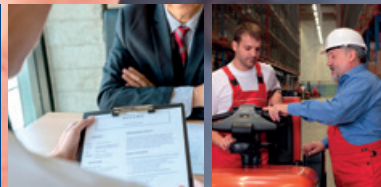




Arbeidsrett





Eurojuris Norge AS er en sammenslutning av 16 selvstendige advokatfirmaer spredt over hele landet. Våre advokater bistår næringslivet, organisasjoner, det offentlige og privatpersoner med alle typer juridiske tjenester. Advokatfirmaene i Eurojuris Norge har en sterk lokal forankring og god lokalkunnskap, og de er ledende firmaer innen sine regioner. Eurojuris Norge er dessuten tilsluttet Eurojuris International, Europas ledende uavhengige nettverk av advokatfirmaer.

Ved utgivelsene av Eurojuris Informerer ønsker vi å dele vår kunnskap om relevante og praktiske temaer på ulike rettsområder. Denne gangen inneholder heftet artikler om arbeidsrett.

Et forutsigbart og fungerende samspill mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er en samfunnsmessig bærebjelke, både på offentlige og private arbeidsplasser. Særlig i krevende tider settes både regelverk og praktisering på prøve, som under de siste måneders pandemi, hvor hendelser gjør at trygghet og stabilitet blir borte.

Arbeid har en funksjon og er viktig for mennesker. Spørsmål og tvister innen arbeidsretten berører derfor de involverte sterkt. Det krever oversikt og klokskap fra både parter og rådgivere å finne de gode og balanserte løsningene i situasjoner preget av stress, usikkerhet og følelser.

I dette heftet viser vi frem kompetansen til noen av de dyktige advokatene tilknyttet vårt nettverk. I Eurojuris Norge har vi mange advokater med særskilt høy kompetanse som rådgivere innen arbeidsrett. De rådgir og bistår ulike parter i mangfoldet av sakstyper og problemstillinger, også på strategisk nivå. Gjennom deres arbeid høstes erfaringer som deles i nettverket, og som benyttes til ytterligere å øke kvaliteten på våre tjenester. Vi håper tekstene skaper forståelse og kommer til nytte. Ved spørsmål til artiklene eller annet kan advokatene i Eurojuris Norge selvsagt kontaktes for mer informasjon.

God lesing!

Bjarte Røyrvik
Styreleder i Eurojuris Norge AS

Besøk vår hjemmeside
www.eurojuris.no
Utgivelsesdato: desember 2020

Innhold

	Side
Prøvetid – hvilke regler gjelder? <i>Senioradvokat Øyvind Baldersheim</i>	4
Hvordan håndtere vanskelige personalsaker? <i>Advokatfullmektig Maria-Louise Hallandvik Hennig-Olsen</i>	10
Bruk av faktaundersøkelser ved konflikter på arbeidsplassen <i>Advokat/partner Øystein Sagen</i>	20
Nedbemanning og rasjonalisering i lys av senere års rettspraksis <i>Advokat/partner Sverre Larhammer</i>	28
Trigge tvister eller være klok? Praktiske erfaringer ved omorganisering og nedbemanning <i>Advokat/partner (H) Sigrun Sagedahl</i>	38
HR 2020-2109 A: Har innleide arbeidstakere rett til tilsvarende bonus som fast ansatte i innleievirksomheten? <i>Advokat/partner Karianne Rettedal</i>	44
Bortfall og endring av sluttavtaler <i>Senioradvokat Ingeborg Tveit</i>	50
NAVs ansvar når arbeidsgiver ikke utbetaler sykepenger til den ansatte <i>Advokat Anders Gustavsen</i>	58
Projure Advokatfirma	63



Øyvind Baldersheim er senioradvokat i Stiegler WKS Advokatfirma i Bergen. Han har bakgrunn fra Skatteetaten, hvor han bl.a. jobbet med selskapsrett, innfordring og insolvens. I dag er han tilknyttet faggruppen for næringslivsjuks og arbeidsrett. Han bistår privatpersoner, bedrifter og det offentlige med arbeidsrettslige problemstillinger (herunder personvernlovgivning GDPR), skatte- og avgiftsrettslige problemstillinger, selskapsrett, innfordring og kontrakter.

Prøvetid – hvilke regler gjelder?

Av senioradvokat Øyvind Baldersheim
oyvind.baldersheim@stieglerwks.no

Arbeidsgiver står ikke fritt til å si opp den nyansatte verken i eller ved utløpet av prøvetiden.

I. INNLEDNING

Til tross for at koronatrusselen fremdeles henger over oss, kan det hende at bedriften din har behov for nyansettelser. Arbeidsmiljølovens regler om prøvetid gir partene en mulighet til å «teste» arbeidsforholdet i en begrenset periode, før ansettelsen blir permanent. Prøveperioden skal avklare om nyansettelsen tilfredsstillende rimelege krav som er nødvendige for stillingen og er altså et gode for arbeidsgiver. Prøvetid er også arbeidstakers mulighet til å se om vedkommende trives i den nye arbeidssituasjonen, eller om vedkommende ønsker å avslutte arbeidsforholdet og da med en kortere oppsigelsestid.

