

For som jeg var inne på i punkt 3.1 kan en arbeidstaker ut fra de kvalitative kravene i saklighetskravet i prinsippet sies opp også før bedriften reelt er berørt negativt, og i relasjon til

⁴³ Se bl.a. Skarning og Brusdal (2015) s. 115

⁴⁴ Andersen (1967) s. 286-287

⁴⁵ Anke nektet fremmet, HR-2008-1430-U

⁴⁶ Se eksempelvis LB-2012-158782 hvor det ble vektlagt at arbeidstakeren «hadde en ledende stilling ved museet, og at hun var en nøkkelperson».

⁴⁷ Se eksempelvis LG-2006-120562

⁴⁸ Se eksempelvis LG-2005-49282 hvor Miljøvernforbundets miljøpolitiske profil ble lagt vekt på.

⁴⁹ Se eksempelvis LG-2006-120562

⁵⁰ Se eksempelvis LB-2011-82741 hvor det ble lagt vekt på pasientsikkerhet

hva som er tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner viser denne siden seg. I LA-2003-13327⁵¹ heter det om dugelighetsvurderingen:

«Lagmannsretten legger, slik det også fremgår hos Fanebust på s 255, til grunn at de konkrete omstendigheter ved arbeidstakers opptreden og forhold ellers bare blir et utgangspunkt ved vurderingen av om oppsigelsen har tilstrekkelig saklig grunn. Det *springende punkt er om arbeidstaker fortsatt er skikket* for stillingen. Avgjørende blir da hvilke slutninger arbeidstakerens opptreden og forhold for øvrig gir grunnlag for m h t hans evne og vilje til å oppfylle sine plikter *i fremtiden.*» (min kursiv)

Om aldriingsprosesser allerede har begynt å påvirke kognitive og fysiske faktorer, er det ingen hemmelighet at størrelsen på den anførte prestasjonssvikten, på bakgrunn av det ovenfornevnte, ikke nødvendigvis må være like stor for å gi grunnlag for en saklig oppsigelse. Det er derimot viktig å være klar over Aldersgrenseutvalgets sammenfatning om at «[h]ovedfunn i forskningen til nå er at det over det normale yrkesløpet er ingen, eller bare en svak sammenheng mellom alder og arbeidsprestasjoner om man ser på gjennomsnittlige tall.»⁵² Det er således ikke grunnlag for å legge til grunn en *generell* presumpsjon om at eldre arbeidstakere stiller dårligere i skikketetsvurderingen. I denne sammenhengen er det også viktig å huske kravet om individuell saklighet: Det er omstendighetene knyttet til den aktuelle arbeidstakeren som er avgjørende.

I den videre behandlingen forutsetter jeg at det foreligger en markert svikt i arbeidsprestasjonene, og vil fokusere på hvordan arbeidsgivers forpliktelser overfor eldre og forhold knyttet til eldre kan påvirke gyldigheten av oppsigelsesgrunnlaget.

⁵¹ Anke nektet fremmet, HR-2004-1937-U

⁵² Berg mfl. (2016) s. 91-92

5 Arbeidsgivers forpliktelser

5.1 Innledning

Hvordan arbeidsgiver har forholdt seg til det som er grunnlaget for oppsigelsen, viser seg ofte i praksis å ha betydning for utfallet i saken. Om dette heter det i LE-2003-569:

«Etter lagmannsrettens vurdering må en arbeidsgiver anses for å ha en plikt til å skaffe seg kunnskap om grunnene dersom en arbeidstaker ikke fungerer slik bedriften ønsker. Bedriften vil videre ha en plikt til å vurdere iverksetting av tiltak som gjør at han kan fungere bedre, f.eks. gjennom opplæring eller annen tilrettelegging, som alternativ til oppsigelse.»

Arbeidsgivers forpliktelser overfor sine arbeidstakere springer delvis ut fra styringsretten,⁵³ og delvis ut fra bestemmelser i arbeidsmiljøloven som arbeidsgiver etter § 2-1 er pålagt ansvaret for at «blir overholdt». De består i kommunikasjon, inkludering, oppfølging, tilrettelegging og omplassering mv. Dersom oppsigelsesgrunnlaget har bakgrunn i mangelfull styring eller etterlevelse av lovpålagte plikter, fremgår det henholdsvis av LH-2017-92603 og NOU 2004: 5 s. 314-315 at dette er forhold som må ses hen til i den samlede saklighetsvurderingen.

I det følgende vil jeg først se nærmere på arbeidsgivers bruk av advarsel, før jeg ser på plikten til å følge opp arbeidstakeren, enkelte lovfestede tilretteleggingsplikter, og til slutt arbeidsgivers omplasseringsplikt etter § 15-7.

5.2 Bruk av advarsel

Det fremgår ikke av arbeidsmiljøloven at bruk av advarsel er et vilkår for en saklig begrunnet oppsigelse i arbeidstakers forhold. Høyesterett har derimot i Rt. 2001 s. 1362 presisert at det vil «kunne være et moment» da:

«[f]oruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder, faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til

⁵³ Se Dege I (2009) s. 500 flg. og LH-2017-92603

tross for advarselen har handlet slik han har gjort, vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg».

I relasjon til oppsigelser grunnet i prestasjonssvikt, vil advarsel m.a.o. ha en nær sammenheng med arbeidsgivers bevisbyrde for tilstrekkelig mangelfulle arbeidsprestasjoner, og det springende punktet om fortsatt skikkethet. Se punkt 4.2.

Når det gjelder oppsigelser overfor eldre arbeidstakere med prestasjonssvikt, kan det stilles spørsmål om det må forlanges at arbeidsgiver har gitt advarsel. I Jakhelln mfl. (red.)⁵⁴ anføres det generelt at det «[v]ed mangelfulle arbeidsprestasjoner bør ... stilles krav om at arbeidsgiver kan dokumentere at arbeidstakeren har fått en klar tilrettevisning med angivelse av mulige konsekvenser av uteblitt forbedring.» I denne sammenheng søkes det for det første støtte i at de sakene Høyesterett har godtatt oppsigelser uten bruk av advarsel, «synes pliktbruddene å dreie seg om alvorlige samarbeidsvansker og lojalitetsbrudd».⁵⁵ For det andre at flere av høringsinstansene «[i] stortingsmelding nr. 99 (1982-1983), s. 5 og 6, ga ... uttrykk for at norsk rett er i overensstemmelse med»⁵⁶ ILO-rekommandasjon nr. 166 (1982) om opphør av arbeidsforhold (R166 - Termination of Employment Recommendation (1982)) art. 8, hvor det heter:

«The employment of a worker should not be terminated for unsatisfactory performance, unless the employer has given the worker appropriate instructions and written warning and the worker continues to perform his duties unsatisfactorily after a reasonable period of time for improvement has elapsed.»

Det kan argumenteres for at kravene til tilbakemelding og bruk av advarsel økes med arbeidstakerens alder og tjenestetid. Dette har både en side til at alder og ansiennitet blir sett på som rimelighetsmomenter med vekt i praksis, se nærmere punkt 6, og en side til innrettelseshensyn. Normalt tilsier at jo lengre tjenestetid arbeidstakeren har bak seg uten korreksjoner, desto større grunn har vedkommende til å anta at arbeidsprestasjonene er tilfredsstillende. Hensynet til forutberegnelighet taler således tungt for et krav om advarsel ved oppsigelser for arbeidstakere med lang ansiennitet. At passivitet fra arbeidsgiver også er vektlagt i praksis, fremgår bl.a. av LG-2011-30589, som jeg kommer tilbake til i punkt 5.3.

⁵⁴ Jakhelln mfl. (red.) (2017) s. 1126, note 6 til § 15-7

⁵⁵ Jakhelln mfl. (red.) (2017) s. 1125-1126, note 6 til § 15-7

⁵⁶ Ibid

Samtidig er det nok ikke rettslige holdepunktet for å legge til grunn et absolutt materielt krav om advarsel: At bruk av advarsel som forutsetning for en saklig oppsigelse ikke er lovregulert, taler i seg selv sterkt for at en ikke kan innta et slikt standpunkt. Det er mer naturlig å se på det som et bevismessig problem arbeidsgiver må bære risikoen for. Skal derimot arbeidsgiver kunne unnlate bruk av advarsel før han går til oppsigelse, må det på bakgrunn av det ovenfornevnte være visse minstekrav til arbeidstakers forutberegnelighet. Dette kom for eksempel til uttrykk i LA-2017-30027, hvor en nylig ansatt møtebooker feilaktig hadde fokusert på salgene til selgerne og ikke standardtallene for sin egen stilling. Her ble det uttalt at det må være «[e]t minimumskrav ... at arbeidsgiverens krav er kommunisert på en klar og tydelig måte, slik at arbeidstakeren [selv] må forstå at den manglende arbeidsprestasjonen kan få konsekvenser for arbeidsforholdet.»

Overfor eldre arbeidstakere med prestasjonssvikt kan lang tjenestetid bety at det er gitt flere advarsler, ved siden av at det er flere forhold arbeidsgiver er misfornøyd med underveis i arbeidsforholdet, og det kan derfor oppstå spørsmål om hvilke advarsler og forhold som faktisk kan danne et oppsigelsesgrunnlag.

Det følger av bl.a. LH-2017-92603 at en advarsel regnes som en «arbeidsrettslig reaksjon», noe som innebærer at en senere oppsigelse som skal bygge på forhold det er gitt advarsel for, forutsetter at «nye forhold har inntrådt». Det er likevel ikke gitt at tidligere forhold kan dras inn et senere oppsigelsesgrunnlag selv om det har oppstått nye forhold. Om arbeidsgiver rettmessig kan se flere forhold under et, må ifølge Jakhelln mfl. (red.) generelt avgjøres ut fra en «konkret vurdering av forholdenes art, hyppighet og alvorlighetsgrad, samt» tidsrommet i mellom dem.⁵⁷ Ved forhold av forholdsvis lik karakter, antar Fanebust at i alle fall et par-tre år må aksepteres som ytterramme.⁵⁸ Jeg kan vanskelig se at arbeidstakers alder og ansiennitet skal ha en egen betydning for hvilke forhold en arbeidsgiver kan se hen til i denne vurderingen.

