

MEKLING I SAKER ETTER ARBEIDSMILJØOVEN

Kandidatnr: 138782

Leveringsfrist: 02.06.08

Antall ord: 10054

02.06.08

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Problemstilling	5
1.2 Avgrensning	5
2. Hensyn bak reglene om mekling	6
3. Historikk	7
4. Hva er mekling?	8
4.1 Meklingsmodeller	9
4.1.1 Særlig om evaluerende mekling	9
4.1.2 Særlig om transformativ mekling	10
4.2 Flere typer saker –en måte å mekle på	10
4.3 Meklingsmodell egnet i arbeidsrettslige spørsmål	10
5. Arbeidsrettens særpreg	12
6. Arbeidsrettssaker er velegnet for mekling	13
6.1 Arbeidsrettssaker kan reise vanskelige bevisspørsmål	13
6.2 Arbeidsrettsaker er ressurskrevende	14
6.3 Ulikt styrkeforhold i arbeidsrettssaker	14
7. Meklingsordninger	15
7.1 Utenomrettslig mekling	15
7.2 Ordinær domstolsmekling	16
7.2.1 Grensen mellom domstolsmekling og rettmekling	16
7.3 Rettsmekling	17
7.3.1 Bevisforbud og taushetsplikt	18
7.4 Arbeidsmiljøloven §17-3	18
7.5 Arbeidsrettssaker i Forlikrådet	19
7.6 Diskusjon, gjennomføringen av meklingen	19
7.6.1 Ulikt styrkeforhold mellom partene	20
7.6.2 Svekker meklingen rettssikkerheten?	20
7.6.3 Særlig om retten til varsling	21
8. Meklerrollen	22
8.1 Utenomrettslig mekling	22
8.2 Mekleren	22

8.3 Rettsmekler	23
8.4 Bruk av sakkyndige ved mekling i arbeidsrettssaker	23
9. Hva blir resultatet av meklingen?	25
10. Prosessuelle spørsmål.....	26
Referanser	27
Vedlegg.....	28

1. Innledning

Et flertall av rettslige problemstillinger løses etter alternative tvisteløsningsmodeller, i stedet for gjennom tradisjonell rettslig prosess og ved rettslig avgjørelse. Før saken har kommet så langt kan partene ha kommet til enighet, eller en av dem har valgt å ikke forfølge kravet sitt. Mekling er en alternativ tvisteløsningsmodell, basert på frivillighet og fortrolighet. Mekling defineres som ”konfliktløsning hvor en nøytral tredjeperson trer inn som felles medhjelper i frivillige forhandlinger mellom partene”.¹ Det finnes flere modeller for mekling, og et hovedskille går mellom mekling i og utenfor domstolene og andre tvisteløsningsorgan.

Regler om mekling i domstolen, fremgår av tvisteloven, som inneholder bestemmelser om ordinær domstolsmekling, og rettsmekling jf. tvl. §§ 8-2 og 8-3. Den nye tvisteloven legger press på partene til å forsøke å oppnå løsning i minnelighet før saken bringes inn til hovedforhandling og dom jf. tvl. § 5-4. Dette er ikke en prosessforutsetning, men kan få betydning for spørsmål om saksomkostningene. Tvisteloven inneholder også retningslinjer for utenomrettslig mekling, som partene kan velge om de vil benytte seg av, jf. tvl § 7-1.

Hva angår utenomrettslig mekling, har Advokatforeningen forfattet et regelsett om hvordan mekling ved advokat skal skje.² Prosessen tilsvare i stor grad regelsettet som følger av tvisteloven. Den felles nordiske organisasjonen for konfliktmeklere, ”Nordiske Mediatorer MMCR”, har også regler for hvordan meklingen skal foregå. Medlemmene praktiserer på bakgrunn av det vedtektsmessige grunnlaget for organisasjonen, som omfatter formelle krav til utdanning, og faglig bakgrunn. De er også underlagt en rekke etiske regler i sitt arbeid.³

Saker etter arbeidsmiljøloven, vil være særlig godt egnet for mekling. I slike saker er det ofte vanskelig å avklare hva som er de faktiske forhold, og sakene kan reise vanskelige bevismessige spørsmål. Dette blir igjen vanskelig å løse etter den tradisjonelle måten å løse juridiske tvister på, hvor man gjerne stiller spørsmål om de nødvendige betingelsene er innfridd, for så å konkludere med at det ene eller det andre tilfellet foreligger (forutsatt at ikke rettsreglene åpner for mer skjønsmessige vurderinger).

Mekling i arbeidsrettslige spørsmål kan skje etter de regler og retningslinjer som nevnt ovenfor. Arbeidsmiljøloven etablerer også en særlig forhandlingsrett for spørsmål som angår ulovlig avskjed eller oppsigelse, brudd på regler om fortrinnsrett, eller hvorvidt det har skjedd en ulovlig midlertidig ansettelse jf. aml § 17-3(1). Bestemmelsen er ikke en meklingssituasjon med bistand fra en uavhengig tredjemann. Det er likevel naturlig å tolke bestemmelsen dithen at det er en lovpålagt plikt til å finne en minnelig løsning. Det vil være de samme hensyn som gjør seg gjeldende her, som når en sak forsøkes meklet; mekling er i de fleste tilfeller et rimeligere alternativ som koster partene mindre av tid og ressurser. En

¹ Viser til definisjon på www.meklingsforum.no, www.jus.no/index.gan?id=16997

² Regler for mekling ved advokat, www.jus.no/asset/34251/1/34251_1.pdf

³ Etiske retningslinjer for medlemmer af NM, www.nordiskemediatorer.info/etiskeRegler.asp

løsning i minnelighet kan også bidra til å unngå og bryte menneskelige eller profesjonelle relasjoner.

Arbeidsretten omfatter de regler som gjelder for arbeidsforhold. Karakteristisk for arbeidsretten er at de rent menneskelige forhold er tillagt stor vekt. Det blir således ikke bare rettsregler om det kontraktforholdet arbeidsavtalen utgjør. Et arbeidsforhold innebærer en arbeidstaker underordnet en arbeidsgiver, og således et ulikt styrkeforhold mellom partene. I arbeidsmiljøloven er det gitt flere ufravelige lovbestemmelser til vern om arbeidstakeren, og arbeidstakeren skal ikke kunne avtale seg bort fra disse bestemmelsene jf. aml. § 1-9. Det spesielle med mekling i saker etter arbeidsmiljøloven blir da at meklingen skjer på et område hvor maktforholdet mellom partene i utgangspunktet er gjennomregulert av ufravelige lovbestemmelser. Det er tale om preceptorisk lovgivning til gunst for arbeidstaker. Utfordringen med mekling i slike saker ligger i at man befinner seg innenfor et område som setter grenser for hva man kan avtale, samt at de rent menneskelige hensyn er tillagt stor vekt.

1.1 Problemstilling

Tema for denne avhandlingen er hvordan reglene om mekling slår ut når det mekles i saker etter arbeidsmiljøloven, og de særlige spørsmål som seg ved mekling i slike saker?

Denne problemstillingen studeres ved en gjennomgang av meklingsreglene, drøftelser om gjennomføringen av meklingen, og meklingsrollen. Emner som blir særlig behandlet er konsekvensen av at innholdet i meklingsavtalen er unndratt offentlighet. Arbeidsretten er preget av beskyttelseslovgivning til vern om arbeidstaker, og hvilken garanti har man for at disse bestemmelsene blir tilstrekkelig ivaretatt i meklingsprosessen? Videre stilles det spørsmål til meklerrollen. Stilles det krav til formell utdanning og opplæring for den som skal mekle, og kreves det særlig fagkunnskap innen fagfeltet arbeidsrett for å kunne opptre som mekler i slike saker? Det er ikke uvanlig at det benyttes sakkyndige i meklingsprosessen, men ikke ved mekling i arbeidsrettssaker. Det stilles spørsmål til om arbeidsrettssaker skiller seg i så stor grad fra øvrige saker, at bruk av sakkyndig ikke er hensiktsmessig? Det blir også stilt spørsmål til utfallet av meklingsprosessen.

1.2 Avgrensning

Innenfor den kollektive delen av arbeidsretten, er mekling et praktisk viktig felt i forbindelse med lønns og tariffoppgjør. Slike konflikter eskalerer ikke sjelden dithen at det tas i bruk streik og annen arbeidskamp for å få gjennomslag for de aktuelle krav. Bruk av arbeidskamp kan innebære store samfunnsutfordringer og det er viktig å sørge for at arbeidskamp ikke blir brukt før det er tilstrekkelig undersøkt hvorvidt det er mulig om partene frivillig kan komme til enighet. Lovgivningen har derfor etablert et offentlig meklingsinstitutt for slike

interessetvister, hvis Riksmeglingsmannen bistår partene med mekling. Arbeidstvistloven av 5.mai 1927 nr. 1, gir regler om arbeidskamp og mekling jf. §§ 29-35. Denne fremstillingen avgrenses mot behandling av spørsmål i den kollektive delen av arbeidsretten, og vil ikke gå nærmere inn på problemstillinger som reiser seg ved meklingen i slike saker.