Som jeg vil komme inn på i denne artikkelen, står ikke arbeidsgiver fritt til å si opp den nyansatte verken i eller ved utløpet av prøvetiden. I denne artikkelen vil jeg se nærmere på de viktigste reglene om prøvetid du som arbeidsgiver eller arbeidstaker må kjenne til.

2. DET RETTSLIGE GRUNNLAGET FOR PRØVETID

Både arbeidsmiljøloven, statsansatteloven og skipsarbeidsloven har regler om prøvetid for

nyansatte. Det kan også finnes regulering av prøvetid i overenskomster eller tariffavtaler.

For tilfeller som er omfattet av statsansatteloven, er det lovfestet en obligatorisk prøvetid på 6 måneder (gjelder ikke embetsmenn), «med mindre ansettelsesorganet har bestemt at prøvetiden ikke skal gjelde». I skipsarbeidsloven § 3-2 er det bestemt at «prøvetid på inntil 6 måneder kan avtales skriftlig».

I arbeidsmiljøloven, som er artikkelens hovedfokus, fremgår det forutsetningsvis av § 15-6 første ledd at en avtale om prøvetid må være inngått skriftlig. Det er med andre ord ingen automatikk i at den nyansatte har prøvetid – det må avtales skriftlig ved ansettelsen.

3. NÆRMERE OM PRØVETIDEN

Etter arbeidsmiljøloven kan prøvetid avtales for både faste og midlertidige stillinger. Prøvetiden kan ha en varighet på inntil seks måneder. Er det avtalt prøvetid utover seks måneder, vil den perioden som går utover seks måneder, være ugyldig. Innenfor lovens tidsramme er det anledning å fastsette prøvetid i både dager, uker og måneder.

Prøvetidens starttidspunkt er første dag på arbeid – ikke når ansettelseskontrakten signeres. Dette har sammenheng med hensynet bak prøvetidsreglene: å finne ut om arbeidstaker tilfredsstillende rimelige krav med hensyn til stillingen. Det kan arbeidsgiver først vurdere når arbeidet tar til.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen regler for selve beregningen av den avtalefestede prøvetiden. Vanligvis er det uproblematisk, men det kan oppstå tvilstilfeller. I arbeidsmiljøloven § 17-1 første ledd er det bestemt at domstolloven gjelder ved søksmål om rettigheter eller plikter etter arbeidsmiljøloven. Siden domstollovens beregningsregler brukes på de forskjellige frister ved søksmål mv., er det naturlig å også se hen til dette regelverket ved uenighet om prøvetidsberegningen. Dette er en løsning som gir forutberegnelighet for begge partene.

Både arbeidsmiljøloven § 15-6 nr. 4 og skipsarbeidsloven § 3-2 nr. 2 legger til grunn at hvis arbeidstaker har vært fraværende i prøvetiden, kan arbeidsgiver forlenge prøvetiden med en periode som tilsvarer lengden på fraværet. En forlengelse av prøvetiden forutsetter at arbeidstaker ved ansettelsen blir skriftlig informert om forlengelsesadgangen, og at arbeidstaker får skriftlig informasjon om faktisk forlengelse forut for utløpet av ordinær prøvetid. Det er ikke lov å forlenge prøvetiden når arbeidsgiver har forårsaket fraværet.

At den ansatte kun skal tiltre en deltidstilling, regnes ikke som fravær (fra en fulltidstilling) og påvirker ikke lengden av prøvetiden.

4. OPPSIGELSESGRUNNLAGET I PRØVETIDEN

I tillegg til de vanlige oppsigelsesgrunnene i arbeidsmiljøloven § 15-7, kan arbeidsgiver i prøvetiden si opp den nyansatte på bakgrunn av arbeidstakers *tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet*, jf. arbeidsmiljøloven

§ 15-6 første ledd. En tilsvarende «utvidet» oppsigelsesadgang følger også av skipsarbeidsloven § 5-5 nr. 1. Begrunnelsen ligger i hensynet bak prøvetidsbestemmelsene: Arbeidsgiver skal gis anledning til å teste nyansettelsen i en begrenset periode før den blir permanent.

I denne perioden kan det ikke stilles idealkrav til arbeidstakerens arbeidsutførelse, og arbeidsgiver må ta hensyn til den prøvetidsansattes manglende arbeidserfaring. Samtidig må arbeidsgiver kunne kreve at arbeidstaker ligger på et ordinært gjennomsnittlig nivå.