⁵⁷ Jakhelln mfl. (red.) (2017) s. 1126, note 6 til § 15-7, med videre henvisninger.

⁵⁸ Fanebust (2017) s. 249

5.3 Oppfølging ved kompetansesvikt

Dersom arbeidsgiver mener at arbeidstakeren ikke lenger oppfyller sin arbeidsplikt, vil hun normalt, ved siden av bruk av advarsel, ha en alminnelig plikt til å følge opp forholdet, før hun går til oppsigelse.

I praksis er oppfølgingsplikten ofte ansett å ligge implisitt i saklighetskravet og i den samlede vurderingen som må gjøres, som eksempelvis LG-2011-30589 (se dommen neste side). I forhold til kompetanseutvikling kan det forankres i § 4-2 andre ledd bokstav a som presiserer at det skal «legges til rette for at arbeidstaker gis mulighet for faglig og personlig utvikling gjennom sitt arbeid».⁵⁹ Ved endringer i arbeidsforholdet kanplikten også utledes av § 4-2 andre ledd bokstav e, hvor det heter den enkelte arbeidstaker skal gis «tilstrekkelig informasjon og opplæring slik at arbeidstaker er i stand til å utføre arbeidet når det skjer endringer som berører vedkommendes arbeidssituasjon». Ifølge Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307 tar sistnevnte bestemmelse «særlig sikte på mestringsaspektet, det vil si å sikre at arbeidstakerne settes i stand til å mestre nye arbeidsoppgaver/arbeidsmåter». Sammen med bokstav a pålegger den m.a.o. arbeidsgiveren en plikt til å bidra til at arbeidstakeren fyller stillingskravene.

Oppfølgingsplikten spiller en viktig rolle i arbeidsforholdet for eldre arbeidstakere, men ikke nødvendigvis fordi «de eldste arbeidstakerne med lengst ansiennitet som oftest har størst vanskeligheter med å møte nye krav som settes til stillingene», slik Fougner mfl. hevder.⁶⁰ For som Aldersgrenseutvalget uttaler:

«Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt eldre faktisk er mindre villige og/eller dyktige til å omstille seg, ... [kan det] [b]asert på foreliggende forskning om temaet ... ikke trekkes noen entydig konklusjon om at dette er tilfellet. Fremfor alt dreier det seg om individuelle forskjeller. Forskning tyder også på at fremtidsperspektivet i arbeidslivet har mer å si enn alderen, det vil si at det betyr mer hvor mye lenger arbeidstakeren regner med å arbeide, enn hvor gammel vedkommende er. De undersøkelsene som det vises til omfatter imidlertid ikke, eller i liten grad, personer over om lag 65 år.»⁶¹

⁵⁹ Se Dege I (2009) s. 194, og Dege II (2009) s. 910 og 915

⁶⁰ Fougner mfl. (2018) s. 898

⁶¹ Berg mfl. (2016) s. 196

Plikten til å følge opp arbeidstakere er sagt på en annen måte særlig aktuell ut fra målsetningen om at eldre skal stå lengre i arbeid, da det er helt vesentlig at de opplever motivasjon og mestring i jobben. I et slikt perspektiv tilsier også arbeidsmiljølovens formål om et inkluderende arbeidsliv i § 1-1 bokstav e at plikten strekker seg lenger overfor eldre enn for yngre. Se nærmere om alder som rimelighetshensyn under punkt 6.4.

I forhold til saklighetskravet har oppfølgingspliktene en bevismessig side, da det kan bygge oppunder om arbeidstakeren har evne og vilje til å fylle sin stilling i fremtiden. Se punkt 4.2. Oppfølgingsplikten vil også være et materielt og vektig moment i den samlede saklighetsvurderingen.

I hvilken grad arbeidsgiver må forsøke å bøte på den anførte prestasjonssvikten ved lengre tjenestetid, ble behandlet i LG-2011-30589. Her var en 58 år gammel farmasøyt blitt oppsagt da arbeidsgiver bl.a. mente arbeidstakeren ikke hadde holdt seg faglig à jour, og det således var uforsvarlig å fortsette arbeidsforholdet. Arbeidstakeren ble ansatt i virksomheten i 1996, og hadde frem til 2009 ingen korrigeringer på arbeidsutførelsen. Lagmannsretten presiserte at:

«Når arbeidsgjevar *over lang tid har lete eit slik avvik [ved arbeidsutføringa] utvikla seg*, kan ikkje dette avviket gje grunnlag for oppseiing, med mindre arbeidsgjevar gjev arbeidstakar ei reell moglegheit til å forbetra arbeidsutføringa i forhold til uttrykte, forventa krav.» (min kursiv)

Slik lagmannsretten formulerer seg er et sentralt moment i saklighetsvurderingen om arbeidsgiver har forholdt seg passivt overfor arbeidstakeren, slik at hun har trodd at arbeidsprestasjonene er tilfredsstillende. Når det gjelder vurderingen av hva som er tilstrekkelig oppfølging for å få en reell sjanse til forbedring, legger lagmannsretten av premissene vekt på både tiltakenes art og tid. Nærmere bestemt sto ikke en halvtimes tid til selvstudium rundt lunsjtider for å oppdatere seg, med krav til høyt forbedringstempo, i forhold til det avviket arbeidsgiver mente forelå.

Hva som er en «reell mulighet» må avgjøres ut fra omstendighetene i hvert enkelt tilfelle, jf. prinsippet om individuell saklighet. Men selv om arbeidstakeren ikke klarer å fylle stillingen sin tilfredsstillende på grunn av utvikling i - eller endringer i arbeidet, er det ikke nødvendigvis et saklig oppsigelsesgrunnlag. Arbeidsgiver har også andre

tilretteleggingsplikter som gjelder ved svekket arbeidsevne, som kan komme til anvendelse «bare» fordi arbeidstaker har en negativ prestasjonskurve relatert til aldringsprosesser.

5.4 Tilrettelegging ved ordinære aldersforskjeller etter § 4-2 andre ledd bokstav b

Arbeidsmiljøloven inneholder to bestemmelser om tilrettelegging ved redusert arbeidsevne, henholdsvis § 4-2 andre ledd bokstav b og § 4-6. Om forholdet mellom dem heter det i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104-105 under behandlingen av § 4-6:

«Det må ... trekkes en nedre grense mot ordinære variasjoner i arbeidsevne som skyldes andre forhold enn ulykke, sykdom, slitasje eller lignende, for eksempel *ordinære* kjønns- eller livsfase-/aldersforskjeller. Arbeidsgivers plikt til tilrettelegging i forhold til kjønns- og aldersforskjeller følger av de ordinære arbeidsmiljøbestemmelsene.» (min kursiv)

Hva departementet egentlig sier her, er litt uklart: Hvorvidt departementet i andre setning mener å avgrense til aldersforskjeller uavhengig av variasjonens størrelse, eller om det er «ordinære variasjoner» som nevnes i første punktum som er det sentrale. Etter min oppfatning er det mest naturlig å legge til grunn at bakgrunnen for variasjonen ikke er avgjørende pga. henvisningen til «eller lignende» i første punktum, og at andre punktum således bare presiserer at det er de ordinære aldersforskjeller som er regulert i § 4-2 andre ledd bokstav b.⁶² Bestemmelsen i § 4-6 vil drøftes nærmere i punkt 5.5.

I § 4-2 andre ledd bokstav b heter det: «I utformingen av den enkeltes arbeidssituasjon skal ... arbeidet organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger».

Av Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 307 fremgår det at bestemmelsen bygger videre på § 14 andre ledd bokstav f (vedtatt som bokstav e) i arbeidsmiljøloven av 1977, hvor det sentrale jf. Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 109 var at arbeidsgiver «ut fra en vurdering av helse- og risikoforholdene [skulle] ta hensyn til om den enkelte arbeidstaker er fysisk og psykisk skikket for det arbeid han settes til». Dege uttaler i denne sammenheng at det ikke er en

⁶² Se lignende forståelse Eidsvaag (2008) s. 174

«generell bestemmelse», men må «tolkes i lys av § 4-1, særlig i relasjon til helse og sikkerhet».⁶³ Siktemålet med § 4-2 andre ledd bokstav b er således å beskytte arbeidstakeren om individuelle forhold tilsier det.

Tilretteleggingsplikten har nær sammenheng med oppfølgingsplikten, men i motsetning til oppfølging – hvor det sentrale er å få arbeidstakeren opp på et tilfredsstillende prestasjonsnivå – innebærer ordlyden i § 4-2 andre ledd bokstav b at arbeidsforholdet også må utformes etter arbeidstakerens person. Dette underbygges av Benson som sier at arbeidsgiver «må ... akseptere at eldre arbeidstakere ikke kan holde et like høyt arbeidstempo som yngre arbeidstakere».⁶⁴

I forhold til saklighetsvurderingen i § 15-7 innebærer tilretteleggingsplikten at om alderdommen har begynt å prege arbeidstakeren, må arbeidsgiver først vurdere å tilrettelegge av hensyn til helse og sikkerhet, før man rettmessig kan gå til oppsigelse, jf. punkt 5.1 og NOU 2004: 5 s. 314-315. Overfor eldre arbeidstakere kan bestemmelsen således etter omstendighetene begrense arbeidsgivers handlingsrom pga. arbeidstakerens alder og helse. I hvilken grad plikten faktisk kan begrense oppsigelsesadgangen virker derimot noe uklart. Bl.a. uttrykker Aldersgrenseutvalget at etter deres kunnskap er selve rekkevidden i tilretteleggingsplikten overfor eldre uavklart i rettspraksis,⁶⁵ altså uavhengig av § 15-7. Om man ser hen til eldre dommer i underretten, finnes det derimot veiledende uttalelser. I NAD 1986 s. 426 (Bergen), som omhandlet oppsigelse av en arbeidstaker på 58 år og 22 års ansiennitet i forbindelse med rasjonalisering, uttalte byretten:

«Det er nok så at B under hensyn til sin alder og de helsemessige problemer han har hatt og kan få, kanskje ikke kan utføre et hvilket som helst sjåførarbeid ved Martens. I *noen grad* må Martens imidlertid ha plikt til å ta hensyn til dette etter arbeidsmiljøloven § 14 annet ledd e. Forøvrig må det være adgang til å ta arbeidsforholdet opp til ny vurdering dersom det skulle vise seg at B ikke makter sjåførarbeidet i fremtiden og i så fall heller ikke kan omplasseres til annet arbeid ved bedriften» (min kursiv).