2. Hensyn bak reglene om mekling

Det sier seg selv at løsning i minnelighet er den beste utgangen på en konfliktsituasjon. Det vil spare partene for tid og ressurser, samt at løsning i minnelighet kan bidra til å unngå og bryte profesjonelle bånd, eller menneskelige relasjoner. Mekling er et hurtigere løsningsalternativ enn andre metoder, og mekling kan settes i gang på et tidlig stadium av konflikten. På dette tidspunkt er partene ikke så fokusert på sin side av saken og det å vinne den. Det er heller ikke løpt dertil store kostnader, og oppnå enighet blir mekling således et billig alternativ til konfliktløsning. En domstolsprosess nærmer seg 10.000 kr kun i offentlige gebyr. I tillegg kommer advokatutgifter for begge parter. Mekling åpner for fleksible løsninger, og det sentrale er å finne løsninger partene kan enes om, fremfor å avgjøre hvem av partene som har rett.

I arbeidet med den nye tvisteloven ble det reist spørsmål om tvisteloven burde inneholde regler for utenrettslig mekling. Tvistelovsutvalget fremhevet ønsket og nødvendigheten av å skape et klima og en kultur for minnelige løsninger, og muligheten for å koble inne en nøytral tredjeperson for å forsøke å få løst tvisten gjennom utenomrettslig mekling. Tvistelovsutvalget pekte på at med regler om utenomrettslig mekling inntatt i tvisteloven, ville det markere at utenrettslig mekling ble gjort til et regulært ledd av saksbehandlingen. På bakgrunn av dette, er det derfor gitt regler om utenrettslig mekling jf. tvl. §§ 7-1,-7-4.

Som nevnt innledningsvis er det også gitt regler for mekling ved domstolen. Dersom saken bringes inn for retten til hovedforhandling og dom, er det fremdeles mulig å oppnå en minnelig løsning. Mekling kan settes inn på ethvert stadium av en konflikt, også når saken er under rettslig behandling. Mekling gir partene større spillerom for å finne løsninger enn i retten. Eksempelvis ved hovedforhandling er retten bundet av påstandene til partene. Dersom partene bestemmer seg for å mekle, har mekleren frihet til å skissere løsningsforslag som går utenfor det partene har sett for seg.

Retten skal på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for minnelig løsning, jf. tvl. § 8-1. Hvis ikke mekling fører frem kan retten beslutte at det i tillegg skal forsøkes rettsmekling, jf. § 8-3(1). For domstolen er det både effektivt og ressursbesparende med mekling. Dersom partene forlikes, blir saksbehandlingstiden kortet ned, og det blir større rom til å prioritere de saker som ikke er egnet for mekling.

Når en sak bringes inn for retten, og saken kommer opp til doms, er det dommeren som bestemmer utfallet av saken, ikke partene. Det er også juristene som avgjør hvilke forhold som er relevante for å fatte en avgjørelse, og det er saken som står i fokus. Mekling tar ikke bare for seg saken, men tar for seg hele prosessen og ikke minst relasjonen mellom partene. Mekling er frivillig, og det er partene som da hele tiden får beholde kontrollen over prosessen.

3. Historikk

Alternativ tvisteløsning og særlig mekling har blitt svært utbredt i Norge, og Norge er ledende i Norden hva angår alternativ tvisteløsning. Meklingsordningen kan inndeles i henholdsvis utenomrettslig mekling, ordinær domstolsmekling og rettsmekling.

Den nye tvisteloven legger større press på partene til å mekle enn tidligere. Tvisteloven innebærer flere endringer. Blant endringene, er retten gitt et større ansvar for aktiv saksstyring. Bestemmelsene om mekling og rettsmekling må sees i sammenheng med dette.

Ordinær domstolsmekling er en videreføring av bestemmelsen i tvistemålsloven. Rettsmekling er nytt ved gjennomføringen av tvisteloven. Rettsmekling ble innført som en prøveordning ved norske domstoler pr 01.01.97 hvis formål var å kartlegge om det var grunnlag og behov for rettsmekling som et ordinært ledd i sivilprosessen. Bakgrunnen for å etablere en prøveordning var på grunn av erfaringen med eksisterende former for alternativ tvisteløsning, ikke var tilstrekkelig for å dekke et mer nyansert behov for alternativ tvisteløsning i organisert form. Prøveordningen viste at forliksprosenten ved rettsmekling lå på ca 80%.

Meklingsordningen i det norske domstolssystemet bygger i hovedsak på en tilretteleggende meklingsmodell, med element av evaluerende mekling, og er svært løsningsorientert. Hovedsakelig er det dommere som bistår meklingen, men fra ikraftredelsen av tvisteloven, skal retten også ha tilknyttet seg et utvalg av eksterne meklere.

USA er et av foregangslandene for alternativ tvisteløsning, Alternative Dispute Resolution, og har dannet mønster for utviklingen i Norge. Alternativ tvisteløsning har i USA, vært benyttet i de siste par tiår, og er blant annet en konsekvens av at det er svært kostbart å bringe en sak inn for retten. Det finnes flere meklingsmodeller, og den aktuelle sak blir vurdert i forhold til hvilket meklingsmønster som vil være mest egnet for den.

I regi av Norges juristforbund, og Den Norske Advokatforening, er det gitt jurister og advokater utdanning hvor de får autorisasjon til å opptre som godkjent mekler. Ordningen med mekling ved advokat kom i stand på slutten av 1900-tallet. Det gis ingen formell utdanning i mekling i Norge, men ved Det juridiske fakultet ved Københavns Universitet, gis det en ren utdanning i mekling og konflikthåndtering.

4. Hva er mekling?

Mekling er som nevnt innledningsvis en del av området for alternativ tvisteløsning. Det finnes flere slike tvisteløsningsmodeller, hvor hovedskillet går mellom de former hvor løsningen er et resultat av partenes enighet, og de former hvor løsningen foreligger etter bistand fra en uavhengig tredjepart. Mekling er den mest utbredte tvisteløsningsmodellen.

Mekling er en frivillig og fortrolig tvisteløsningsmodell. Som nevnt ovenfor er mekling forhandlinger som administreres av en nøytral tredjeperson. Mekleren skal hjelpe partene å komme til enighet gjennom forhandlinger. Den som mekler er ansvarlig for forhandlingsprosessen, men i motsetning til ved domstolsløsninger, er det partene som er ansvarlige for resultatet. Med partsautomomi følger den konsekvens at det er partene som styrer konflikten. Det er ikke mekleren som skal ta over og styre den, men bidra til å overlate saken til partene, iform av et problem som partene må finne en felles løsning på. En mekler skal være nøytral, mekleren skal ikke fatte en avgjørelse av saken, og han eller hun skal heller ikke gi juridisk rådgivning. Løsningen partene kommer frem til beror på enighet dem imellom, og er ikke en avgjørelse av hvem av partene som vinner frem med kravet sitt. Mekling kan også oppleves mindre belastende for partene, enn rettssak med hovedforhandling og dom. Partene blir som nevnt mer direkte involvert, dialogen med mekler går via dem, mens advokatene observerer. Partene kan dermed oppleve følelsen av å bli hørt, og få gehør for sitt problem. Dermed ligger det til rette for enighet, eller midlertidige løsninger.

Fokuset med mekling er å bevisstgjøre partene fordelene med å oppnå en minnelig løsning, fremfor en tids og kostnadskrevende konflikt. Dersom tvisten trekker ut, blir også avstanden mellom partene større, og veien til løsning blir vanskeligere.

Dersom meklingen fører frem, inngår partene en avtale. Innholdet i avtalen blir opp til partene å definere, i stedet for å godta noe pålagt av en tredje part. Ved rettsmekling for domstolene inngås rettsforlik.

Mekling skiller seg ut fra juristens tradisjonelle måte å løse en tvist på, da det ved mekling er mindre fokus på hva som rent juridisk gir den beste løsningen, og videre hvordan løsningsprosessen skal foregå. Mekling åpner i større grad for fleksible løsninger partene kan enes om. Det stilles derfor andre krav til mekleren, enn de krav som følger av domstolsprosessen.

Et av kjennetegnene ved mekling, er at prosessen er strengt konfidensiell. Konfidensialitet er av sentral betydning for prosessen, og en nødvendig forutsetning for tilliten. Partene skal kunne stole på at det som kommer frem ikke blir tatt videre. Mekleren skal informere partene at kommunikasjonen dem imellom, og diskusjonen som oppstår underveis, er privat. Den informasjonen som kommer frem, skal ikke kunne fremlegges som bevis i tilfelle at saken ikke får en løsning gjennom mekling, men går videre til domstolen. En forutsetning for mekling er at partene er klare og innstilte på å mekle. Dersom en av partene har betenkeligheter, kan ikke mekling finne sted.

Dersom mekling ikke fører frem, har partene sine juridiske rettigheter og rettsmidler i behold, og de har følgelig adgang til å håndheve sine rettigheter gjennom domstolsapparatet.

4.1 Meklingsmodeller

Det finnes flere former for mekling, men det er vanlig å skille mellom tre hovedretninger; I USA, som er ett av foregangslandene hva angår mekling, skiller man mellom tilretteleggende, evaluerende og transformativ mekling. En *tilretteleggende* meklings form, fokuserer på meklerens rolle i å bistå partene i forhandlingene, hvor de selv kommer frem til et forlik. Den modell som det mekles etter i det Norske domstolsystemet er ”Harvard-modellen”, som er veldig resultatrettet og sterkt *evaluerende*. Videre er det også en transformerende meklingmodell. De to sistnevnte vil bli grundigere behandlet.