Oppsigelse på bakgrunn av arbeidstakers *tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet*, forutsetter at arbeidstaker har fått nødvendig veiledning og opplæring i utførelsen av arbeidsoppgavene. Arbeidstaker må få en relevant tilbakemelding på eventuelle feil, slik at vedkommende har en reell mulighet til å korrigere kursen.

Hvis arbeidsgiver beslutter å si opp den ansatte, er det ikke tilstrekkelig at oppsigelsen blir sendt i prøvetiden, hvis den først kommer frem etter utløpet av prøvetiden, jf. Høyesteretts avgjørelse inntatt i Rt 1987 s. 562 (Bestyrerdommen). I slike tilfeller vil oppsigelsen fort bli vurdert etter de ordinære reglene for oppsigelse. Ifølge Høyesterett er terskelen for å si opp en ansatt i prøvetiden «*noe - ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder*». Så lenge det **konkrete faktum oppsigelsen bygger på, må anses bevist og relevant**, vil domstolen trolig vise noe varsomhet med å overprøve den skjønsmessige vurderingen til arbeidsgiver.

4.1 Arbeidsgivers plikter i prøvetiden

I statsansatteloven § 15 nr. 3 er det bestemt at «*den ansatte skal få nødvendig veiledning, oppfølging og vurdering av arbeidet i prøvetiden*». Arbeidsmiljøloven har imidlertid ikke slike regler om oppfølging av den nyansatte i prøvetiden.



© Corepics Vof | Dreamstime.com

Forarbeider, rettspraksis og juridisk teori er samstemte i at tilsvarende må gjelde etter arbeidsmiljøloven, selv om kravene til saksbehandling og dokumentasjon for veiledning og vurdering kanskje er noe strengere i statsansatteloven. Likevel stilles det også etter arbeidsmiljøloven forholdsvis strenge krav til en stor arbeidsgiver som en kommune, med forventet profesjonell kompetanse, jf. Rt. 1991 s. 236.

Intensiteten vil avhenge av hva slags kvalifikasjoner som kreves for stillingen (daglig leder osv.), og hvilken erfaring arbeidstaker allerede har. I en tvistesituasjon må arbeidsgiver kunne dokumentere at den ansatte har fått instruksjoner og nødvendig opplæring for å komme inn i arbeidssituasjonen. Arbeidstaker skal også gis en reell mulighet til å korrigere kursen underveis. Løpende tilbakemeldinger fra arbeidsgiver må derfor kunne dokumenteres.

I vurderingen av om arbeidstaker har fått mulighet til å komme inn i arbeidssituasjonen, vil tidsperspektivet ha noen betydning. Ofte vil det være mot slutten av prøveperioden at arbeidsgiver med trygghet kan dokumentere at manglende egnethet viser seg. Det sentrale er likevel at arbeidstaker må arbeide lenge nok i stillingen til at arbeidsgiver kan gjøre en forsvarlig vurdering av vedkommende, jf. LB-1998-3270.

Dette må vurderes løpende og konkret ut ifra stillingens kompleksitet, hvordan arbeidstaker responderer på tilbakemeldinger mv.

Det er først når arbeidstaker, på tross av opplæring og instruksjon utviser manglende *tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet eller pålitelighet*, jf. arbeidsmiljøloven § 15-6 første ledd, at det er grunnlag for oppsigelse.

4.2 Tilpasning til arbeidet

Blant lovlige oppsigelsesgrunner er arbeidstakers manglende tilpasning til arbeidet. Typisk innebærer dette en vurdering av om arbeidstakeren ønsker eller klarer å komme inn i arbeidsoppgavene og løse dem på en tilfredsstillende måte. Det kan være flere grunner til at den nyansatte ikke klarer tilpasningen; manglende motivasjon, selvstendighet eller en manglende evne til å sette seg inn i nye arbeidsoppgaver. Det kan også tenkes tilfeller der den nyansatte ikke klarer å sosialisere seg i inn arbeidsmiljøet og får problemer med å samarbeide med kollegaer og ledelse.

Det kan også være mer objektive forhold som gjør utslag, som utilstrekkelig kompetanse. I slike tilfeller er det imidlertid mer naturlig å vurdere oppsigelse etter et annet kriterium; faglig dyktighet.

Før arbeidsgiver beslutter oppsigelse av arbeidstaker i prøvetiden, skal spørsmålet så langt praktisk mulig drøftes med arbeidstaker.

4.3 Faglig dyktighet

Stillingsutlysningen og intervju situasjonen skal langt på vei fange opp hvilke kvalifikasjoner den nyansatte har og trenger for å utføre arbeidet på en normalt god måte. Imidlertid kan det oppstå misforståelser – enten ved at arbeidsgiver misoppfatter, eller at intervjuobjektet selger inn kvalifikasjoner som ikke er reelle.