⁶³ Dege I (2009) s. 194

⁶⁴ Benson (2014) s. 148

⁶⁵ Berg mfl. (2016) s. 144

Uttalelsen «[i] noen grad» antyder en ikke så alt for ustrakt plikt til å tilrettelegge i arbeidstakerens aktuelle stilling. På den andre siden presiseres det også at om forsøk på tilpassing i egen stilling ikke er mulig, må det i tillegg vurderes omplassering, så uttrykk for en snever tilretteleggingsplikt gir dommen ikke.

Av NAD 1986 s. 245 (Tromsø), en dom der alder ikke var noe tema, fremgår det at arbeidsgiver heller ikke kan legge avgjørende vekt på økonomiske hensyn: «Arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern, herunder reglene i §§ 13 nr. 2 og 14, 2. ledd e) gir ikke kommunen adgang til en økonomisk prioritering av sine oppgaver på fritt grunnlag.» (min kursiv) På denne bakgrunn kunne derfor ikke «kommunen ... avbryte attføringsopplegget» selv om økonomien var «anstrengt».

I sammenheng med bl.a. disse dommene stiller Eidsvaag i sin PhD, (under behandlingen av omplassering som vernetiltak), implisitt spørsmål til om dybden i § 4-2 er ulik § 4-6, siden hun «ikke [har] funnet avgjørelser der det uttales at det er forskjell på forpliktelsens dybde etter de to bestemmelsene» i tidligere praksis.⁶⁶ Etter min oppfatning viser NAD 1986 s. 426 (Bergen) at det er en forskjell når det sies i «noen grad», da vi skal se i punkt 5.5 at det ifølge § 4-6 skal tilrettelegges «så langt det er mulig». Et slikt synspunkt finner jeg også støtte for i TKISA-2017-33900. Her la retten til grunn at det forelå brudd på tilretteleggingspliktene i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne) § 26 og arbeidsmiljøloven § 4-6, for så senere nærmest i en bisetning presisere: «En viss tilretteleggingsplikt følger også av arbeidsmiljøloven § 4-2 annet ledd bokstav b, der også arbeidstakers alder er nevnt.» (min kursiv)

I praksis vil grensene i tilretteleggingspliktene være avhengig av de konkrete omstendighetene i saken, noe som innebærer at den eventuelle forskjellen i § 4-2 og § 4-6 ikke vil gjøre store utslag i pliktens rekkevidde. Ut fra dette kan i alle fall yttergrensene i § 4-6 være veiledende også for i hvilket omfang § 4-2 andre ledd bokstav b begrenser arbeidsgivers oppsigelsesadgang.

⁶⁶ Eidsvaag (2008) s. 406

5.5 Tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne etter § 4-6

5.5.1 Innledning

Det følger av arbeidsmiljøloven § 4-6 at:

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

Ordlyden i bestemmelsen fastslår en tilretteleggingsplikt for å sikre at arbeidstakere som allerede har fått redusert arbeidsevnen skal kunne holde seg i arbeid. Etter Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309 er det en videreføring av arbeidsmiljøloven av 1977 § 13 nr. 2. Dersom bestemmelsen kom til anvendelse, innbar den ifølge NOU 2004: 5 s. 315 at arbeidsgiver for det første hadde en tilretteleggingsplikt i arbeidstakers vanlige stilling og subsidiært en omplasseringsplikt, *før* en oppsigelse kunne anses som saklig begrunnet. Det må derfor vurderes om kognitiv og fysisk svekkelse hos eldre arbeidstakere kan inngå i anvendelsesområdet til bestemmelsen.

5.5.2 Tilretteleggingspliktens anvendelsesområde

Av bestemmelsens ordlyd, «har fått redusert arbeidsevne», er det sentrale at arbeidstakerens forutsetninger for å arbeide er svekket. Sett hen til påpekningen «e.l.», er ikke årsaken til problemene uttømmende regulert. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104 heter det om bestemmelsen at den gjelder:

«... arbeidstakere som i løpet av ansettelsesforholdet får endret helsetilstand og av den grunn får problemer med å utføre sin vante jobb. Arbeidsevnen kan ha blitt redusert på grunn av *fysiske, psykiske eller sosiale forhold, eller sammensatte forhold*, og bestemmelsen gjelder *uavhengig* av om endringen i helsetilstand har sammenheng med arbeidsforholdene eller ikke.» (min kursiv)

Så når departementet har bemerket i de generelle merknadene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 13 nr. 2, Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 66, at «virkning av aldring» er et av problemene som kan virke inn på arbeidsevnen, må det i utgangspunktet legges til grunn at alderdomssvekkelse som medfører redusert arbeidsevne omfattes av bestemmelsen.

Til tross for det rettslige utgangspunktet er det flere eksempler på at bestemmelsen omtales i sammenheng med sykemeldte arbeidstakere.⁶⁷ I tillegg synes Aldersgrenseutvalget å forutsette at sykefravær er et vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.⁶⁸ Det er derfor viktig å se på om bestemmelsen må tolkes innskrenkende til å forutsette at arbeidstakeren er helt eller delvis sykmeldt.

I Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69 om § 13 nr. 2 uttrykte departementet at et initiativ fra arbeidsgiver «kan være riktig og nødvendig *også* når det gjelder arbeidstakere som synes å ha problemer i arbeidssituasjonen, selv om dette ikke kommer til uttrykk i sykemeldinger eller annet fravær» (min kursiv). Tilsvarende fremhever Fanebust at bestemmelsen «fanget opp tilfeller der yrkeshemming ikke hadde ført til fravær», eksempelvis hvor en arbeidstaker med ryggplager motsa seg tungt arbeid.⁶⁹ Utgangspunktet fra 1977 er således klart, og når Eidsvaag i sin PhD undersøker om det kreves sykemelding etter loven ble endret med endringsloven av 2003 (lov 30. april 2003 nr. 27), konkluderer hun med at «[d]et er ... ingen holdepunkter i forarbeidene for at det ... [var] meningen å innsnevre den gruppen som var dekket av aml. 1977 § 13 nr. 2 mht. problemets art».⁷⁰

Jeg kan heller ikke se noe som tyder på at tilretteleggingsplikten i § 4-6 første ledd, som jf. over er en videreføring av tidligere § 13 nr. 2, er endret ved senere lovendringer av § 4-6.⁷¹ I forarbeidene til endringslovene heter det bl.a. i Prop. 89 L (2010-2011) s. 12 at det «ikke [var foreslått] materielle endringer i tilretteleggingsplikten», og i Prop. 102 L (2013-2014) s. 11 at reglene om oppfølgingsplan i § 4-6 tredje er en «forlengelse» av plikten i første ledd. Det må derfor legges til grunn at tilretteleggingsplikten etter første ledd ikke skal tolkes innskrenkende. At det er lite praksis på tilfeller uten at det foreligger sykmelding er nok sammensatt. Det fremheves herunder i Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69 at arbeidstakere uten

⁶⁷ Se eksempelvis Prop. 89 L (2010-2011) s. 12 flg.

⁶⁸ Berg mfl. (2016) s. 142-143

⁶⁹ Fanebust (2017) s. 105, som for øvrig presiserer at reglene er videreført i § 4-6 på side 106.

⁷⁰ Eidsvaag (2008) s. 173-174, med henvisning til Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8 og Innst. O. nr. 68 (2002-2003) s. 3.

⁷¹ Ved lov 23. februar 2007 nr. 10, lov 19. desember 2008 nr. 106, lov 24. juni 2011 nr. 18, eller lov 20. juni 2014 nr. 26

fravær ofte vil «la være å henvende seg til arbeidsgiveren med anmodning om bistand, f. eks. av frykt for å bli flyttet over i annet arbeid eller bli sagt opp». Situasjonene kan således være vanskelig å oppdage for arbeidsgiver før fravær er et faktum.

Når inntretr så tilretteleggingsplikten ved alderdomssvekkelse, hvis virkning av aldring omfattes av bestemmelsen, men ikke krever sykemelding?

Begrepet «reduisert» i § 4-6 tilsier bare at arbeidsevnen må være svekket. I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 104-105 heter det derimot, som nevnt i punkt 5.4, at bestemmelsen må avgrenses mot «variasjoner i arbeidsevne som skyldes ... ordinære ... aldersforskjeller», som følger de alminnelige arbeidsmiljøbestemmelsene. I tråd med dette ble arbeidstakeren i LB-1996-993 ikke ansett å være «yrkeshemmet», bl.a. fordi; «[d]e rygg- og muskelplager som er beskrevet er ikke spesielle for ham i forhold til andre arbeidstakere i 50-årene, og skulle ikke, med det tekniske utstyret han hadde til disposisjon, utgjøre noen hindring for utførelsen av arbeidet.»

Når det gjelder eldre arbeidstakere som er svekket kognitivt eller fysisk må det derfor i hvert enkelt tilfelle vurderes om en reduksjon i arbeidsytelse går utover det ordinære. Hva som er ordinær aldring er vanskelig å si noe konkret om: Sikter det kun til omfanget av aldringen, så det avgjørende er hvilken konsekvens det har for funksjonsevnen, eller har det også betydning når alderdommen inntreffer? Etter min oppfatning kan ikke de samme kognitive og/eller fysiske svekkelsene hos en arbeidstaker på 55 år og 70 år anses som ordinær i begge tilfeller. I lys av at aldersgrensene i arbeidsmiljøloven er økt, og eldre står lengre og lengre i arbeid, kan kanskje et tydeligere skille mellom ordinær og «uordinær» aldring tvinge seg frem de kommende årene.