4.1.1 Særlig om evaluerende mekling

Modellen legger opp til at mekleren skal styre meklingsprosessen aktivt gjennom å følge grunnprinsipp for mekling å stille spørsmål. Gjennom aktivt å stille spørsmål, i stedet for å gi uttrykk for egne vurderinger, tvinger han eller hun partene til å reflektere over saken, og videre til å vurdere sin fremtid i forhold til de ulike løsningsforslagene i saken. Slik blir partene også nødvendigvis klar over sakens svake sider, og de vil hele tiden aktivt måtte vurdere sine interesser og behov ovenfor motpartens.

Dette meklingsalternativet benyttes oftest, og er praktisk, eksempelvis hvor partene har vært bistått av advokater. Det blir da kunstig å fokusere kun på kommunikasjon mellom partene.- ”*All jus er jo ikke tvilsom, og dersom partene ikke kommer til enighet, vil saken bli avgjort ved dom eller voldgift*”.⁴Evaluerende mekling har en rådgivende rolle hvis mekleren aktivt vurderer styrke og svakheter på hver side av saken. Dette er annerledes fra facilitativ og transformerende mekling. Videre har evaluerende mekling fokus på situasjonen, forlik som mål. Med et sterkt fokus på sak og løsning, blir det mindre fokus på forholdet mellom partene. Forbedring av forholdet mellom partene blir et positivt resultat av meklingen, men det er ikke det som er målet. ”Den avtalefokuserede megler vil sjelden trekke inn partenes følelser ettersom man tilstreber effektivitet, noe som også gjør at megleren ofte har en tendens til å bli styrende og etter hvert også evaluerende. Dette gjør at den avtalefokuserede meklingsmodellen vil kunne oppfattes som relativt teknisk i sin utforming og struktur”.⁵

⁴ Anne-Blanca Dahl, ”Rettsmekling/mekling i og utenfor domstolene og advokaten som mekler” Tidsskrift for forretningsjuss nr 4 2000

⁵ www.konfliktmejlere.no/mmcr/megling/den-avtalefokuserede-meglingsmodellen/

4.1.2 Særlig om transformativ mekling

Den transformativ meglingsmodellen ble utviklet av Robert B. Bush og Joseph Folger. Modellen angir hvilke verdier som bør være utgangspunktet for mekling. Formålet med mekling bør være å gi partene ”empowerment” og ”recognition”. Empowerment kjennetegnes ved at partene opplever økt selvtillit, og evnen til å takle vanskeligheter. Recognition kjennetegnes og ved at parten opplever økt forståelse for den annen parts oppfatning og menneskelige kvaliteter. Transformerende mekling ser på konflikten som en krise i kommunikasjon, og forsøker å bidra til å løse konflikten, og har fokus på at partene skal føle seg bemyndighet til å håndtere konflikten selv, og at forholdet mellom dem har bedret seg. Avtalen som oppstår fra denne typen mekling, oppstår som et naturlig resultat av løsning av konflikten.

4. 2 Flere typer saker –en måte å mekle på

Faktum er at sakene varierer i innhold og i egnet løsningsmåte. Som nevnt under pkt. 4.1 er det i USA flere meklingsmodeller, og sakene som det mekles i blir tilpasset et alternativ for de særlige behov som den aktuelle sak reiser.

Reglene i den nye tvisteloven inneholder bestemmelser om mekling, og rettsmekling, men det er ikke gjort skille mellom de ulike sakene. Sakene kan imidlertid variere, og dermed kreve ulik behandling. Det kan stilles spørsmål om meklingstilbudet er for snevert. Men fra 1/1-08 er lovforutsetningen at det ved domstolen skal være tilsluttet en krets av eksterne meglere jf. tvl. § 8-4(1). En forutsetning for at dette lykkes og utgjør et bredt tilbud av meklere, er at det følges opp i praksis, men dette er ikke gjennomført fullt ut, ved domstolene. Spørsmålet blir om den evaluerende meklingsmodellen er egnet i arbeidskonflikter?

4.3 Meklingsmodell egnet i arbeidsrettslige spørsmål

En arbeidskonflikt vil gjerne innebære medmenneskelige og personlige forhold. Eksempelvis konfliktsituasjoner som angår usaklig oppsigelse, diskriminering og mobbing. I slike saker er det gjerne sterke følelser med i bildet, og det vil være viktig å ta hensyn til forholdet mellom partene. En kan vanskelig få partene til å kommunisere og komme til en løsning uten å anerkjenne hverandres oppfatning av situasjonen, Til illustrasjon kan nevnes konflikten mellom tidligere LO leder Gerd-Liv Valla og Ingunn Yssen. Yssen gikk ut i media og sa at hun følte seg mobbet av Valla. Da Valla ble konfrontert med dette svarte hun at Yssens påstander ikke var tilfellet, og avviste således Yssen sin oppfatning av situasjonen. Utgangen av konflikten er kjent; Yssen valgte å si opp jobben sin, og Valla måtte senere gå av som LO leder. Av meklingsmodellene nevnt ovenfor vil det transformerende meklings alternativet

ivareta dette best hvertfall i de rasjonelt pregede arbeidsrettslige spørsmål. Det er således en svakhet at den modellen som det mekles i ved norske domstoler er evaluerende.

Hva angår mer rutinemessige arbeidsrettsspørsmål om lønn og arbeidsforhold, vil ikke følelser, og forholdet mellom partene ha så stor betydning og en evaluerende meklingsmodell synes praktisk.

5. Arbeidsrettens særpreg

Arbeidsretten er preget av det underordningsforhold som følger av arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidstakeren blir arbeidsgiveren underlegen, og får tradisjonelt en svakere forhandlingsposisjon ovenfor motparten. På bakgrunn av dette er arbeidsretten preget av ufravikelig lovgivning. Den enkelte arbeidstaker skal ikke kunne fraskrive seg rettigheter som lovgivningen fastsetter. Lovgivningen er preseptorisk jf. aml §1-9. Lovgivningen gir blant annet arbeidstakeren vern mot usaklig oppsigelse jf. aml. §15-7, og gir arbeidstakeren rett til å si fra om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen jf. aml. §2-5. Hensynet til de ansattes helse og sikkerhet tilsier at reglene om arbeidsmiljøet må være ufravikelige jf. aml. kapittel 4.

Det skal nevnes at ulikheter i styrkeforholdet ikke alltid er situasjonen i arbeidskonflikter. Arbeidstakeren har rett til å organisere seg, og når det er organisasjonen som forhandler, er det ikke et like stort behov for ufravelige lovbestemmelser. Reglene er nyansert dithen at dersom arbeidstakeren er organisert, og det er organisasjonen som forhandler, kan preseptoriske lovbestemmelser fravikes gjennom tariffavtale.

Arbeidsretten dreier seg ikke bare om rettsregler for kontraktsforholdet arbeidsavtalen etablerer mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsretten dreier seg også om den enkeltes rent personlig stilling, mens de er i arbeid. Arbeidsretten er preget av at de rent menneskelige forhold tillegges stor vekt. Dette følger jo naturlig av arbeidsavtalen som forplikter den enkelte til personlig å utføre arbeid for dennes overordnede. En avgjørende faktor i forhold til livskvalitet og velferd, avhenger av forholdene på arbeidsplassen. Arbeidssituasjonen spiller en sentral del av livssituasjonen for den enkelte, og det er klart nødvendig med et godt og tillitsfult samarbeid mellom bedriften og arbeidstakeren. Dette er kommet til uttrykk i aml. §4-3 som stiller krav til det psykososiale arbeidsmiljøet.

De menneskelige forhold tillegges også vekt ved avgjørelsen om det er grunnlag for å heve en arbeidsavtale på grunn av vesentlig mislighold, eller oppsigelse.

Det særegne med arbeidsretten blir sammenholdt med det som er sagt i avsnittet ovenfor, at lovgivningen ikke kunne vil kunne være annet enn en rettslig regulering av avtaleforholdet arbeidsavtalen utgjør. Hvordan arbeidsforholdet praktisk vil fungere, avhenger av forhold lovgivningen i liten grad kan bestemme over. Et godt samarbeid lar seg ikke realisere av lovbestemmelser. Samarbeid er viktig for et godt arbeidsmiljø,⁶ og hvordan samarbeidet vil

⁶ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s 97-99

fungere i praksis, avhenger av de enkelte involverte personer. Loven kan oppfordre til samarbeid, iform av reaksjoner ovenfor manglende samarbeid, men loven kan ikke erstatte de positive holdningene et samarbeid avhenger av.⁷

6. Arbeidsrettssaker er velegnet for mekling

En løsning i minnelighet er ofte både i arbeidsgiver og arbeidstakers interesse. Arbeidstvister gir ikke opplagte løsninger. Erfaring viser at konflikter kommer fra ulikheter som ikke kan forenes. En kjent utvei hva angår konfliktløsning i arbeidsforhold, er at arbeidstakeren for å bli kvitt konflikten sier opp jobben. Dette er også den enkleste måten for arbeidsgiver å løse konflikt med problematisk arbeidstaker, ved å si opp arbeidstakeren. I konflikten mellom tidligere LO leder Gerd-Liv Valla og Ingunn Yssen, valgte sistnevnte å si opp jobben sin. Mekling er en mekanisme til å oppnå enighet mellom partene, og handler om å anerkjenne ulike oppfatninger av samme sak.