Ofte har den nyansatte formelle kvalifikasjoner i orden, men evner ikke å gjennomføre dem i praksis. Det kan bero på manglende tilpasning til arbeidet, men også på reell faglig udyktighet. I enkelte tilfeller kan også formell og reell kompetanse være utdatert. Det man engang var kvalifisert for, er ikke vedlikeholdt i tilstrekkelig grad. Alle slike forhold kan henføres under vilkåret manglende faglig dyktighet. Tilfeller hvor intervjuobjektet selger inn falske kvalifikasjoner, har også en side mot neste vilkår – pålitelighet.

4.4 Pålitelighet

Med arbeidsmiljølovens begrep «pålitelig» siktes det noe i retning av tillit, dvs. om vedkommende er til å stole på. Hva påliteligheten skal knyttes til, vil variere fra sak til sak, men også fra bransje til bransje.

En fellesnevner er at arbeidsgiver skal forvente at den ansatte melder fra ved sykdom, møter til avtaler og utfører arbeidet innen de frister man er enige om. Videre skal arbeidstaker lojalt rette seg etter arbeidsgiverens instruksjoner og etiske retningslinjer – i den grad de fremstår som rimelige. Det må også forventes at arbeidstaker er sannferdig når det gjelder utfylling av reise-

regninger, registrering av reisetid mv. Det kan også til en viss grad forventes at arbeidstaker lever opp til de forventninger som ble gitt arbeidsgiver under intervjuet.

5. OPPSIGELSE, SØKSMÅL OG RETT TIL Å STÅ I STILLINGEN

Det er en noe mindre streng norm for oppsigelse etter prøvetidsbestemmelsene, og det er også antatt at man ikke stiller like strenge krav til saksbehandlingen som ved ordinær oppsigelse etter prøvetidens utløp. De materielle og formelle kravene som oppstilles i arbeidsmiljøloven, må likevel overholdes.

Før arbeidsgiver beslutter oppsigelse av arbeidstaker i prøvetiden, skal spørsmålet så langt praktisk mulig drøftes med arbeidstaker. Det skal altså innkalles til og avholdes et drøftingsmøte som ved ordinære oppsigelser. Arbeidstaker har rett til å la seg bistå av tillitsvalgt eller rådgiver. Temaet i møtet vil være grunnlaget for en eventuell oppsigelse. Det er viktig å skrive referat fra møtet, og la arbeidstaker komme til orde. Hensikten med møtet er nettopp drøfting av situasjonen, og da er det viktig at arbeidsgiver ikke allerede har bestemt seg.

I motsetning til ved ordinær oppsigelse, og oppsigelse i prøvetid etter statsansatteloven, har den ansatte som hovedregel ikke rett til å stå i stillingen ved tvist om en prøvetidsansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-11 tredje ledd. Etter begjæring til domstolen fra arbeidstaker, kan imidlertid retten treffe kjennelse om at arbeidstaker kan stå i stillingen. Dette forutsetter

© Saknematetike | Dreamstime.com



at søksmålet blir reist innen nærmere definerte frister, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4.

Domstolens vurderingstema vil bl.a. være oppsigelsesgrunnlaget og om det er urimelig at arbeidstaker ikke får fortsette i stillingen inntil rettskraftig avgjørelse foreligger. Det er arbeidstaker som må sannsynliggjøre at oppsigelsen er tvilsom, og at det vil være urimelig å ikke få fortsette i stillingen. Arbeidsgivers dokumentasjon for oppsigelsesgrunn blir dermed sentral – fremstår oppsigelsen som tvilsom?

Rettspraksis viser at terskelen for å stå i stillingen i en prøvetidsoppsigelse er forholdsvis høy.

6. AVSLUTNING

Hensikten med prøvetid er dels å gi arbeidsgiver anledning til å teste nyansettelsen. Dette er i utgangspunktet et gode, men det medfølger også en aktivitetsplikt. Tilsvarende er prøvetid et gode for arbeidstaker, som gis en mulighet til å se om vedkommende trives i en ny arbeidssituasjon. For begge avtaleparter er det viktig å vite når reglene gjelder og hvilke rettslige konsekvenser – både positive og negative – som følger av at prøvetid er bestemt.



Maria-Louise Hallandvik Hennig-Olsen var ferdig utdannet våren 2020 fra Universitetet i Oslo. I september 2020 startet hun som advokatfullmektig i Advokatfirma Tofte. Hun inngår i firmaets arbeidsrettslige faggruppe og jobber ellers bredt, herunder mye med saker tilknyttet fast eiendom.

Hvordan håndtere vanskelige personalsaker?

Av advokatfullmektig Maria-Louise Hallandvik Hennig-Olsen
mh@advtofte.no

Konflikter i seg selv vil være naturlig på en arbeidsplass, men dersom de ikke håndteres riktig, kan de vokse til et mer omfattende problem som vil prege hele arbeidsmiljøet.