5.5.3 Tilretteleggingspliktens rekkevidde

Kommer tilretteleggingsplikten i § 4-6 til anvendelse, plikter arbeidsgiver fortrinnsvis å iverksette «nødvendige tiltak» så arbeidstakeren kan fortsette i egen stilling. Av Prop. 89 L (2010-2011) s. 12-13 skal «tiltak» tolkes «meget vidt», og ved siden av lovens oppramsing, nevnes det alt fra trening til hjelp fra andre arbeidstakere.

Når det gjelder omfanget av plikten, må det tilrettelegges «så langt det er mulig», jf. § 4-6. Ifølge Prop. 89 L (2010-2011) s. 13 legger anvisningen opp til en streng, men ikke absolutt

plikt. Videre samme sted (i forarbeidene) heter det at rekkevidden generelt avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering, hvor det bl.a. legges vekt på «virksomhetens art, økonomi og størrelse, hensynet til andre ansatte i virksomheten, *varigheten av den reduserte arbeidsevnen, samt forhold på arbeidstakers side*» (min kursiv).

Overfor eldre arbeidstakere, er et par av forarbeidenes presiseringer interessante. I forhold til varigheten av den reduserte arbeidsevnen er det presisert i Prop. 89 L (2010-2011) s. 13 at ved et mer varig behov for tilrettelegging plikter arbeidsgiver i «utgangspunktet å gjennomføre mer omfattende tilretteleggingstiltak». Sett hen til at eldre med alderdomssvekkelse ofte vil kunne ha en nedadgående kurve i arbeidsevnen, kan det bli aktuelt å ta ekstra hensyn til eldre med uordinær alderdomssvekkelse.⁷²

Enda mer interessant er det at Prop. 89 L (2010-2011) s. 14 i relasjon til forhold på arbeidstakers side, eksplisitt fremhever at alder og ansiennitet har vekt:

«At arbeidstakers *ansiennitet* vil være av betydning for hvor langt arbeidsgivers plikt går, må anses som en naturlig følge av det lojalitets- og avhengighetsforhold som ligger til grunn for arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette tilsier at arbeidsgivers ansvar for å tilrettelegge for arbeidstaker vil være mer omfattende jo lenger arbeidstaker har vært i arbeidsgivers tjeneste. Arbeidstakers *alder* vil være av betydning særlig i forhold til arbeidstakers muligheter for å få nytt arbeid. Eksempelvis vil det for en lærer som nærmer seg pensjonsalder, men som har behov for kortere dager, kunne være utfordrende å skaffe seg nytt arbeid. Dette tilsier at arbeidsgivers plikt til tilrettelegging strekkes langt i slike tilfeller.»

I lys av at oppsigelse er en atter subsidiær handling, se punkt 5.5.1, legger departementet her til rette for at stillingsvernet ut fra visse forutsetninger strekkes langt. Et tilfelle hvor argumentene er anvendt i praksis er TKISA-2017-33900, som omhandlet tilrettelegging overfor en 66 år gammel arbeidstaker med skulderartrose og 16 års tjenestetid. Her uttalte retten at det er av «vesentlig betydning at en fortsatt tilrettelegging ville hatt begrenset tidsperspektiv. A er 66 år. Han ønsker primært å stå i arbeid til han er 70, men var villig til å diskutere andre ordninger». Uttalelsen fremgår riktignok i sammenheng med vurderingen av

⁷² Se tilsvarende vurdering i forhold til § 4-2 andre ledd bokstav b Føyen Torkildsens nettsider, https://foyentorkildsen.no/artikler-og-publikasjoner/alderdomssvikt-oppsigelse-eller-tilrettelegging/?fbclid=IwAR0T_hM9zc3w0fViHwO8QcElfF1brV_A0q_3LJLb8fivRa7NaWLbFrd0SCs (lest 06.04.2019)

om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 26 er overtrådt, men retten viser til «samme grunner som overfor» når det presiseres at også § 4-6 er brutt.

Selv om tilretteleggingsplikten etter § 4-6 strekker seg langt overfor eldre, fremhever Benson at det må trekkes en nedre grense mot prestasjonssvikt arbeidsgiver ikke har plikt til å tilrettelegge for.⁷³ Han påpeker generelt at grensen går ved at «[k]jernefunksjonene i stillingen må være igjen etter at arbeidet er tilrettelagt.» Denne begrensningen baserer han på RG 2011 s. 1409 (Oslo) (avsnitt 55), som omtalte tilretteleggingspliktens rekkevidde ved omplassering til ny stilling. Etter min oppfatning er det naturlig at ytterrammen er lik i begge tilfeller i lys av at arbeidsgiver etter § 4-6 skal tilrettelegge «så langt det er mulig» både i relasjon til å beholde og få et «passende arbeid». Når det er sagt er altså grensen relativ og arbeidsgiver må strekke seg ekstra langt overfor eldre arbeidstakere med lang ansiennitet.

I de tilfeller virksomheten ikke kan tilrettelegge tilstrekkelig innenfor arbeidstakers opprinnelige stilling, har arbeidsgiver en sekundær plikt til å «så langt som mulig» gi arbeidstaker et annet «passende arbeid», jf. § 4-6.

Det fremgår av Prop. 89 L (2010-2011) s. 14 at det «[i] kravet til «passende arbeid» ligger» at arbeidsgiver primært skal foreslå arbeid som ikke er «vesentlig annerledes» arbeidstakerens foregående arbeid, men at det «i mangel av andre muligheter», også må tilbys en «ikke passende» stilling. I vurderingen av hva som er likt arbeid, må det både ses hen til lønnsbetingelser, arbeidets art mv.⁷⁴

Rekkevidden av plikten til å omplassere, må som rekkevidden av plikten til å tilrettelegge i vedkommendes stilling, avgjøres ut fra en konkret helhetsvurdering. Arbeidsgiver må som nevnt over også tilrettelegge i den nye stillingen, men ikke lenger enn at «kjernefunksjonene i stillingen» er igjen, jf. RG 2011 s. 1409 (Oslo) (avsnitt 55). Videre legges det til grunn i Prop. 89 L (2010-2011) s. 14 at arbeidsgiver ikke behøver å tilby stillinger arbeidstaker ikke er «kvalifisert og egnet til». Dette betyr ikke at opplæring i den nye stillingen er utelukket, tvert imot heter det at «[a]vhengig av virksomhetens situasjon, *arbeidstakerens alder osv.*, må det formodentlig ... aksepteres en noe lengre innkjøringsperiode enn det som ellers er vanlig» (min kursiv).⁷⁵

⁷³ Benson (2014) s. 172

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Ibid

I forhold til omplassering av eldre, kan et særlig moment i pliktens rekkevidde være relasjonen mellom stillingens art og alderdom. LA-2017-95878 illustrerer dette: Her ble en beredskapsvakt i femtiårene oppsagt, da han etter tre år ikke lenger klarte å oppfylle de fysiske kravene til å tjenestegjøre som røyk- og kjemikaliedykker. Om rekkevidden av omplasseringsplikten poengterte retten likevel at det på grunn av stillingens karakter var forutberegnelig for arbeidsgiver at arbeidstakeren ikke kunne fylle stillingskravene helt til pensjonsalder, og at dette oppfordret til å «finne egnete retrettstillinger i tide» for å unngå oppsigelse. Når lagmannsretten likevel fant oppsigelsen rettmessig i denne saken, var det sett hen til bedriftens størrelse (en mindre spesialisert beredskapstjeneste) og det faktum at arbeidstakeren ikke «medvirke[t] til å finne alternativ beskjeftigelse».

Tilretteleggingsplikten gir i utgangspunktet yrkeshemmede arbeidstakere rettigheter.⁷⁶ Som det imidlertid fremgår av LA-2017-95878 kan gjennomføring av pliktene kreve en viss medvirkning fra arbeidstaker. Ved sykefravær har arbeidstaker en lovbestemt medvirkningsplikt ift. oppfølgingsplaner i § 2-3 andre ledd bokstav f og g. Utenfor disse tilfellene må medvirkning som fremhevet i Prop. 89 L (2010-2011) s. 14 inngå som et ledd i den konkrete helhetsvurderingen. Eldre arbeidstakere med redusert arbeidsevne som vil arbeide til pensjonsalder kan derfor ikke forvente et sterkt stillingsvern uten å samarbeide. Er de derimot lojale og viser vilje til alternative løsninger, vil arbeidsgiver ha en vidtrekkende tilretteleggingsplikt etter § 4-6.

5.6 Omplassering ved kompetansesvikt

I og med at arbeidsgivers omplasseringsplikt strekker seg langt for arbeidstakere med redusert arbeidsevne, kan hensynet til harmoni i loven tilsi at arbeidsgiver også ved kompetansesvikt hos arbeidstaker, uavhengig av om arbeidstaker har en redusert arbeidsevne, har en plikt til å omplassere. Det kan hevdes at lovgiver uttrykker det motsatte idet loven klart og tydelig pålegger arbeidsgiver en omplasseringsplikt i § 15-7 andre ledd, ved driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, og ikke ved oppsigelse grunnet i arbeidstakers forhold etter første ledd. Fanebust påpeker derimot at denne forskjellen ikke er avgjørende.⁷⁷ I samme retning heter det i LF-2016-162818:⁷⁸ «Lagmannsretten er enig i at hvor arbeidstakers forhold gir grunnlag for

⁷⁶ Se bl.a. Fougner mfl. (2018) s. 232

⁷⁷ Fanebust (2017) s. 107

⁷⁸ Anke nektet fremmet, se HR-2017-1322-U

oppsigelse, foreligger det ikke en generell plikt for arbeidsgiver til å foreta omplassering. I visse tilfeller kan forholdene imidlertid tilsi en annen løsning.» Det må således legges til grunn at arbeidsgiver kan ha en plikt til å omplassere når oppsigelsen har bakgrunn i arbeidstakers forhold.