Arbeidstakere er gjerne organiserte i ulike arbeidstaker organisasjoner hvis formål er å ivareta arbeidstakerenes interesser. Særlig innenfor det offentlige er graden av organiserte arbeidstakere sterk, og organisasjonene har sterk innflytelse. I privat sektor er det mindre grad av organisering, og mekling vil derfor være særlig aktuelt.

Mekling i arbeidskonflikter er ikke bare et verktøy for tvisteløsning. Mekling kan også tjene som en mekanisme til å utvide kommunikasjon og samhandling mellom partene. Partene har gjerne ulik oppfatning om en sak. Det at deres meninger kommer frem i en meklings situasjon, kan videre bidra positivt da en belyser både saken og partens interesser grundig fra ulike perspektiver. Hvis meklingen fører frem kan man også unngå at personlige eller forretningsmessige relasjoner brytes.

6.1 Arbeidsrettssaker kan reise vanskelige bevissspørsmål

Som nevnt innledningsvis er det i arbeidsrettsaker ofte vanskelig å bevise hva som er de faktiske forhold. Typiske situasjoner vil være saker som angår diskriminering og mobbing hvor arbeidstakeren opplever baksnakking, sarkasmer og å bli ekskludert på arbeidsplassen. Dette er svært ødeleggende for den det gjelder, men lar seg vanskelig bevise i retten. Hvordan skal man bevise at sjefen ikke hilser, eller at man opplever å bli isolert? En annen sak er at forskjellige personer har ulik tålegrense, mens retten vil anvende en objektiv grense for når grensen for det uakseptable er overtrådt. I mobbesaker blir situasjonen gjerne ”ord mot ord”.

⁷ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s 101

Dette gjenspeiles i rettspraksis, da det er få dommer om dette. En av de sakene hvor det endte med dom er "Falken Redningskorps" jf. Rt 1997 s. 786. I denne saken forelå det håndgripelige bevis som underbygget partens påstand. Med mekling kan det oppnås enighet, i stedet for at partene strides i retten, og forholdene forblir uforandret. Forskning viser at det ikke er konflikten som utgjør problemet i slike saker. Det avgjørende vil være hvordan konflikten blir håndtert.⁸ Det sentrale ved mekling er å få partene til enighet på tross av ulik oppfatning. Mekling handler som nevnt ovenfor, om å finne løsninger som tar utgangspunkt i partenes interesser og behov. Det er ikke et spørsmål om å definere rett eller galt. Rettssak blir gjerne en kamp om rett eller galt, og tvinger frem en taper. I rettssalen går også diskusjonen i favør av den parten med de tyngste juridiske argumentene. Mekling gir rom for at begge parter kan ha rett. Med mekling kan det oppnås kreative avtaler, hvor ingen taper.

6.2 Arbeidsrettsaker er ressurskrevende

Langvarige konflikter er ressurskrevende både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Går saken til retten, kan det ta lang tid før det foreligger en avgjørelse, og dersom saken ankes, kan det blir svært kostbart. Videre kan de også være helseskadelige, da arbeidsmiljøet kan bli skadelidende i en konfliktsituasjon. Også andre som har tilknytning til arbeidsplassen, men ikke er direkte involvert i saken, kan måtte lide under en langvarig konflikt. Arbeidsrettssaker kan igjen være skadelig for bedriftens omdømme. Som nevnt under pkt. 4, er meklingen konfidensiell. Konfidensialiteten er en oppfordring for partene til å kommunisere med hverandre for å oppnå forlik. Fra arbeidsgivers syn, kan bedriften unngå negativ publisitet blant konkurrenter, og bedriften unngår å bli skadelidende. Arbeidstaker vil kunne unngå negativ publisitet blant bekjente, venner og kollegaer, og hans eller hennes personlige rykte blir ivaretatt. Som nevnt ovenfor, er arbeidssituasjonen en sentral del av livssituasjonen for den enkelte. En konflikt vil også inkludere føleleser på det personlige plan for partene.

6.3 Ulikt styrkeforhold i arbeidsrettssaker

Ikke sjelden er det i arbeidsrettssaker et ulikt styrkeforhold mellom partene. Arbeidstakeren blir arbeidsgiveren underlegen. Dersom partene lar seg bistå av advokater, kan det også bli ulikt styrkeforhold. Det er ikke uvanlig at ved større arbeidsplasser, at virksomheten har gjort avtaler om juridiske tjenester. En arbeidstaker i en konfliktsituasjon med arbeidsgiver, kan da fort bli overkjørt. Ulikheter i styrkeforholdet skal ikke ha betydning i en meklingssituasjon. Det er som tidligere nevnt partene som styrer meklingen. Dersom de har valgt å la seg bistå av advokater, skal advokatene kun observere. En annen sak er at dersom en part har advokatbistand, mens motparten stiller uten advokat, er det ikke rettferdig å mekle.

⁸ Solfrid Mykland, "Vallas rot med virkeligheten" kronikk i Bergens Tidene, publisert 22.01.07

7. Meklingsordninger

Mekling i arbeidsrettssaker kan skje etter henholdsvis utenomrettslig mekling, ordinær domstolsmekling og rettsmekling. Spørsmålet blir hvordan meklingsprosessen foregår? Er prosessen regelstyrt, og er det en bevissthet eller felles oppfatning om hvordan det mekles?

7.1 Utenomrettslig mekling

Meklingsprosessen inneholder ingen obligatoriske element, men det er gitt retningslinjer for prosessen. Advokatforeningen har forfattet retningslinjer for meklingen, og organisasjonen Nordiske konfliktmeklere, har også formulert retningslinjer som deres medlemmer praktiserer etter.⁹

Innledningsvis, skal partene få gi uttrykk for sin oppfatning av saken. Prosessen er som nevnt fortrolig. Mekleren skal bistå partene med å identifisere problemet, og mekleren skal forsøke å avklare partenes interesser og behov. Partene kan også samtale med mekleren hver for seg. Videre skal mekleren skissere muligheter for løsning, og diskutere virkningen av mulige løsninger med partene. Dersom partene blir enige om en løsning, skal mekleren bistå partene med utformingen av avtalen. Det er viktig at meklingen skjer nøytralt, og uten noen form for utilbørlig press. Styrkeforholdet mellom partene i en arbeidskonflikt kan som nevnt ovenfor variere. Ulikt styrkeforhold mellom partene skal ikke ha betydning i forhold til den løsningen partene eventuelt kommer frem til.

Reglene om advokatmekling kan suppleres av tvistelovens regler om utenrettslig mekling. Tvisteloven har som nevnt innledningsvis regler om utenomrettslig mekling. Gjennomføringen av mekling etter dette regelsettet, er sammenfallende med det som er sagt ovenfor. Mekleren skal avtale fremgangsmåten i samråd med partene, partene kan møte

⁹ Regler for mekling ved advokat, www.jus.no/asset/34251/1/34251_1.pdf, Etske retningslinier for medlemmer af NM, www.nordiskemediatorer.info/etskeRegler.asp

mekler hver for seg, og mekleren kan påpeke styrke og svakehet i partenes sak, samt å sette frem forslag til løsning jf. tvl. § 7-3. Etter § 7-2(2), kan partene når som helst kreve meklingen avsluttet. Bestemmelsen understreker at meklingen skal være frivillig. Sistnevnte er nødvendigvis en forutsetning for at meklingen skal kunne lykkes. Avtale om utenrettslig mekling etter reglene i tvisteloven skal være skriftlig jf. §7-1. Forarbeidene understreker at det er grunn til å sørge for klarhet og notoritet, det har konsekvenser blant annet i forhold til reglene om taushetsplikt, at det er tvistelovens regler som utgjør rammen for meklingen.

7.2 Ordinær domstolsmekling

Når en sak er kommet inn for retten, ”skal retten på ethvert trinn av saken vurdere muligheten for å få rettstvisten helt eller delvis løst i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling, om ikke sakens karakter eller forholdene forøvrig taler imot en slik løsning.” jf. tvl. § 8-1 (1). Meklingen foregår i rettsmøte, hvor retten forsøker å legge grunnlag for minnelig ordning. Det kan ikke holdes separate møter med partene, og mekler har begrenset handlefrihet i forhold til å gi råd og forslag til løsninger, av hensyn til habiliteten jf. tvl. § 8-2(1). Det er viktig at meklingen ikke foregår slik at dommeren får opplysninger av betydning som det er forutsatt at ikke skal gå videre til motparten. Skulle dommeren likevel få slike opplysninger, må de gis videre til den annen part uavhengig av forutsetningene for den som ga opplysningene.¹⁰ Bestemmelsen sier ikke noe om meklingen skal foregå for åpne eller lukkede dører, og det må være reglene i domstolloven som skal gjelde.

Mekling ved pådømmende dommer er en kodifisering av reglene i tvistemålsloven, og er ulikt rettsmekling.