I. INNLEDNING

Vanskelige personalsaker kan dreie seg om så mangt. Det kan være konflikter mellom ansatte, konflikter mellom ansatte og ledelsen, misnøye på grunn av ansattes oppførsel eller holdninger, sykdom hos den ansatte osv.

Som arbeidsgiver ønsker man at alle ansettelsesforhold skal forløpe knirkefritt, men realiteten er at de fleste arbeidsgivere med stor sannsynlighet vil bli involvert i personalsaker. Konflikter i seg selv vil være naturlig på en arbeidsplass, men dersom de ikke håndteres riktig, kan det vokse seg til et større problem som igjen kan påvirke

arbeidsmiljøet, medføre sykemeldinger, at ansatte slutter osv.

Denne artikkelen tar sikte på å gi arbeidsgivere en gjennomgang av hva de bør ha særlig fokus på for å minimere og forhindre de vanskelige personalsakene, og hva de kan gjøre dersom vanskelige saker oppstår. Artikkelen tar for seg enkelte fallgruver arbeidsgivere bør være klar over, fra arbeidsforholdets start til avslutning.

Artikkelens hovedvekt vil ligge på arbeidstakere som er fast ansatte, og forhold på arbeidstakers side.

Arbeidsgiver har plikt til å ivareta de ansatte gjennom et forsvarlig arbeidsmiljø...

... og at det tilrettelegges for arbeidstakere som har behov for dette.



2. DE RETTSLIGE RAMMENE

Innledningsvis er det viktig å forstå at alle arbeidsforhold er regulert av et rettslig rammeverk. Arbeidsmiljøloven med tilhørende forskrifter vil være det sentrale regelverket ved håndteringen av personalsaker. For statlige arbeidsgivere vil statsansatteloven være utgangspunktet, og for alle offentlige ansatte vil i tillegg forvaltningsloven regulere saksbehandlingen.

Arbeidsmiljøloven er en såkalt vernelov og lovens formål er bl.a. å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet. Det innebærer at det ikke er anledning til å avtale dårligere vilkår enn de som fremgår av loven.

I tillegg til lov og forskrift vil den konkrete arbeidsavtalen være en viktig ramme for arbeidsforholdet. Dersom bedriften er omfattet av kollektive tariffavtaler, vil disse avtalene også være en del av det rammeverket arbeidsgiver må forholde seg til.

Til sist nevnes at også andre rettsregler vil være relevante, og her nevnes særskilt lov om likestilling og forbud mot diskriminering som setter begrensninger med hensyn til usaklig forskjellsbehandling og diskriminering på grunnlag av for eksempel kjønn og funksjonsnedsettelse i arbeidslivet.

3. ARBEIDSGIVERS RETTIGHETER OG PLIKTER

Norsk rett stiller store krav til arbeidsgivers håndtering av vanskelige personalsaker. Enkelt kan det sies at arbeidsgiver har omsorgsplikt både for de som er direkte omfattet av konflikten, og kollegaene for øvrig. I dette ligger det en plikt for arbeidsgiver til å ivareta de ansatte gjennom et forsvarlig arbeidsmiljø, og at det tilrettelegges for arbeidstakere som har behov for dette.

Arbeidsgivers omsorgsplikt innebærer videre at arbeidstakere ikke skal utsettes for trakassering,

diskriminering, krenking av integritet og verdighet, og uheldige psykiske eller fysiske belastninger som følge av en konflikt. Omsorgsplikten medfører både en undersøkelses- og aktivitetsplikt fra arbeidsgiver.

På den annen side har arbeidsgiver en såkalt styringsrett overfor de ansatte, og de ansatte har en plikt til å innrette seg etter arbeidsgivers instruks. Styringsretten er arbeidsgivers rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet. I dette ligger også arbeidsgivers rett til å ansette og si opp arbeidstakere, innenfor visse rammer.

For å sikre at avgjørelser blir fattet på et saklig og riktig grunnlag, er det avgjørende at arbeidsgiver kan dokumentere hvilke tiltak og forsøk på å løse konflikten som er blitt utprøvd.

Høyesterett har gjennom flere dommer definert styringsretten som arbeidsgivers adgang til å styre arbeidsforholdet innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtale. En av de viktigste begrensningene i arbeidsgivers styringsrett er at arbeidsgivers beslutninger må være basert på *saklige* hensyn.

Det er svært viktig å understreke at både styringsretten og omsorgsplikten innebærer at arbeidsgiver har et overordnet ansvar for at vanskelige saker og dårlige samarbeidsforhold blir tatt tak i og håndtert på en god måte. Arbeidsgiver vil normalt alltid ha bevisbyrden for dette. For å sikre at avgjørelser blir fattet på et saklig og riktig grunnlag, er det dermed avgjørende at arbeidsgiver kan dokumentere hvilke tiltak og forsøk på å løse konflikten som er blitt utprøvd. De vurderinger og beslutninger som tas, må være etterprøvbare.