Når gjelder pliktens rekkevidde fremhever Benson at det generelt må ses hen til hvor stor belastning omplassering vil være for virksomheten, noe som innebærer at plikten er særlig aktuell for «større virksomheter».⁷⁹ Uttalelsen må ses i sammenheng med begrensningen som forutsetningsvis er lagt til grunn i LB-2004-7399 om at arbeidsgiver kun har plikt til å tilby stillinger arbeidstakeren er «kvalifisert og skikket til», tilsvarende begrensningen i § 4-6 jf. punkt 5.5.3. Dette er en begrensning som ofte vil gjøre omplassering mer problematisk for bedrifter av mindre størrelse.

I forhold til betydningen av lengre tjenestetid, har lagmannsretten en interessant uttalelse i LF-2016-162818: «[O]mplasseringsspørsmålet [må] sees i det tidsperspektiv som personalkonflikten har hatt». Dommen omhandlet oppsigelse grunnet kritikkverdig adferd. At tidsmomentet kan ha vekt i vurderingen også når oppsigelsesgrunlaget er prestasjonssvikt, er imidlertid naturlig. Tiden kan gi arbeidsgiver et insentiv til å bøte på forholdet før svikten blir markert, og større muligheter til å finne egnede stillinger.

Selv om arbeidsgiver ikke har forholdt seg passivt i forhold til prestasjonssvikten, kan hun måtte omplassere eldre arbeidstakere før en oppsigelse er gyldig. I den retning uttaler Fanebust: «En arbeidstaker som ikke har maktet å holde seg faglig à jour pga. alder, bør ikke kunne sies opp uten at vedkommende på forhånd om mulig har vært tilbudt annet passende arbeid.»⁸⁰ At arbeidsgiver bør strekke seg langt i å forsøke omplassering i slike tilfeller, har en sammenheng med de forhold som ofte i praksis kan knyttes til eldre arbeidstakere og således styrke stillingsvernet gjennom subjektive rimelighetshensyn. Se nærmere punkt 6.

⁷⁹ Benson (2014) s. 342

⁸⁰ Fanebust (2017) s. 107

5.7 Oppsummering

Gjennomgangen av arbeidsgivers forpliktelser viser at et redelig forhold til oppsigelsesgrunnlaget er viktig for gyldigheten av en oppsigelse. Før arbeidsgiver kan vurdere oppsigelse, bør hun varsle om at prestasjonene er for svake, forsøke øke prestasjonsnivået, muligens tilpasse arbeidet etter arbeidstakeren, og kanskje også tilby ny stilling. At disse begrensningene i arbeidsgivers handlingsrom kanskje særlig gjør seg gjeldende overfor eldre arbeidstakere, er derimot ikke alltid så lett å se bakgrunnen for når forpliktelsene behandles mer isolert. Punkt 5 må ses i nær sammenheng med punkt 6 – et punkt hvor jeg nå skal se på hvordan rimelighetsmomenter knyttet til eldre arbeidstakere påvirker den samlede saklighetsvurderingen.

6 Forhold knyttet til arbeidstakeren

6.1 Innledning

Av tidligere punkter i oppgaven fremgår det at oppsigelsen må begrunnes i arbeidstakers prestasjonssvikt, prestasjonssvikten må være markert, og arbeidsgiver har en del forpliktelser som kan ha betydning i saklighetsvurderingen. At utgangspunktet for om en oppsigelse er saklig begrunnet må søkes i omstendigheter som knytter til arbeidsforholdet, noe nettopp alle disse forholdene gjør, er en naturlig konsekvens av at arbeidsforholdet hviler på en avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Kravet om en saklig begrunnet oppsigelse beror derimot også på en bredere vurdering. En vurdering som Fanebust karakteriserer «vil innebære at saklighetskravet relativiseres på grunnlag av momenter som ikke nødvendigvis knytter seg til arbeidsforholdet eller de forhold som ligger til grunn for oppsigelsen».⁸¹ Spørsmålet i dette punktet er således om kravet til saklig grunn er relativt i den forstand at eldre arbeidstakere har et sterkere stillingsvern, ved at forhold knyttet til arbeidstakeren kan være med på å «unnskyld» oppsigelsesgrunnlaget.

6.2 Rimelighetsmomentene

Forhold knyttet til arbeidstakeren som trekkes inn i den samlede saklighetsvurderingen, kan omtales som subjektive rimelighetsmomenter. Høyesterett anvendte begrepet i Rt. 1992 s. 1023 (Flykapteindommen), hvor er flykaptein hadde smuglet inn varer i strid med tollbestemmelsene, da den så hen til forhold som arbeidstakers alder, utsiktene for å finne nytt arbeid, og belastningen på familieforholdet.⁸² Og i Rt. 2001 s. 1589 (Nedlastningsdommen) ble det brukt i sammenheng med at 28 års tjenestetid ikke kunne veie opp for et «alvorlig og langvarig» misbruk av virksomhetens internettlinje. Andre aktuelle forhold overfor eldre som trekkes frem i praksis er gjeldsforpliktelser,⁸³ helsesituasjon,⁸⁴ arbeidstakers skyld,⁸⁵ retten til AFP-pensjon kan falle bort⁸⁶ mv.

⁸¹ Fanebust (2017) s. 110

⁸² Se Fougner (2015) s. 150

⁸³ Se eksempelvis TOSLO-2018-46625

⁸⁴ Ibid

⁸⁵ Se eksempelvis LB-2012-49026

⁸⁶ Ibid

Hvilke og hvordan rimelighetsmomentene blir benyttet er ganske forskjellig, og avhengig av de konkrete omstendighetene i den enkelte sak. Det er likevel to forhold som omhandler alle eldre arbeidstakere med lang karriere, og som jeg derfor vil se noe nærmere på, nemlig ansiennitet og alder.

6.3 Ansiennitet

Fanebust⁸⁷ trekker frem flere grunner til at ansiennitet blir anvendt som rimelighetshensyn i saklighetsvurderingen: Som en presumsjon for at forholdene som ligger til grunn for oppsigelsen er forbigående, som bakgrunnen for at arbeidstakeren har en snever yrkeserfaring og således kan ha vansker med å få nytt arbeid, eller som en naturlig konsekvens på bakgrunn av den innsatsen arbeidstakeren har viet bedriften. Sistnevnte formulerer han som en mer «udefinert form for «tilleggsytelse»».⁸⁸

At ansiennitet skal vektlegges i praksis fremgår som nevnt over av Prop. 89 L (2010-2011) s. 14 i relasjon til § 4-6, da formulert som en «følge av det lojalitets- og avhengighetsforhold som ligger til grunn for arbeidsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker», og er alminnelig akseptert i relasjon til § 15-7.⁸⁹

6.4 Alder

Bakgrunnen for at alder blir vektlagt som et rimelighetsmoment er noe mer diffust. I praksis knyttes ofte momentet til at det er vanskelig å få nytt arbeid,⁹⁰ ellers stort sett til ansiennitet.⁹¹ Til tross for at alder ofte trekkes frem, er det som Fanebust påpeker vanskelig å finne eksempler på at rettsapparatet fremhever alder som et eget moment.⁹² Selv i LH-2017-144542 hvor det blir gjort gjeldende at «alder gjør at terskelen for oppsigelse heves», kobler lagmannsretten momentet til skadevirkningene oppsigelsen vil ha for arbeidstakeren: «oppsigelsen kan ramme A hardt, bl.a. sett hen til hans alder». Etter min oppfatning er det således viktig å stille spørsmål til om alder «bare» kan komme arbeidstakeren til gode sett i

⁸⁷ Fanebust (2017) s. 110-112, med videre henvisninger.

⁸⁸ Fanebust (2017) s. 111

⁸⁹ Se forutsetningsvis Rt. 2001 s. 1589 (Nedlastningsdommen) og LF-2016-162818 (anke nektet fremmet, HR-2017-1322-U)

⁹⁰ Se eksempelvis LB-2012-49026

⁹¹ Se eksempelvis THADE-2006-37535

⁹² Fanebust (2017) s. 112

sammenheng med andre momenter, eller om alder også kan være et hensyn med selvstendig vekt.

Fra arbeidsgivers synsvinkel kan det hevdes at et kontraktsbrudd er et kontraktsbrudd. Behovet for et handlingsrom overfor arbeidstakere med prestasjonssvikt for å sikre en forsvarlig drift, bør derfor ikke påvirkes av arbeidstakerens alder. Departementets eget motargument i Prop. 48 L (2014-2015) s. 48 til å ha aldersgrenser i arbeidsmiljøloven, taler i alle fall ikke i motsatt retning: «Enkeltpersoner bør behandles individuelt, og ikke generelt på bakgrunn av alder.» Det kan sånn sett hevdes at det prinsipielle utgangspunktet om likebehandling av alle arbeidstakere jf. § 1-1 bokstav b ikke bør påvirkes av alder.

På en annen side taler forutberegnelighetshensyn i de siste årene av arbeidslivet særlig for at arbeidsgiveren bør strekke seg litt ekstra, for å ikke avslutte en lang arbeidskarriere med oppsigelse av arbeidstakeren. Dette gjelder uavhengig av om aldersgrensen er lovbestemt eller bedriftsintern. Og det gjelder uavhengig av om en ser saken fra arbeidstakers eller arbeidsgivers synsvinkel. For begge parter har knyttet seg til en tidsubestemt arbeidsavtale. Arbeidstaker må basere seg på å yte arbeidskraft til de gjeldene aldersgrensene, og arbeidsgiver stille en sosial arena til disposisjon i tråd med arbeidsmiljølovens bestemmelser, herunder tilretteleggings- og oppfølgingsplikter, så arbeidstakeren har en plass for selvrealisering og kan føle seg økonomisk trygg. At arbeidsgiver med årene får en sterkere forpliktelse til å ikke gå til oppsigelse før arbeidstakeren når den aktuelle aldersgrensen i bedriften, vil således skape en harmoni mellom arbeidsavtalen, lovbestemte plikter og oppsigelsesadgangen.