7.2.1 Grensen mellom domstolsmekling og rettsmekling

Det vil gjerne være en flytende grense mellom mekling og rettsmekling, men det er viktig å skille de to alternativene. Rettsmekling skiller seg fra ordinær domstolsmekling ved at prosessen er mer grundig, og følger reglene i tvistelovens kapittel 8. Mekling og rettsmekling skiller seg fra hverandre, i forholdt til at meklingen gjennomføres med en tredjepart som skal avgjøre saken dersom mekling ikke fører frem, mens mekling bistås av en som ikke skal avgjøre saken. Dersom sistnevnte er tilfellet, kan han eller hun delta mer aktivt i meklingen enn dersom må ivareta habilitetshensyn. Regler om taushetsplikt kommer til anvendelse ved rettsmekling. Forskjelling fra ordinær mekling, foregår rettsmekling utenfor rettsmøte, og retten har anledning til å holde møter med partene hver for seg jf tvl §8-5(1).

¹⁰ NOU 2001:31 Rett på sak s 721

7.3 Rettsmekling

Dersom mekling ikke fører frem, kan ”retten beslutte at det i stedet for eller i tillegg til mekling etter §8-2, skal foretas *rettsmekling* etter §§ 8-4 til 8-6”, jf § 8-3 (1). I bestemmelsens andre ledd er det fremhevet at partenes holdning til rettsmekling skal vektlegges ved avgjørelsen om rettsmekling skal skje. Dersom partene eller en av partene er negative til dette, skal det gode grunner til å bestemme det motsatte. Incentiv for mekling er nødvendigvis frivillighet og ønsket om å oppnå en minnelig løsning.

Ved rettsmekling blir ikke møtene offentlige. Til forskjell fra mekling skal møtene foregå for lukkede dører. Det er fleksible regler for gjennomføringen av rettsmekling, og prosessen er i stor grad sammenfallende med de retningslinjer som gjelder for utenomrettslig mekling. Rettsmeklingen starter som regel med at partene blir innkalt til et møte som skiller seg fra de mer formelle rettsmøtene. Prosessen er partsstyrt, og rettsmekleren skal i stor grad rådføre seg med partene om hvordan meklingsprosessen skal foregå. I forarbeidene understrekes det at ”det er av særlig stor betydning at rettsmekleren føre meklingen tar til, forklarer fremgangsmåten, blant annet betydningen ved og formålet med å holde separate møter med hver part. Det må da gjøres klart at partene kan komme med opplysninger til rettsmekleren som denne ikke kan bringe videre uten partenes samtykke. Under rettsmeklingen må det skapes klarhet i hvilke opplysninger som kan gis til den annen part”.¹¹ Partene i en konfliktsituasjon har erfaringsvis ulik oppfatning av hva som er det faktiske forhold. Muligheten til å gi uttrykk for sin versjon i møte med rettsmekler, uten den andre parten til stede kan bidra til at det kommer frem mer informasjon om saksforholdet.

Under rettsmekling har mekleren adgang til å bidra aktivt i prosessen med å finne en løsning. Rettsmekleren skal som ved utenomrettslig mekling, bevisstgjøre og forsøke klarlegge partenes interesser i konflikten, og kartlegge mulige løsninger. Rettsmekleren kan peke på forslag til løsning å drøfte styrke og svakhet i partenes rettslige og faktiske argumentasjon jf tvl §8-5(3). Rettsmekleren kan også bestemme om, og i hvilken grad det skal bevisføring skal skje, forutsatt at partene, eller den som skal gi bevis eller forklaring, samtykker jf § 8-5(4). Behov for bevisføring varierer etter sakstype og omfang. Hvis det er behov for omfattende bevisføring, forsvinner noen av incentivene for rettsmekling hvis gjennomføring skal skje uformelt og over et begrenset tidsrom. Omfattende bevisføring vil også kunne bli kostnadskrevende, og det er igjen begrunnelsen for at det krevs samtykke for bevisføring av partene.

I visse typer saker er det behov for at rettsmekleren har med en hjelper. Eksempelvis i saker som krever særlig fagkyndighet. Bruk av sakkyndig i arbeidsrettssaker blir særlig drøftet nedenfor. Det gjelder tilsvarende for habilitetskrav for hjelpere som for det som er sagt ovenfor om dommere og rettsmeklere.

¹¹ NOU 2001:32 Rett på sak s 723

7.3.1 Bevisforbud og taushetsplikt

Dersom det ikke lykkes å oppnå løsning gjennom rettsmekling, er informasjonen som kom frem under rettsmeklingen konfidensiell. Partene kan verken i samme eller annen sak gi parts eller vitneforklaring om det som kommer frem under rettsmeklingen, jf tvl §8-6(1). Men etter bestemmelsen har partene likevel adgang til å gi opplysninger om bevis som det ble opplyst om og som ikke er kommet frem på annen måte. Taushetsplikten er viktig, og er en forutsetning for åpenhet under rettsmeklingen. Partene skal ikke måtte være engstelig for at det som er kommet frem under rettsmeklingen skal bli brukt mot dem dersom det ikke oppnås forlik, og saken går videre til hovedforhandling og dom.

7.4 Arbeidsmiljøloven §17-3

Bestemmelsen gir arbeidstakeren rett til å kreve forhandlinger med arbeidsgiver hvor arbeidstakeren vil gjøre gjeldende at arbeidsforholdet ikke er lovlig brakt til opphør. Etter §17-3 (5), har arbeidstakeren rett til å la seg bistå i forhandlingene. Som nevnt ovenfor er det ikke en nøytral tredje person som bistår i forhandlingene, men partene kan velge å la seg bistå av en medhjelper. Dette trenger ikke nødvendigvis være en advokat. For arbeidstakere som er organiserte vil det være naturlig å benytte seg av det forhandlingsapparatet som følger av organisasjonsapparatet.

Etter aml §17-3(2) gjelder det at arbeidstaker som vil kreve forhandlinger må skriftlig underrette arbeidsgiver om dette innen to uker. Det er gitt en kort tidsfrist. Følgen av at dette er at partene kommer i gang med mekling på et tidlig stadium av konflikten, hvor de enda ikke har fått tilstrekkelig tid til å distansere seg fra hverandre, og ha fokus på den eneste måten å løse konflikten er ved å vinne over den andre. Retten til å kreve forhandlinger er gjensidig, og dersom arbeidstaker reiser søksmål eller underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist, uten at forhandlinger har vært holdt, kan arbeidsgiver kreve forhandlinger med arbeidstaker, jf §17-3(4). Arbeidstaker plikter å møte til forhandlingene. Det er satt en tidsfrist for forhandlingene på to uker, med mindre partene blir enige om å fortsette. Reglene fremhever de generelle hensyn som gjør seg gjeldene for mekling, nemlig at det skal være et enklere, hurtigere og rimeligere alternativ til tvisteløsning.

Ved tvil om at arbeidsforholdet lovlig er brakt til opphør, etter reglene i §15-7, har arbeidstakeren rett til å fortsette i stillingen, så lenge forhandlinger pågår etter §17-3, jf aml. §15-11. Det er gitt et preseptorisk vern av den ansatte på dette rettsområdet jfr aml. §1-9. Preseptorisk lovgivning kan det ikke avtales bort ifra på forhånd, og i forhandlingene må det tas hensyn til disse bestemmelsene. Dersom det ikke blir tatt hensyn til de kan preseptorisk lovgivning kunne brukes som et forhandlingskort i forhold til dersom saken går til hovedforhandling og dom. Eksempelvis vil man kunne få retten med på at en oppsigelse og eventuell begrunnelse er i strid med ufravikelige bestemmelser i arbeidsmiljøloven.

7.5 Arbeidsrettssaker i Forlikrådet

Sivile saker starter som hovedregel i forlikrådet. Forlikrådet er en meklingsinstans som har til formål å prøve å oppnå enighet mellom partene, før saken går til hovedforhandling og dom. Det har lenge vært tradisjon for mekling i forlikrådene jf. tvml. 272, og forlikrådet har kompetanse til å mekle i de aller fleste sivile saker jf. tvl §6-2 a). Reglene for forliksmekling står i tvistelovens kapittel 6, og formålet er at ”partene skal få løst saken enkelt, hurtig og billig” jf. §6-1 (1). I andre ledd presiseres det at i forlikrådet skal det mekles, rettsmekling er et grundigere og mer ressurskrevende alternativ, og ville brutt med den enkelhet og raskhet som er forutsatt i forlikrådet.¹² Hva angår arbeidsrettslige tvister, skal spørsmål om usaklig oppsigelse og avskjed i arbeidsforhold, ikke bringes inn for forlikrådet til mekling. Slike saker er det ikke praktisk å behandle. I stedet er det gitt regler i aml. §17-3 om forhandlinger mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. De særlige hensyn som gjør seg gjeldene i tvister om arbeidsforhold, har gjort det nødvendig med særlige regler i arbeidsmiljøloven for behandlingen av søksmål om et arbeidsforhold består eller om erstatning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold. Derav blir mekling i forlikråd overflødig.

I saker hvor spørsmålet begrenser seg til de rene pengekravssakene som lønnskrav og feriekraft, benyttes derimot forlikrådsbehandling.