Vi nevner også her at arbeidsgiver må huske at alle parter som er involvert i vanskelige personalsaker, skal gjøres kjent med eventuelle påstander knyttet til eksempelvis adferd eller arbeidsutførelse, og gis mulighet til å gi sin forklaring på saken (såkalt kontradiksjon).

4. ANSETTELSEN

For å unngå fremtidige problemer er det naturligvis viktig å være bevisst på hvem man ansetter. Dette innebærer *ikke* at man ikke skal ansette personer med utfordringer. Det er samfunnsmessig ønskelig og nødvendig med virksomheter som har en sosial profil og som tar samfunnsansvar. Poenget er imidlertid at arbeidsgiver bør være ekstra bevisst på å ansette personer som man tror vil passe inn i bedriftens miljø og ha de kvalitative egenskapene som vil gagne og bidra til virksomhetens beste.

Det første man bør sette av tid til, er en gjennomtenkt *utlysningstekst*. Vær klar på hvilke forventninger som stilles til kandidaten, hvilke ansvarsområder som vil inngå i stillingen, og hvilke kvalifikasjoner som dermed er nødvendige og/eller ønskelige.

Deretter er det viktig å bruke jobbintervjuet så langt det lar seg gjøre. For å få et så korrekt inntrykk som mulig, er det viktig å forberede seg godt. I dette ligger blant annet å lese søknad og CV i forkant, sette av tid til å fortelle om bedriften, avklare forventninger, høre kandidatens motivasjon til stillingen som nå skal besettes, planlegge spørsmål og eventuelle caser.

© Sahibhai | Dreamstime.com



Underveis og i etterkant er det fornuftig å skrive notater på intervjuobjektene slik at kandidatene blir sammenlignbare.

Det er videre svært viktig å sjekke referanser og CV. Dersom kandidaten har hull i CV-en, er ikke dette nødvendigvis grunn til ikke å ansette, men det er fornuftig å ta det opp med kandidaten og be om en forklaring. Dersom det virker som at kandidaten har utelatt referanser, bør man be om ytterligere referanser og sjekke disse i etterkant.

5. PRØVETID

Vi anbefaler alltid at det avtales en prøvetid. Prøvetid er generelt sett ansett som positivt både for arbeidstaker og arbeidsgiver. Prøvetid kan avtales både for faste og midlertidige ansettelser, og veldig mange arbeidsgivere benytter seg av denne adgangen. Derimot er vår erfaring at færre arbeidsgivere er flinke (nok) til å bruke prøvetiden til å følge opp den ansatte ved å gi

veiledning og konstruktiv kritikk, og dermed kan de gå glipp av det prøvetiden nettopp er ment til.

Husk at det stilles en del formelle vilkår for at prøvetid anses avtalt. For det første er det et krav om at dette avtales skriftlig i arbeidsavtalen. Utgangspunktet er at det ikke kan avtales lengre prøvetid enn 6 måneder. Dersom arbeidstaker på grunn av sykdom har vært fraværende fra arbeidet i prøvetiden, har man allikevel mulighet til å forlenge prøvetiden med en periode som tilsvarende lengden av fraværet. Det er viktig å være klar over at arbeidstaker skriftlig må orienteres om en slik adgang til forlengelse ved ansettelsen, og i tillegg må den ansatte skriftlig orienteres om at arbeidsgiver vil forlenge prøvetiden før prøvetiden har utløpt.

Prøvetidens formål er å gi både arbeidsgiver og arbeidstaker anledning til å prøve ut arbeidsforholdet. For at prøvetiden skal fungere slik

God dialog på arbeidsplassen er arbeidsgivers fremste verktøy for å forhindre og minimere vanskelige personalsaker.

den er tiltenkt, må arbeidstaker få nødvendig opplæring og oppfølging. Dersom prøvetiden viser at arbeidstaker ikke passer i stillingen, er arbeidsgiver gitt en videre adgang til avslutning av arbeidsforholdet enn det som er tilfellet etter prøvetiden. Arbeidstaker vil dermed ha et noe svakere stillingsvern. En oppsigelse fra arbeidsgiver må begrunnes i arbeidstakers pålitelighet, faglige dyktighet og/eller tilpasning til arbeidet. Her stilles det krav til aktiv oppfølging fra arbeidsgiver, og det er derfor viktig at arbeidsgiver kan dokumentere de tiltak som er satt i verk.

6. UNDER ANSETTELSESFORHOLDET

Når arbeidstaker er ferdig med en eventuell prøvetid, vil det fortsatt være viktig at arbeidsgiver tidligst mulig griper fatt i problemer som oppstår. En fallgrube er å vente med å ta tak i problemene og «håpe det går over». Mange arbeidskonflikter og vanskelige personalsaker kunne vært unngått dersom arbeidsgiver hadde tatt tak i problemene på et tidligere stadium.