Arbeidsmiljøloven gir ikke noe klart svar. Det følger riktignok eksplisitt av § 4-2 andre ledd bokstav b at arbeidsgiver må ta hensyn til «alder» i utformingen av arbeidssituasjonen. Vi så i punkt 5.4 at bestemmelsen må ses i sammenheng med saklighetskravet. Det kan således anføres at lovgiver indirekte har gitt en bestemmelse som tilsier at alder skal ha selvstendig vekt i saklighetsvurderingen. Utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, er det derimot ikke noe i arbeidsmiljøloven som tilsier det samme.

Om alder som selvstendig moment skal komme arbeidstakeren til gode er også noe uklart i teorien. Flere teoretikere skiller ikke alder ut i behandlingen av saklighetskravet, men viser til at ulemper som følge av oppsigelsen kan vektlegges.⁹³

Fanebust deler i sin behandling av rimelighetshensyn mellom ansiennitet og alder, legger til grunn at begge deler har vekt, og uttaler om sistnevnte: «det går ... fram av forarbeidene at det skal legges vekt på arbeidstakers alder».⁹⁴ Slik han formulerer seg, virker det isolert sett som om han snakker om alder objektivt. På den andre siden må det nok ut fra sammenhengen tolkes som at han sikter til tilfeller der alder ses i sammenheng med skadevirkninger som kan følge med.

Dege ser på sin side alder i sammenheng med ansiennitet fra en mer objektiv side, adskiller disse fra andre sosiale forhold (forsørgelsesbyrde, gjeld mv.) og arbeidsgivers muligheter på arbeidsmarkedet, når han fremhever at saklighetskravet er relativt.⁹⁵ Han tillegger derimot egentlig ikke alder noen selvstendig vekt, men har fokuset på arbeidstakerens tjenestetid.

Skarning og Brusdal skiller alder og ansiennitet fra andre sosiale forhold.⁹⁶ Under behandlingen av alder og ansiennitet uttrykker de noe usikkerhet om alder skal ha selvstendig vekt uavhengig av ansiennitet, men presiserer: «Krav til tilstrekkelig arbeidsytelse gjelder uavhengig av alder.»⁹⁷ Det som kan tolkes som et standpunkt, bygger på en tanke om at alder som unnskyldning for å ikke prestere normalt, vil kunne skape ringvirkninger i form av tilbakeholdenhet i ansettelsesprosessen.⁹⁸ At det må vises varsomhet med å styrke enkelte gruppers stillingsvern på denne bakgrunnen har departementet selv uttrykt i forhold til særlige stillingsingvernsregler i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 63. På den andre siden har Fanebust et poeng når han omtaler at det samme momentet vil fungere som et motargument til å vektlegge individuelle forhold generelt, herunder alder.⁹⁹ Som nevnt i punkt 6.2 vektlegges individuelle virkninger av oppsigelse i saklighetsvurderingen, så å kun benytte motargumentet i relasjon til alder kan sånn sett virke litt ulogisk.

⁹³ Skjønberg mfl. (2018) s. 417-419, Benson (2014) s. 334-335, Fougner mfl. (2018) s. 896.

⁹⁴ Fanebust (2017) s. 112

⁹⁵ Dege I (2009) s. 508-512

⁹⁶ Skarning og Brusdal (2015) s. 122-124

⁹⁷ Skarning og Brusdal (2015) s. 123-124

⁹⁸ Skarning og Brusdal (2015) s. 122

⁹⁹ Fanebust (2017) s. 113-114

Imidlertid kan kanskje svaret søkes i den dynamikken saklighetskravet skal ha som rettslig standard, i tråd med uttalelsene i Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

Et hovedformål med arbeidsmiljøloven er jf. § 1-1 bokstav e å bidra til et «inkluderende arbeidsliv». Av bl.a. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 63 har dette en side til målsetningen om å stimulere til at eldre arbeidstakere står lengre i arbeidslivet, og det heter: «Regjeringen styrket derfor regelverket om diskriminering av eldre i forbindelse med ansettelse og oppsigelse i lovendringer per 1. mai 2004.» (min kursiv) Et diskrimineringsforbud i ansettelsesprosessen, i dag jf. § 13-1 jf. § 13-2, innebærer at argumentet om ringvirkninger i alle fall i prinsippet ikke skal være et problem.¹⁰⁰ I tillegg til aldersdiskrimineringsforbudet har lovgiver for å nå målet om å beholde flere eldre i arbeid, også økt aldersgrensene i arbeidsmiljøloven, se Prop. 48 L (2014-2015) s. 39 og 48-49. Lovgiver har m.a.o. økt fokus på å verne eldre arbeidstakere. Sett i sammenheng virker det derfor i tråd med både den sosiale og legislative utviklingen å ta hensyn til alder som et selvstendig moment i saklighetsvurderingen.

6.5 Vekten til subjektive rimelighetshensyn generelt

Før jeg ser noe nærmere på hvilken rolle de ulike rimelighetshensynene har i saklighetsvurderingen, vil jeg først se på hvilke vekt subjektive rimelighetshensyn knyttet til eldre arbeidstakere generelt har som element.

I Rt. 1992 s. 1023 (Flykapteindommen) presiserte Høyesterett på bakgrunn av den eksplisitte interesseavveiningen når oppsigelsen er begrunnet i driftsinnskrenkning eller rasjonalisering, som nevnt i punkt 4.1, at subjektive rimelighetshensyn må ha mindre vekt når oppsigelsen begrunnes i arbeidstakerens eget forhold. Synspunktet ble fulgt opp i Rt. 2001 s. 1589 (Nedlastningsdommen) og er fortsatt uttrykt i underrettspraksis, se eksempelvis LH-2017-144542 overfor en eldre arbeidstaker med 13 års tjenestetid og redusert arbeidsevne.

Selv om Fougner¹⁰¹ er enig i dette utgangspunktet, antyder han at den «subjektive interesseavveiningen som et hovedelement i saklighetskravet» synes å ha fått en ny angivelse med Høyesteretts presisering av saklighetskravet i Rt. 2009 s. 685 (avsnitt 52): «Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelige og naturlig at

¹⁰⁰ Se Fanebust (2017) s. 114 lignende tankegang

¹⁰¹ Fougner (2015) s. 150

arbeidsforholdet bringes til opphør». I kommentarene til arbeidsmiljøloven har han mfl.¹⁰² kanskje et noe mer nedtonet forhold til utviklingen, men presiserer også her at subjektive rimelighetsmomenter «kan se ut som ... [å ha] fått større betydning», og viser til LB-2012-49026 (Hjelpemiddellagerdommen).¹⁰³

I Hjelpemiddellagerdommen hadde en 59 år gammel leder med til sammen nesten 40 års tjenestetid i kommunen, erkjent at han ikke egnet seg for stillingen etter å ha sløst minst 60 000 kroner de siste årene på innkjøp fra ideelle organisasjoner. Lagmannsretten presiserte at «forholdet objektivt vurdert [er] så alvorlig at det kvalifiserer for avskjed», men fant ikke at misligholdet ga grunnlag for avskjedigelse. Flertallet kom også «under en viss tvil» til at avskjeden ikke kunne opprettholdes som oppsigelse. I interesseavveiningen bemerket lagmannsretten at arbeidsgiver kunne ha begrenset omfanget av sløsing ved bedre kontroll, da pengebruken ikke var forsøkt skjult. Det var imidlertid med «avgjørende» vekt på det Fougner mfl.¹⁰⁴ omtaler som en rekke subjektive rimelighetsmomenter, herunder motiv, alder, ansiennitet, arbeidsmuligheter, bortfall av retten til AFP og den følelsesmessige belastningen, samt arbeidsgiverens omplasseringsmuligheter, at flertallet fant oppsigelsen usaklig.

Lagmannsretten går i dommen forholdsvis langt i å unnskyldte kritikkverdige forhold ut fra en ganske så bred rimelighetsvurdering.

Også i andre nyere avgjørelser synes domstolene å foreta en slik bred rimelighetsvurdering. I LF-2016-162818 (Omorganiseringsdommen)¹⁰⁵ var en 59 år gammel kvinne med 34 års tjenestetid oppsagt pga. kritikkverdig adferd. Forholdene var isolert av en alvorlighetsgrad som kvalifiserte til en saklig begrunnet oppsigelse. Adferden hadde derimot sammenheng med en tidligere omorganisering i 2003 og dårlig oppfølging fra arbeidsgiver i de nye oppgavene arbeidstakeren «tross ... anstrengelser» ikke behersket fullt ut, noe som medførte at arbeidstakeren ble satt i en ubehagelig situasjon. Lagmannsretten fant også derfor oppsigelsen usaklig med «særlig» vekt på subjektive rimelighetshensyn, som alder, ansiennitet, arbeidsmuligheter og bortfall av retten til AFP, samt fylkeskommunens omplasseringsmuligheter.

¹⁰² Fougner mfl. (2018) s. 896-897

¹⁰³ Anke nektet fremmet, HR-2013-187-U

¹⁰⁴ Fougner mfl. (2018) s. 897

¹⁰⁵ Anke nektet fremmet, HR-2017-1322-U

Selv om retten fremhever en særlig streng terskel pga. infamerende oppsigelsesgrunnlag, som kan ha påvirket domsutfallet, bærer Omorganiseringsdommen som Hjelpemiddellagerdommen preg av at en rekke subjektive rimelighetsmomentet relatert til eldre arbeidstakere i stor grad vektlegges. Et viktig spørsmål er derfor hvilken overføringsverdi dommene har for eldre samarbeidsvillige arbeidstakere.