7.6 Diskusjon, gjennomføringen av meklingen

Utenomrettslig mekling skjer etter bestemte retningslinjer og grunnprinsipper, mens gjennomføring av mekling ved domstolen og rettsmekling er nedfelt i lov. Det er likevel de samme momentene som går igjen uavhengig, meklingsalternativ. Et poeng er at reglene vil uansett bare vil regulere det formelle. Et nødvendig samarbeid, og positivitet for meklingen, kan aldri reguleres av lov. Det materielle innholdet, det vil si hvor fruktbart resultatet av meklingen vil være, beror utelukkende på partenes holdninger.

Etter det som er sagt ovenfor, er mekling et hurtigere alternativ til tvisteløsning, enn hovedforhandling og dom. Mekling kan settes inn på et tidlig stadium av konflikten, hvor partene ikke enda har distansert seg ovenfor hverandre. Samtidig kan det være et poeng at i visse tilfeller er det nødvendig at det går med tid før en bestemmer seg for den videre gangen i saken. På et tidlig stadium av konflikten, eksempelvis hvor skaden eller tap er nylig oppstått, kan partene ikke ha fått oversikten over skadeomfanget. Eksempelvis hvor en arbeidstaker krever erstatning ovenfor arbeidsgiver. En annen sak, er at på et tidlig stadium eksempelvis i en sak om usaklig oppsigelse eller mobbing, kan konflikten ha gått så sterkt inn på partene, slik at denne ikke er klare til å møtes til forhandlinger.

¹² NOU 2001:32 Rett på sak s 720

7.6.1 Ulikt styrkeforhold mellom partene

Den største utfordringen ligger nok i de saker hvor det er ulikt styrkeforhold mellom partene. Typisk vil det gjerne være situasjonen i arbeidsrettsaker. Arbeidstakeren blir fort underlegen arbeidsgiver i en konfliktsituasjon. Eksempelvis vil den part som er motparten underlegen, kunne komme til å gi etter og videre gå med på minnelig ordning. Løsningen er da et resultat av press, og et av de viktigste hensyn bak mekling forsvinner; Meklingen skal være inngått frivillig etter ønske fra partene. Utfordringen med å mekle i saker hvor det er ulikt styrkeforhold mellom partene er også drøftet av tvistemålsutvalget i forhold til rettsmekling; ”Ulikt styrkeforhold mellom partene, for eksempel ved at den ene har prosessfullmektig, mens den andre er selvprosederende, vil kunne tale mot at rettsmekling foretas. Noe absolutt forbud mot rettsmekling i denne situasjonen bør det imidlertid ikke være. Dersom det rettsmekles hvor det er klare forskjeller i styrkeforholdet mellom partene, har rettsmekler et klart ansvar for å påse at den svake parte ikke utnyttes eller overkjøres”.¹³ Ansvaret ligger etter dette på den som forestår rettsmeklingen. Men muligheten for å kontrollere om dette blir ivaretatt tilstrekkelig, lar seg ikke gjøre så lenge meklingsprosessen er konfidensiell.

7.6.2 Svekker meklingen rettssikkerheten?

Utfallet av mekling er ikke gitt, og man kan ikke som ved rettsaker se hen til tidligere rettspraksis og ha en muligheten til å forutse sin egen rettsstilling. Dommer er offentlige, og en forutsetning for rettssikkerheten. Det gir mulighet for innsyn og kontroll, og stiller følgelig krav til domstolen om å etterleve regelverket. Meklingsprosessen og avtalen, dersom enighet oppnås, er som nevnt konfidensiell. Prosessen er riktignok partsstyrt, men det kan stilles spørsmål til om partenes rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt. Det er ikke gitt at den som bestemmer seg for å gå med på mekling, er kjent med hvilke rettigheter han eller hun har, og er i stand til å se når disse rettighetene er tilsidesatt. Ovenfor arbeidstakeren er det gitt omfattende beskyttelseslovgivning, men hvordan kan man garantere at de ufravelige lovbestemmelsene ikke er overtrådt når det dreier seg om en konfidensiell prosess?

Mekling vil egentlig være en hybrid brukt innenfor den offentligrettslige arena, som domstolene og rettsmeklingen tilhører. Slik sett blir meklingen et dilemma i forhold til offentlighetsprinsippet i rettergang. I det rettslige paradigmet har domstolen også et kontrollansvar i saker uten full rådighet, slik jo arbeidsrettsaker er. Dette aspektet forsvinner også ved rettsmekling. I utenrettslig mekling møter man ikke dette dilemma.

Når det er sagt er fortrolighet en av grunntankene for kvalitetsmekling. Uten fortrolighet blir meklingen en helt annen, og prosessen som sådan blir helt forandret. Åpenheten og tilliten som er en forutsetning for kommunikasjon mellom parten forsvinner.

¹³ NOU 2001:32 Rett på sak s 721

Meklingen er i alle henseende frivillig, og dersom partene skulle føle seg ukomfortabel med meklingen står de fritt til når som helst å avbryte meklingen, dersom det skulle ta en retning parten ikke er tilfreds med.

7.6.3 Særlig om retten til varsling

Det kan ha flere konsekvenser av at innholdet i meklingsavtaler ikke er offentlige. Etter arbeidsmiljøloven har en arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, jf. § 2-4. Dette kan være brudd på regler om miljø og sikkerhet ved arbeidsplassen, eller det kan være ulovligheter som foregår i virksomheten. Sistnevnte er forhold som også allmenheten kan ha interesse av å kjenne til. Det sier seg selv at en medarbeider som varsler om slike forhold ved arbeidsplassen, har en risiko for å havne i en konfliktsituasjon med arbeidsgiver. Arbeidstakeren stiller bedriften i et dårlig lys, og det er en nærliggende løsning å kvitte seg med arbeidstakeren. Det er flere eksempler på at varslingssaker med et slikt utfall, har fått oppmerksomhet i media.

Siemens ble i 2005 etterforsket av Økokrim for å ha overfakturert Forsvaret for et titalls millioner kroner. Siemens ble senere bøtelagt for forsettelig bedrageri i forbindelse med overfaktureringen. Saken ble kjent som følge av at en medarbeider i Siemens, Per Yngve Monsen, varslet om forholdene. I ettertid ble han oppsagt, men fikk medhold i retten at det var en usaklig oppsigelse.

Et liknende eksempel, gjelder en sak fra advokatfirmaet BA-HR, hvor en ansatt varslet om ulovligheter i eget firma. Kari Breirem, tidligere direktør i advokatfirmaet BA-HR, fratrukk sin stilling etter å ha kommet med avsløringer om kritikkverdige bindinger mellom advokatfirmaet, tidligere statsråd Tore Tønne og Kjell Inge Røkke. Hun undertegnet et sluttpakke med etterlønn, og da hun inngikk sluttavtalen fikk hun en time på å akseptere avtalen. Avtalen innebar at hverken hun eller BA-HR skulle offentliggjøre innholdet av avtalen, eller årsaken til hennes avgang. Avtalen gangnet firmaet, men tok lite hensyn til arbeidstakeren.

Oppsigelse en ulovlig gjengjeldelse ovenfor varsling jf. aml §2-5), men dersom det mekles, og avtalen ikke er offentlig, hvordan kan man ha en garanti for at det faktisk at arbeidstakeren går fra stillingen sin, ikke er et resultat av ulovlig gjengjeldelse?

I slike spørsmål er bevisbyrden for at det foreligger ulovlig gjengjeldelse, lagt på arbeidsgiver, jf. aml. §2-5(1). Det skal legges til grunn at gjengjeldelse foreligger såfremt arbeidsgiveren ikke sannsynliggjør noe annet. Dette er en del av beskyttelseslovgivningen til vern om arbeidstaker, og den som mekler skal ta hensyn til dette.

Det er imidlertid ingenting i veien for at partene blir enige om å offentliggjøre avtalen, eller eventuelt velger å offentliggjøre resultatet på annen måte. Produktet av god mekling er blant annet selverkjennelse, anerkjennelse av den annen parts opplevelser etc. Når man offentliggjør slike virkninger etter at mekling er gjennomført kan dette være vel så

virkningsfullt som at det blir avsagt en dom som sier at en arbeidsgiver har overtrådt varslervernet.

8. Meklerrollen

Arbeidskonflikter er gjerne rasjonelt pregede, og det er klart en fordel om den som skal mekle besitter visse medmenneskelige kvalifikasjoner, og pedagogiske evner. Mekleren skal oppmuntre til dialog mellom partene, og må nødvendigvis også ha gode kommunikasjonsevner. Mekleren må gjerne kunne være god til å lytte, og videre også til lese også ikke-verbale signaler fra partene. Det kan stilles spørsmål til hvem som skal opptre som mekler. Stilles det krav til formell opplæring eller utdanning, og kreves det særlig kompetanse i arbeidsrett for å mekle på dette feltet?

8.1 Utenomrettslig mekling

Ved utenomrettslig mekling står partene fritt til å velge hvem som eventuelt skal bistå i forhandlingene dem imellom. Dersom partene bestemmer seg for å benytte seg av tvistelovens regler om utenomrettslig mekling, kan retten på anmodning fra partene, oppnevne en mekler fra rettens utvalg av meklere jf. tvl. § 7-4(4). Lovgivningen forutsetter at utvalget av meklere skal være sammensatt av personer med ulik bakgrunn og erfaring. Slik vil således partene kunne få oppnevnt en mekler med relevant erfaring for den aktuelle tvist. I arbeidsrettslige spørsmål, vil det gjerne være nyttig at mekleren har erfaring og kompetanse på dette området.