Det er ikke mulig eller formålstjenlig å sette opp en konkret handlingsplan for riktig fremgangsmåte i alle konflikter, men på generelt grunnlag vil det være klokt å innkalle til personalsamtaler

så tidlig som mulig, dokumentere disse, og skrive omforente referater fra møtene.

Husk også at arbeidstaker har krav på tilbakemelding dersom arbeidsgivers forventninger ikke innfris, og arbeidsgiver bør fortrinnsvis kommunisere målbare, konkrete krav som grunnlag for forventet endring.

Et viktig poeng i denne sammenheng er at arbeidsgiver helst bør kommunisere gjennom forventninger fremfor kritikk. Her kan forventningsavtaler mellom arbeidstaker og arbeidsgiver og/eller dialog med tillitsvalgte være fornuftig.

Som nevnt over vil arbeidsgiver ha et ansvar for å ikke eskalere en uregelmessighet til en konflikt. Dette betyr imidlertid ikke at arbeidsgiver skal være altfor tilbakeholden med å gi en reaksjon i de tilfeller der det er nødvendig. I neste punkt vil vi si noe om hvilke reaksjonsmuligheter arbeidsgiver har overfor de(n) ansatte.

7. VERKTØYKASSEN

God dialog på arbeidsplassen er arbeidsgivers fremste verktøy for å forhindre og minimere vanskelige personalsaker. Dialog gjennom for eksempel medarbeidersamtaler vil gi ansatte en opplevelse av påvirkning og medbestemmelse i



© Fickes | Dreamstime.com

arbeidsforholdet. Dialog vil imidlertid ikke alltid være tilstrekkelig.

Uakseptable forhold på arbeidsplassen kan knytte seg til mangelfull eller dårlig utførelse av oppgaver, notorisk forsentkomning på jobb eller upassende oppførsel mot kollegaer. Det kan også dreie seg om mer alvorlige hendelser, som brudd på sikkerhetsforskrifter, ordrenekt, trakassering eller å møte alkoholpåvirket på jobb.

Dersom en arbeidstaker opptrer eller utfører arbeidsoppgaver på en måte som arbeidsgiver anser som upassende eller uakseptabel, har arbeidsgiver en rett, og noen ganger en plikt, til å reagere. Vår anbefaling vil alltid være å foreta seg noe. Unnlattelse vil nesten alltid forverre situasjonen.

For de mindre alvorlige typetilfellene vil det ofte være tilstrekkelig at arbeidstaker innkalles til en samtale hvor problemet tas opp.

Dersom problemene vedvarer, kan også arbeidsgiver se på muligheten for å trekke inn kompetanse eller ressurser utenfra, for eksempel involvering av tillitsvalgt eller verneombud, bedriftshelsetjenesten eller ved å tilby coaching eller kursing. Det finnes en rekke ulike faktorer som kan bidra til god konflikthåndtering, som toleranse for mangfold, respekt for erfaringer, ansvarlighet for egne reaksjoner, enighet basert på fakta, forståelse for lovverk og avtale og en klar holdning til at utilbørlig adferd ikke er akseptabelt.

I de mer graverende tilfellene kan det imidlertid være både nødvendig og ønskelig at arbeidstaker i tillegg gis en reaksjon i arbeidsforholdet.

I det videre gis en nærmere oversikt over «verktøykassen» en arbeidsgiver har for å gripe fatt i upassende atferd hos arbeidstaker i de tilfellene hvor en uformell samtale ikke anses tilstrekkelig.

7.1 Tilrettevisning

En tilrettevisning eller irettesettelse innebærer at en arbeidstaker får beskjed om at måten vedkommende har opptrådt på, ikke er i samsvar med det som er gjeldende i virksomheten. Samtidig gir arbeidsgiver en tilbakemelding på hva som forventes av den ansatte.

7.2 Advarsel

Til forskjell fra en tilrettevisning vil en advarsel innebære at den ansatte får beskjed om at dersom forholdet gjentas eller vedvarer, kan det få konsekvenser for arbeidsforholdet. Av dokumentasjonshensyn anbefales det alltid å gi en tilrettevisning/advarsel skriftlig. Dette reduserer risikoen for misforståelser mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og vil være viktig dersom arbeidsgiver har behov for å dokumentere forholdet ved senere anledning.

7.3 Oppsigelse, omplassering og endringsoppsigelse

Arbeidsmiljøloven gir arbeidsgiver mulighet til å gå til oppsigelse dersom det foreligger «saklig grunn». Det finnes rikholdig rettspraksis om innholdet i dette vilkåret, og det blir for omfattende å gå inn på detaljene i denne artikkelen. Overordnet er det viktigste at oppsigelsen ikke må være begrunnet i utenforliggende eller usaklige hensyn, og at arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner. Terskelen for å si opp en ansatt i Norge er høy. Det er svært viktig at arbeidsgiver kan dokumentere at man har forsøkt å gjøre noe med situasjonen og kan dokumentere en god og etterprøvet prosess. Ofte vil det bli vektlagt om arbeidstaker har fått advarsel og en mulighet til å forbedre seg.