Flertallet i Hjelpemiddellagerdommen gir en interessant uttalelse når den faktisk presiserer at «[d]ersom det hadde vært sannsynliggjort at innkjøpene var motivert ut fra et ønske hos A om å oppnå egen vinning, ville flertallets konklusjon trolig blitt en annen.» Det flertallet sier er m.a.o. at det avgjørende for å ikke kjenne forhold som objektivt var tilstrekkelig til avskjedigelse også usaklig, var motivene. En slik forståelse av saklighetskravet kan ha stor betydning for eldre motiverte arbeidstakere. Fysisk og kognitiv svekkelse er bare en naturlig følge av livssyklusen. Forutsatt at arbeidstakeren faktisk viser anstrengelser for å prestere, er det heller ikke noe uhederlig motiv om problemet ligger i utfordringene i å holde seg à jour med utviklingen eller omstille seg etter endringer i arbeidsforholdet, tilsvarende Omorganiseringsdommen. Om et mindre klanderverdig motiv bak oppsigelsesgrunnlaget generelt gir rom for at subjektive rimelighetsmomenter har stor vekt, vil således eldre arbeidstakere etter omstendighetene kunne ha et forholdsvis sterkt stillingsvern. Dette til tross for at subjektive rimelighetsmomenter generelt har mindre vekt etter § 15-7 første ledd enn etter andre ledd.

6.6 De ulike rimelighetsmomentenes rolle

I spørsmålet om hvilken rolle de forskjellige subjektive rimelighetshensynene har i vurderingen, vil jeg ta utgangspunkt i en sak hvor lagmannsretten viste til en rekke med subjektive rimelighetsmomenter, LG-2005-183540. Her ble en eldre materialforvalter oppsagt da arbeidsgiveren mente han etter en fusjon i 2001 ikke klarte å fylle den nye stillingen sin. Flertallet bemerket:

«Flertallet finner endelig grunn til å peke på at sterke rimelighetshensyn taler mot oppsigelse. A har etter beste evne tjent bedriften lojalt gjennom 20 år. Han har arbeidet mye, og gjerne måttet bruke både fritid og ferie til arbeid. Han er vært genuint opptatt av arbeidet sitt, og har på sentrale områder for bedriften vært en ressurs. Han har hele sitt voksne, yrkesaktive liv knyttet til de aktuelle arbeidsoppgavene, og var på

oppsigelsestidspunktet nærmere 60 år. Han må påregne vanskeligheter i forbindelse med søknad om annet arbeid, og ble ved oppsigelsen fratatt muligheten for tidlig pensjonering gjennom AFP.»

På denne bakgrunn, i tillegg til en svak saksbehandling/dokumentasjon for svikt, fant flertallet oppsigelsen usaklig. I forhold til vekten av de ulike rimelighetshensyn er dommen interessant. For som i de andre ovenfornevnte dommene, kan sitatet virke å gi uttrykk for at det er rimelighetsmomentene samlet som kan «velte» en ellers saklig oppsigelse, herunder med vekt på alder. I motsetning til de andre sakene presiserte derimot flertallet innledningsvis at: «Generelt må sies at terskelen er høy for å akseptere en oppsigelse som saklig begrunnet i arbeidstakers forhold *Dette vil ikke minst* måtte gjelde der den aktuelle arbeidstaker har vært ansatt i bedriften gjennom en meget lang periode.» (min kursiv) Slik lagmannsretten formulerer seg, tyder det på at alder har vekt som rimelighetshensyn, men at det først er sammen med lang ansiennitet alder kan gjøre en forskjell. Hva som er lang nok tjenestetid for å ha vekt i vurderingen vil avhenge av de konkrete forholdene. Ikke veldig ulikt LG-2005-183540 heter det derimot innledningsvis i LG-2011-30589 ved «bare» 14 års tjenestetid: «Det følger av rettspraksis at terskelen for oppseiing ... [ved svikt i arbeidsutføringa] er særleg høg der arbeidstakaren har vore tilsett i verksemda i fleire år, noko som er tilfelle i denne saka». På denne bakgrunn må det legges til grunn at tjenestetid i alle fall kan spille en rolle uten å være langt over tosifret.

Når det er sagt vil «høy» alder ofte kunne legge til rette for tjenesteforhold på langt over 20 år. I slike tilfeller er det alder som indirekte hever terskelen, og således er det derfor heller ikke unaturlig at forholdene ses i sammenheng. Et eksempel på et slikt tilfelle er THADE-2006-37535, som gjaldt oppsigelse av en 59 år gammel arbeidstaker pga. to og et halvt års sykefravær. Her bemerket tingretten at: «[arbeidstakerens] høye alder og 34-årige ansiennitet hever terskelen for hva som utgjør en saklig oppsigelse, jfr Rt-1978-160». Slik tingretten formulerer seg i dommen, kan det virke som de vektlegger både ansiennitet og alder som to mer udefinerte momenter som gjør stillingsvernet sterkere. To parametere hvor det ene kanskje også kan veie noe opp for det andre. Fanebust fremhever et slikt avhengighetsforhold mellom alder og ansiennitet i behandlingen av § 15-7 andre ledd, og presiserer utgangspunktet som at det i alle fall må vises «særlig aktsomhet der arbeidstaker har fylt 55 år og har vært knyttet til bedriften i 25 år eller mer», da dette normalt påvirker arbeidstakerens videre

arbeidsmuligheter.¹⁰⁶ Utsagnet kan i lys av de ovenfornevnte dommene også virke veiledende der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakerens forhold.

Et særlig spørsmål er hvordan retten til pensjon kan påvirke rimelighetsmomentene.

Etter dagens regelverk i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd kapittel 19 har arbeidstakere på visse vilkår rett til ordinær alderspensjon etter fylte 67 år og førtidspensjon etter 62 år. I tillegg til dette har en del arbeidstakere rett til en avtalefestet pensjon. I lys av aldersgrensene i arbeidslivet etter arbeidsmiljøloven § 15-13 a, kan således flere eldre arbeidstakere ha rett til pensjon på det tidspunktet arbeidsgiveren går til oppsigelse.

Mer isolert kan slike pensjonsordninger minimere ulempene for den oppsagte. Har arbeidstakeren i tillegg ingen forsørgelsesbyrde (barn flyttet ut etc.) og nedbetalt gjeld, er det dermed ikke nødvendigvis isolert sett en tung belastning å bli oppsagt i et økonomisk perspektiv.¹⁰⁷ Dette vil særlig gjøre seg gjeldende i situasjoner der arbeidsgiver uansett saklig kan gå til oppsigelse begrunnet i alder om kanskje maksimalt et par år.

På den andre siden er det som Fanebust fremhever i relasjon til § 15-7 andre ledd, at det økonomiske aspektet er bare en av flere faktorer som må hensyntas, og de eldste i arbeidslivet må også kunne gjøre gjeldende et behov for selvrealisering.¹⁰⁸ I tillegg vil forutberegnelighetshensyn som nevnt i punkt 6.4 gjøre seg særlig gjeldende i slike situasjoner. Et opphør av arbeidsforholdet like før den aldersgrensen som kommer til anvendelse i vedkommende bedrift vil være en lite verdig avslutning på arbeidslivet, og kan medføre en stor følelsesmessig belastning hos arbeidstaker.

Ut fra de rettskildene som foreligger er det vanskelig å si mye konkret om hvilken rolle de ulike subjektive rimelighetshensynene knyttet til eldre arbeidstakere har uavhengig av hverandre. Det som fremstår nokså utvilsomt er at dersom arbeidstakeren har lang ansiennitet og høy alder gir det arbeidsgiver et mindre handlingsrom. Om skadevirkningene er mindre fordi arbeidstakeren har gode muligheter til nytt arbeid, vil behovet for økonomisk trygget og selvrealisering dekkes på nye måter, og dermed også subjektive rimelighetsmomenter ha mindre vekt. Hvordan Høyesterett vil løse situasjonen hvor skadevirkningene økonomisk ikke er store fordi arbeidstakeren allerede har pensjonsrettigheter i større eller mindre grad,

¹⁰⁶ Fanebust (2017) s. 166

¹⁰⁷ Se Skarning (2017) s. 138 i relasjon til alder som utvelgelseskriterium.

¹⁰⁸ Fanebust (2017) s. 167

gjenstår å se. De eldstes stillingsvern har stor prinsipiell betydning både for bedriftene og arbeidstakerne, så det er vanskelig å se for seg at spørsmålet ikke snart blir tatt stilling til.

7 Oppsummering

I løpet av oppgaven har vi sett at arbeidsgivers handlingsrom overfor eldre arbeidstakere påvirkes av en rekke faktorer. I punkt 3 fremgår det at alder ikke er et relevant oppsigelsesgrunnlag og at arbeidsgiver må begrunne oppsigelsen i en prestasjonssvikt. På grunn av utviklingen i styringsretten, gjør det imidlertid ikke nødvendigvis stillingsvernet så mye sterkere.

På en annen side er en prestasjonssvikt i seg selv ikke tilstrekkelig for at oppsigelsen er saklig begrunnet. Før en eventuell oppsigelse er beskyttelsesverdig, må prestasjonssvikten for det første være markert. Og for det andre, som det fremgår av punkt 5, har arbeidsgiver en utstrakt plikt til å følge opp, tilrettelegge, og eventuelt omplassere eldre som i løpet av arbeidsforholdet får redusert arbeidsevnen eller arbeidsprestasjonen.

I punkt 6 så vi at ved siden av forpliktelsene som hviler på arbeidsgiver, utgjør subjektive rimelighetshensyn knyttet til eldre i dag så å si en egen begrensning i oppsigelsesadgangen, i tillegg til å påvirke rekkevidden i arbeidsgivers forpliktelser. Rettspraksis viser brede vurderinger av hva som er rimelig overfor vedkommende som sies opp, en vurdering som kan komme motiverte eldre som gjør en innsats til gode.