Mekler skal være nøytral, samtidig ivareta hensyn til den svake part. Men må ikke presse arbeidstaker til mekling. En mekler skal aldri godta at den ene parten bruker trusler for å få gjennom sin løsning av tvisten. Det er ingen faste meklingsregler om dette. Men hvis mekler opplever at den ene parten utøver utilbørlig press mot den andre, må mekler sette foten ned

Det er ikke uvanlig at advokater opptre som meklere. De er pålagt til å følge reglene om mekling, gitt av Advokatforeningen. Andre enn jurister og advokater, kan opptre som meklere. I mange praktiske tvister eksempelvis i byggesaker, vil det kunne være bedre med en fagmann som mekler, enn en jurist. Det finnes også et utvalg av Norske konfliktmeglere. Disse er utdannet i konflikthåndtering "Master in Mediation and Conflict Resolution - MMCR", på Det juridiske fakultet ved Universitetet i Københavns.

8.2 Mekleren

Ved ordinær domstolsmekling, er det dommeren som opptre som mekler. Mekling skiller seg fra juristens tradisjonelle måte å løse tvister på, og det er viktig at dommeren er seg bevisst på at meklerrollen forutsetter medmenneskelige egenskaper. Det vil særlig være viktig i arbeidsrettssaker som direkte berører noens person. Det kan stilles spørsmål om det er heldig at dommeren kan opptre både som dommer og som mekler i samme sak. Mekling skiller seg fra de juridiske reglene, og skal ikke blandes. Dommere må etterkomme de regler gitt i domstolsloven som regulerer habiliteten. I forhold til grensen mot rettsmekling, er det for dommeren særlig viktig å være seg bevisst grensen mellom de to områder. Det har betydning at dommeren har hatt befatning som rettsmekling dersom saken går videre til hovedforhandling og dom. Rettsmekling innebærer at dommeren ikke vil være habil til å pådømme saken.

8.3 Rettsmekler

Rettsmeklere kan eksempelvis være forberedende dommer i saken, en av domstolens øvrige dommere eller en person fra utvalget av rettsmeklere for domstolen. Med samtykke av partene kan retten oppnevne rettsmekler utenfor utvalget jf. tvl. §8-4 (1). Det er domstollederen som setter sammen et utvalg av rettsmeklere. Utvalget skal være bredt sammensatt, slik at det dekker de krav til fagkyndighet og personlige egenskaper som er nødvendig for å opptre som rettsmekler. En forutsetning for at dette tilbudet blir reelt, er at det gjennomføres i praksis. Pr dags dato er ikke det gjort ved domstolene. Det gjelder samme krav til habilitet for den som oppnevnes som rettsmekler, som for dommere. Et eksternt utvalg av rettsmeklere er ikke bare positivt i forhold til omfanget av ulike saker, men særlig ved de mindre domstoler vil dette kunne bidra til å unngå inhabilisering. En dommer som har vært rettsmekler i saken kan bare delta i den videre behandling av partene hvis partene ber om det og dommeren finner det ubetenkelig. Domstolloven §109 får ikke anvendelse ved skifte av dommer jf. tvl. § 8-7(2). Partene kan la seg bistå av prosessfullmektiger ved rettsmeklingen. Rettsmekler en må passe på at det ikke faller i en parts disfavør at han eller hun ikke opptre med advokatbistand.

8.4 Bruk av sakkyndige ved mekling i arbeidsrettssaker

Som nevnt ovenfor er det flere meklingsmodeller. Det er ikke gitt hva som nødvendigvis vil være den beste måten og mekle på i arbeidsrettssaker. Da det er tale om mekling på et område hvor det er gitt omfattende beskyttelseslovgivning for arbeidstakeren, vil meklingen nødvendigvis bli rettighetsorientert. Spørsmålet blir om det er fordelaktig at meklingen forestås av, eller at partene lar seg bistå av, noen med kjennskap til de arbeidsrettslige reglene? Sakkyndige brukes i andre saker hvor mekling benyttes. Eksempelvis i familierettssaker brukes det ofte psykologer som opptre som sakkyndige, og likeledes brukes det fagkyndig medhjelper i saker hvor fagkyndighet er viktig, eksempelvis i entrepresesaker. Sakkyndige brukes ikke når det mekles i arbeidstvister, men arbeidsrettssaker settes med fagdommere, nettopp fordi dette er saker man mener krever særlig fagkompetanse.

Spørsmålet blir om arbeidsrettlige konflikter skiller seg så sterkt fra andre sakstyper hvor det benyttes sakkyndige, at det ikke er behov for sakkyndige når det mekles på dette området?

Det er grunn til å understreke poenget med at mekling i arbeidstvister, er en meklingssituasjon i rasjonelle konflikter. Når det tradisjonelt blir brukt sakkyndige i relasjonelle konflikter, handler det mer om å finne det riktige svaret, og dessuten gir man fra seg konflikten til en tredjeperson til avgjørelse. Det er nokså likt voldgift. Dette skiller seg fra tankegangen innen mekling. Her handler det nemlig om at partene beholder konflikten i egne hender, og det er partene som i fellesskap skal finne frem til nye veier. Her handler det heller ikke om å finne en objektiv riktig løsning, men om å få aksept for at det kan være flere oppfatninger av en situasjon, som igjen kan forenes i en løsning.

Bruk av sakkyndige snarere kan forverre konfliktnivået. På det relasjonelle planet skal jo partene leve sammen etterpå, og det har begrenset verdi at en sakkyndig tredjepart har satt karakterer på partene og har funnet noen svar. Det blir som regel ikke bedre for partene av dette. Som regel blir det langt verre. Eksempelvis under arbeidskonflikten i Festspillene for noen år tilbake hvor det ble brukt store summer på sakkyndig psykolog. Psykologen kommer så ut med svar og karakterer på partene. Karakterene var så negative at folk på begge sider i konflikten ikke klarte å reise seg igjen. Mekling ville fungert helt annerledes her. Mekling er som tidligere nevnt, ingen statisk prosess, hvor man gir svar; men en dynamisk prosess hvor det oppstår selverkjennelse og utvikling.

Bruk av sakkyndig under meklingen er etter dette ikke tilrådelig, men man kan likevel stille spørsmål om man bør ha egne meklere i slike saker? Eksempelvis at den som mekler er en med særlig fagkyndighet i arbeidsrett. Men også dette vil kunne bryte med prinsippet om at det ved mekling er partene som styrer konflikten. Mekleren skal jo ikke komme med direkte rådgivning til partene, og overta saken. Skal den sakkyndige være mekler, skal han kun være mekler. Da skal han heller ikke gi råd til partene, fordi han da overtar konflikten i egne hender. Det beste vil derfor være om det i slike saker var en "ren" mekler. Det synes uansett ikke ut til å være et stort problem. Partene kan jo i alle henseende velge å la seg bistå av advokater, eller andre medhjelpere. Den som bistår parten, kan således fylle behovet for fagkunnskap, om dette skulle være nødvendig.

Det er et poeng å understreke betydningen av at arbeidsrettskonflikter gjerne er rasjonelt pregede konflikter. Som nevnt ovenfor bør man altså i relasjonelt pregede konflikter være forsiktig med bruk av sakkyndig, herunder bruke sakkyndigheten på riktig måte, i slike konflikter. Derimot vil det være annerledes med bruk av sakkyndig på det faktuelle plan. Eksempelvis i en byggesak blir det ikke løsninger av at partene blir gode venner under meklingen, hvis det fortsatt lekker gjennom taket. Da har man bruk for sakkyndighet. I slike tilfeller skal den sakkyndige bringe frem objektiv informasjon, men ikke treffe en avgjørelse eller mekle. Den sakkyndige blir en hjelper under meklingen. Det er viktig å finne frem til en person begge parter har tillit til, både faglig og personlig. Prosessen blir helt annerledes når den sakkyndige definerer seg som felles sakkyndig, motsetning til når hver av partene engasjerer sin egen. Sistnevnte er egnet til å skape splid mellom partene.

9. Hva blir resultatet av meklingen?

Dersom partene kommer til en minnelig løsning, avsluttes meklingen ved at det inngås en avtale. Utenfor domstolen inngår partene utenomrettslig forlik. Mekleren bistår partene med utformingen av avtalen. Dersom enighet oppnås i form av avtale, vil den være bindende mellom partene etter vanlige avtalerettslige regler, men avtalen vil ikke ha noen form for rettskraftsvirkning.¹⁴

Ved mekling i domstolen, inngår partene forlik dersom enighet oppnås. Partene kan velge om de vil inngå forlik eller rettsforlik. Normalt velges sistnevnte. Rettsforlik har rettskrafts virkning. Rettsforliket har virkning som en rettskraftig dom, slik at det kan gjennomføres tvangsfullbyrdelse ved hjelp av namsmannen, dersom partene ikke etterlever innholdet etter rettsforliket. At rettsforlik har virkning som en rettskraftig dom, innebærer at det ikke kan reises ny sak mellom partene om de samme forholdene.

Rettsforlik kan ved dom kjennes ugyldig jf. tvl. §19-12 hvor det gjelder at ”rettsforlik kan ved om kjenner ugyldig eller endres etter de samme regler som gjelder for ugyldighet og endring av avtaler”. Bestemmelsen har en henvisning til avtalelovens tredje kapittel, hvis avtalen kan settes til side på grunn av svik, tvang, forfalskning flg. For at forlik som inngås under rettsmekling skal ha samme virkning som rettsforlik, må formreglene i tvl. §19-11 følges. Gyldigheten av rettsforlik kan prøves i særskilt søksmål. Terskelen for ugyldighet vil være preget av at man befinner seg på et rettsområde med sterkt av vern av arbeidstakeren.

Statistikk fra Domstolsadministrasjonen viser at fra 2006 har det for sakstypen arbeidsrett blitt avgjort 919 saker. Av disse er 210 registrerte resultattyper rettsmekling. For første halvdel av 2007, til og med 30.06, har det for sakstypen arbeidsrett blitt avgjort 417 saker. Hvorav 113 er registrert med resultattypen rettsmekling. Se vedlegg 1 og 2. Statistikken viser at bruk av rettsmekling stiger, og at arbeidskonflikter er velegnet for rettsmekling.

¹⁴ NOU 2001:32 Rett på sak s 215

10. Prosessuelle spørsmål

Sett at mekling ikke fører frem, og det blir anlagt sak for domstolen, vil forsøk på minnelig løsning ha betydning i forhold til tvisteloven.

Som nevnt ovenfor, vil mekling kunne erstatte obligatorisk behandling i forlikrådet, slik at saken kan eller skal bringes inn direkte for tingretten. Videre vil mekling kunne avbryte tidsfrister i forhold til søksmål og foreldelse. Gjennomført utenomrettslig mekling kan være en forutsetning for å reise sak for domstolene, og avgjørelser fra utenrettslige tvisteløsningsorgan får retts og tvangskraft som dommer med mindre det reises sak for domstolen innen visse frister.¹⁵

¹⁵ Henry John Mæland "Kort prosess" s 251

Referanser

Litteratur:

Jakhelln, Henning: "Oversikt over arbeidsretten", 2.utgave, NKS-Forlaget 1996

Mæland, Henry John: "Kort prosess", Grafisk Formidling a.s. 2006

Artikler:

Dahl, Anne-Blanca: "Rettsmekling/mekling i og utenfor domstolene og advokaten som mekler", Tidsskrift for forretningsjusn nr. 4, 2000

Mykland, Solfrid: "Vallas rot med virkeligheten", Bergens Tidene 22.01.07

Lover:

Arbeidsmiljøloven Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

Tvisteloven Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister

Tvistemålsloven Lov av 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål

Arbeidstvistloven Lov av 5. mai 1927 nr. 1 om arbeidstvister

Forarbeider:

NOU 2001:32 NOU 2001:32 Bind A og Bind B Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Internettadresser:

www.meklingsforum.no

www.jus.no/asset/34251/1/34251_1.pdf, "Regler for mekling ved advokat", 14.12.2007

www.nordiskemediatorer.info/etiskeRegler.asp, "Etiske retningslinier for medlemmer af NM"

Vedlegg

Vedlegg 1

Forretningsstatistikk

For periode fra og med 01.01.2006 til og med 30.12.2006

Søkekriterier: For alle embeter, alle avdelinger, alle dommere, alle saksbehandlere, sakstype Arbeidsrett - privat og off. arb. og tjenesteforhold (aml § 15-7), saksstatus Alle statuser

Beskrivelse	Arbeidsrett -
Restanse ved periodens start	395
Saker innkommet i perioden	863
Saker avgjort i perioden	919
I saker avgjort i perioden er det produsert avgjørelser av følgende typer:	
"Dom" (ikke uteblivelsesdom)	191
"Kjennelse"	756
"Uteblivelsesdom"	7
Alle andre avgjørelsestyper	252
Herav saker med følgende registrerte (en eller flere) resultat typer	
"Rettsmekling"	210
"Hevet" og/eller "Avvist"	42
"Hevet ved forlik" og/eller "Hevet ved utenrettslig forlik"	418
Bruk av bestemte aktører i saker som er avgjort i perioden	
av Embetsdommer (1. instans og 2. instans)	
behandlet	1095
deltatt i rettsmøter	203
antall timer i rettsmøter	2399.0
av Dommerfullmektig (1. instans)	
behandlet	342
deltatt i rettsmøter	76
antall timer i rettsmøter	919.0
av Tilkalt dommer (1. og 2. instans)	
behandlet	8
deltatt i rettsmøter	2
antall timer i rettsmøter	38.0
av Ekstraordinær dommer (2. instans)	
behandlet	0
deltatt i rettsmøter	0
antall timer i rettsmøter	-

med tolk	
behandlet	20
deltatt i rettsmøter	7
antall timer i rettsmøter	66.0
med sakkyndig	
behandlet	4
deltatt i rettsmøter	3
antall timer i rettsmøter	44.0
Gjennomsnittlig saksbeh.tid for saker avgjort i perioden	152
For saker med følgende registrerte (en eller flere) avgjørelsestyper	
"Dom" (ikke uteblivelsesdom)	220
"Kjennelse"	140
"Uteblivelsesdom"	95
Alle andre avgjørelsestyper	167
For saker med følgende registrerte (en eller flere) resultatyper	
"Rettsmekling"	-
"Hevet" og/eller "Avvist"	-
"Hevet ved forlik" og/eller "Hevet ved utenrettslig forlik"	-
Alle andre resultatyper	150
Saksmøtetimer for saker avgjort i perioden:	
Rettsmøtetimer	3377.0
Rettsmeklingstimer	1403.0
Konflikt- og forsoningsmøtetimer	-
Hovedforhandlings-/anketimer	3276.0
Andre rettsmøtetimer (foruten timer i Hoved-/Ankeforh./Domskonf.)	95.0
Antall vitneoppmøter i saker avgjort i perioden	0
Restanse (ved periodens slutt)	337
Restanser 3 mndr eller eldre	165
Restanser 6 mndr eller eldre	87
Restanser 12 mndr eller eldre	15
Restanser 24 mndr eller eldre	3
Beholdning (ved periodens slutt)	148

Kilde: Domstolsadministrasjonen

Vedlegg 2

Forretningsstatistikk

For periode fra og med 01.01.2006 til og med 30.12.2006

Søkekriterier: For alle embeter, alle avdelinger, alle dommere, alle saksbehandlere, sakstype Arbeidsrett - privat og off. arb. og tjenesteforhold (aml § 15-7), saksstatus Alle statuser

Beskrivelse	Arbeidsrett -
Restanse ved periodens start	395
Saker innkommet i perioden	863
Saker avgjort i perioden	919
I saker avgjort i perioden er det produsert avgjørelser av følgende typer:	
"Dom" (ikke uteblivelsesdom)	191
"Kjennelse"	756
"Uteblivelsesdom"	7
Alle andre avgjørelsestyper	252
Herav saker med følgende registrerte (en eller flere) resultat typer	
"Rettsmekling"	210
"Hevet" og/eller "Avvist"	42
"Hevet ved forlik" og/eller "Hevet ved utenrettslig forlik"	418
Bruk av bestemte aktører i saker som er avgjort i perioden	
av Embetsdommer (1. instans og 2. instans)	
behandlet	1095
deltatt i rettsmøter	203
antall timer i rettsmøter	2399.0
av Dommerfullmektig (1. instans)	
behandlet	342
deltatt i rettsmøter	76
antall timer i rettsmøter	919.0
av Tilkalt dommer (1. og 2. instans)	
behandlet	8
deltatt i rettsmøter	2
antall timer i rettsmøter	38.0
av Ekstraordinær dommer (2. instans)	
behandlet	0
deltatt i rettsmøter	0
antall timer i rettsmøter	-
med tolk	

behandlet	20
deltatt i rettsmøter	7
antall timer i rettsmøter	66.0
med sakkyndig	
behandlet	4
deltatt i rettsmøter	3
antall timer i rettsmøter	44.0
Gjennomsnittlig saksbeh.tid for saker avgjort i perioden	152
For saker med følgende registrerte (en eller flere) avgjørelsestyper	
"Dom" (ikke uteblivelsesdom)	220
"Kjennelse"	140
"Uteblivelsesdom"	95
Alle andre avgjørelsestyper	167
For saker med følgende registrerte (en eller flere) resultat typer	
"Rettsmekling"	-
"Hevet" og/eller "Avvist"	-
"Hevet ved forlik" og/eller "Hevet ved utenrettslig forlik"	-
Alle andre resultat typer	150
Saksmøtetimer for saker avgjort i perioden:	
Rettsmøtetimer	3377.0
Rettsmeklingstimer	1403.0
Konflikt- og forsoningsmøtetimer	-
Hovedforhandlings-/anketimer	3276.0
Andre rettsmøtetimer (foruten timer i Hoved-/Ankeforh./Domskonf.)	95.0
Antall vitneoppmøter i saker avgjort i perioden	0
Restanse (ved periodens slutt)	337
Restanser 3 mndr eller eldre	165
Restanser 6 mndr eller eldre	87
Restanser 12 mndr eller eldre	15
Restanser 24 mndr eller eldre	3
Beholdning (ved periodens slutt)	148

Kilde: Domstolsadministrasjonen