Oppsummert viser gjennomgangen at arbeidsgiveren i forholdsvis stor grad må bære risikoen for at arbeidsprestasjonene til eldre arbeidstakere kan svekkes med årene. Er det tale om at arbeidsgiver må ta ansvar for én arbeidstaker, kan nok mange bedrifter fortsatt klare seg. Utviklingen går derimot i retning av at flere eldre arbeider lengre. Dagens situasjon er således at arbeidsgiver etter omstendighetene kan måtte bære ansvaret for flere arbeidstakere.¹⁰⁹ I slike situasjoner kan utfordringene bli større. Skadevirkninger for virksomheten vil riktignok være et relevant moment i interesseavveiningen,¹¹⁰ men om økte aldersgrenser faktisk medfører en økning i konflikter med eldre arbeidstakere som bl.a. advokat Skarning har anført,¹¹¹ er det kanskje arbeidsgivers forutberegnelighet og handlingsrom lovgiver bør styrke – ikke selve stillingsvernet til eldre.

¹⁰⁹ Se bl.a. Føyen Torkildsens nettsider, https://foyentorkildsen.no/artikler-og-publikasjoner/alderdomssvikt-oppsigelse-eller-tilrettelegging/?fbclid=IwAR0T_hM9zc3w0fViHwO8QcElf1brV_A0q_3LJLb8fivRa7NaWLbFrd0SCs

¹¹⁰ Se Skarning og Brusdal (2015) s. 118

¹¹¹ Hegnars nettsider, <https://www.hegnar.no/Nyheter/Politikk/2016/01/Noen-blir-til-eddik-og-boer-pensjoneres>

Eldre arbeidstakeres stillingsvern er politisk betent å gjøre noe med, da det er vanskelig å stille seg bak lovforslag som kan signalisere negative holdninger til de eldste. Det kan imidlertid tenkes at et svakere oppsigelsesvern for eldre ville gitt bedre harmoni med målsetningen om at eldre skal stå lengre i arbeid. Aldersgrenseutvalget var inne på tanken hvis aldersgrensen skulle heves igjen eller fjernes, men mente bl.a. at dette kunne skape stereotypiske holdninger.¹¹² På den andre siden kan det som de fremhevet også øke arbeidsgiverens motivasjon til å ha eldre ansatt.¹¹³ Om det faktisk er denne løsningen som medfører at eldre kan stå lengre i arbeid, er kanskje ikke det å «tvinge igjennom et stillingsvern» den beste løsningen for arbeidstakerne, arbeidsgiverne eller samfunnsøkonomien?

¹¹² Berg mfl. (2016) s. 160

¹¹³ Ibid

8 Kilderegister

8.1 Nettsider

- Føyen Torkildsens nettsider, https://foyantorkildsen.no/artikler-og-publikasjoner/alderdomssvikt-oppsigelse-eller-tilrettelegging/?fbclid=IwAR0T_hM9zc3w0fViHwO8QcElfF1brV_A0q_3LJLb8fivRa7NaWLbFrd0SCs (lest 06.04.2019)
- Hegnars nettsider, <https://www.hegnar.no/Nyheter/Politikk/2016/01/Noen-blir-til-eddik-og-boer-pensjoneres> (lest 08.04.2019)

8.2 Lover

Arbeidervernloven av 1936	Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern
Arbeidsmiljøloven av 1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd
Arbeidsmiljøloven/arbeidsmiljøloven av 2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne
Skipsarbeidsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.

8.3 Endringslover

- Lov 30. april 2003 nr. 27

- Lov 23. februar 2007 nr. 10
- Lov 19. desember 2008 nr. 106
- Lov 24. juni 2011 nr. 18
- Lov 20. juni 2014 nr. 26
- Lov 24. april 2015 nr. 21

8.4 Direktiv

- Rådskonklusjon 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet

8.5 Høyesterettsdommer

- Rt. 1966 s. 393
- Rt. 1984 s. 1058
- Rt. 1989 s. 508
- Rt. 1992 s. 1023 (Flykapteindommen)
- Rt. 2001 s. 1362
- Rt. 2001 s. 1589 (Nedlastningsdommen)
- Rt. 2009 s. 685
- Rt. 2009 s. 1465 (Senvaktdommen)
- Rt. 2011 s. 964
- Rt. 2011 s. 974
- Rt. 2012 s. 219
- Rt. 2012 s. 424

- Rt. 2014 s. 402
- HR-2016-2286-A (Seniorpolitiske tiltak)

8.6 Lagmannsrettsdommer

- LA-2003-13327
- LA-2017-30027
- LA-2017-95878
- LB-1996-993
- LB-2004-7399
- LB-2007-74289
- LB-2011-82741
- LB-2012-158782
- LB-2012-49026 (Hjelpemiddellagerdommen)
- LE-2003-569
- LE-2008-47080
- LF-2016-162818 (Omorganiseringsdommen)
- LG-2005-49282
- LG-2005-183540
- LG-2006-120562
- LG-2011-30589
- LG-2016-100619 (Senioringeniørdommen)
- LH-2008-124494

- LH-2017-144542
- LH-2017-92603

8.7 Tingrettsdommer

- THADE-2006-37535
- TKISA-2017-33900

8.8 Rettens gang

- RG 1956 s. 146 (Frostating)
- RG 1956 s. 281 (Frostating)
- RG 2011 s. 1409 (Oslo)

8.9 Norsk arbeidsrettslig domssamling

- NAD 1981 s. 225 (Brønnøy)
- NAD 1986 s. 245 (Tromsø)
- NAD 1986 s. 281 (Trondheim)
- NAD 1986 s. 426 (Bergen)

8.10 Internasjonal avgjørelse

- Sak C-388/07, *Age Concern*

8.11 Rekommandasjon

ILO-rekommandasjon nr. 166 (1982) om opphør av arbeidsforhold	R166 - Termination of Employment Recommendation (1982) (Lenke, 30.04.2019: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312504)
--	--

8.12 Forarbeider

Ot.prp. nr. 8 (1956)	Ot.prp. nr. 8 (1956) Om lov om arbeidervern
Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)	Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø
Innst. O. nr. 68 (2002-2003)	Innst. O. nr. 68 (2002-2003) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven
Ot.prp. nr. 18 (2002-2003)	Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven
NOU 2004: 5	NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 24 (2005-2006)	Ot.prp. nr. 24 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
Prop. 89 L (2010-2011)	Prop. 89 L (2010-2011) Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom)
Prop. 102 L (2013-2014)	Prop. 102 L (2013-2014) Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (forenkling av regelverket om oppfølging av sykmeldte arbeidstakere)
Prop. 48 L (2014-2015)	Prop. 48 L (2014-2015) Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)

8.13 Litteratur

Andersen (1967)	Andersen, Kristen, <i>Fra arbeidslivets rett</i> (Oslo 1967)
Benson (2014)	Benson, Thomas, <i>Arbeidsrettsboka</i> , 2. utgave (Bergen 2014)
Berg mfl. (2016)	Marianne Berg mfl., <i>Seniorer og arbeidslivet – aldersgrenser og tilpasninger - Rapport fra et partssammensatt utvalg</i> (Oslo 2016) (Lenke, 30.04.2019: https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/seniorer-og-arbeidslivet--aldersgrenser-og-tilpasninger/id2522218/)
Dege I (2009)	Dege, Jan Tormod, <i>Den individuelle Arbeidsrett</i> , Del I: Kapittel 1-33 (Oslo 2009)
Dege II (2009)	Dege, Jan Tormod, <i>Den individuelle Arbeidsrett</i> , Del II: Kapittel 34-54 (Oslo 2009)

Eckhoff, ved Helgesen (red.) (1997)	Eckhoff, Torstein, ved Jan E. Helgesen (red.), <i>Rettskildelære</i> , 4. utgave (Oslo 1997)
Eidsvaag (2008)	Eidsvaag, Tine, <i>Handlaus gjæte - Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse</i> , Avhandling for graden philosophiae doctor (PhD) (Universitetet i Bergen 2008) (Lenke, 30.04.2019: http://bora.uib.no/handle/1956/3589)
Fanebust (2017)	Fanebust, Arne, <i>Oppsigelse i arbeidsforhold</i> , 5. utgave (Oslo 2017)
Fougner (2015)	Fougner, Jan, «Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn», <i>Arbeidsrett</i> , vol. 12 nr. 1 2015 s. 147-157
Fougner (2016)	Fougner, Jan, <i>Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt</i> , 2. utgave (Oslo 2016)
Fougner mfl. (2011)	Fougner, Jan, Camilla Schøyen Breibøl, Marit B. Frogner, Trond Erik Solheim, Tron Sundet, Johan Kr. Øydegard og Eli Aasheim, <i>Omstilling og nedbemanning</i> , 2. utgave (Oslo 2011)
Fougner mfl. (2018)	Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, <i>Arbeidsmiljøloven: Lovkommentar</i> , 3. utgave (Oslo 2018)
Hotvedt og Ulseth (2013)	Hotvedt, Marianne Jenum og Terese Smith Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsøktett», <i>Arbeidsrett</i> , vol. 10 nr. 1 2013 s. 112-138
Jakhelln (2006)	Jakhelln, Henning, <i>Oversikt over arbeidsretten</i> , 4. utgave, 1. opplag (Oslo 2006)
Jakhelln mfl. (red.) (2017)	Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth (red.), <i>Arbeidsmiljøloven med kommentarer</i> , 4. Utgave (Bergen 2017)

Skarning (2017)	Skarning, Nicolay, <i>Permittering, nedbemanning og sluttpakker: En praktisk håndbok om omstillinger og endringsoppsigelser med eksempler og sjekklister</i> , 1. utgave, 1. opplag (Oslo 2017)
Skarning og Brusdal (2015)	Skarning, Nicolay og Pernille Brusdal, <i>Oppsigelser på 1 - 2 – 3</i> (Oslo 2015)
Skarning og Wegner (2015)	Skarning, Nicolay og Helene Wegner, «Mangelfulle arbeidsprestasjoner som oppsigelsesgrunn», <i>Praktisk økonomi og finans</i> , vol. 31 03/2015 s. 228-237
Skjønberg mfl. (2018)	Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, <i>Individuell arbeidsrett</i> , 2. utgave, 2. opplag (Oslo 2018)