I noen tilfeller hvor det er en fastlåst konflikt på arbeidsplassen, kan det være nødvendig å forsøke en omplassering av arbeidstaker før man har vurdert en avslutning av arbeidsforholdet.

Arbeidsgiver må være bevisst på å foreta så store endringer at det i realiteten er en såkalt «endringsoppsigelse». En endringsoppsigelse innebærer at man må følge saksbehandlingsreglene for en oppsigelse. Hvor langt arbeidsgivers styringsrett rekker i slike tilfeller, vil bero på en konkret vurdering, og det oppfordres til å søke profesjonell juridisk bistand.

7.4 Avskjed

I de tilfeller hvor arbeidstaker har gjort seg skyldig i «grovt pliktbrudd» eller annet «vesentlig mislighold av arbeidsavtalen», kan arbeidsgiver avskjedige den ansatte. Avskjed innebærer at arbeidsforholdet opphører umiddelbart. Terskelen for avskjed er naturligvis veldig høy, og det stilles krav til at avskjeden er forholdsmessig. En avskjed er ment for de kvalifiserte bruddene på arbeidsavtalen som grov illojalitet, trakassering og ordrenekt.

Det fører for langt å gå inn i detaljene rundt prosessen og saksbehandlingen for avslutningen av arbeidsforholdet her, men som arbeidsgiver er det viktig å være klar over at det er en rekke formelle regler som må følges i denne sammenheng.

8. LITT OM SYKEMELDT ARBEIDSTAKER

Hyppige eller langvarige sykemeldinger hos ansatte kan være utfordrende og konflikt-skapende på arbeidsplassen, og samtidig kan konflikter i seg selv medføre fravær. Når en arbeidstaker blir sykemeldt, har arbeidsgiver ansvar for å følge opp og tilrettelegge slik at arbeidstaker kommer tilbake til jobb. På den annen side har arbeidstaker også plikt til å medvirke, blant annet gjennom utarbeiding av tiltak og å gå i dialog med arbeidsgiver. Spørsmålet som ofte blir aktuelt, er hvor mye man som arbeidsgiver kan kreve av en sykemeldt arbeidstaker.



© Subbhai | Dreamstime.com

Av dokumentasjonshensyn anbefales det alltid å gi en tilrettevisning/advarsel skriftlig.

Som arbeidsgiver har du tilretteleggingsplikt både generelt og individuelt for arbeidstakerne i virksomheten. Etter arbeidsmiljøloven skal arbeidsgiver så langt det er mulig iverksette nødvendige individuelle tiltak, for eksempel tilrettelegging av arbeidstid eller arbeidsutstyr. Arbeidsgiver har også anledning til å omplassere arbeidstaker dersom andre tiltak ikke er tilstrekkelige, og lovens øvrige krav til dette blir fulgt. Tilretteleggingsplikten for arbeidsgiver er omfattende, men går allikevel ikke så langt at tilrettelegging for en enkelt arbeidstaker skal gå på bekostning av de andre arbeidstakerne.

To spesifikke tiltak er også lovbestemt hva gjelder arbeidsgivers oppfølging av sykemeldte – nemlig plikten til å utarbeide oppfølgingsplan og å avholde dialogmøte.

Arbeidstaker har som allerede nevnt også en medvirkningsplikt. Ved utarbeidelse av oppfølgingsplan ved sykdom plikter arbeidstaker å medvirke både ved utforming og gjennomføring

av planen. Arbeidstaker plikter også å ha en dialog med arbeidsgiveren sin for å finne gode løsninger.

De første tolv månedene i en langvarig sykemelding omtales som verneperioden. I denne perioden har arbeidstaker et særskilt vern mot oppsigelse på grunn av selve sykdommen. Etter at verneperioden er utløpt, har arbeidsgiver mulighet til å vurdere saklighet for oppsigelse, også på grunn av sykefraværet. Dersom omplassering ikke er mulig, og det ikke er utsikter til bedring, kan dette være aktuelt.

Det kan også være verdt å merke seg at arbeidsgiver på nærmere vilkår har adgang til å bestride en sykemelding når det er en berettiget mistanke om at arbeidstakeren ikke er syk eller skadet. I slike tilfeller er det igjen viktig at man kan dokumentere mistanken, og innkaller arbeidstakeren til møte så tidlig som mulig hvor man også fører referat.



Øystein Sagen er advokat og partner i Advokatfirma Eurojuris Nord AS. Han har arbeidsrett som et av sine hovedarbeidsområder, der han primært bistår arbeidsgivere som rådgiver og i rettssaker. Sagen arbeider også med håndtering av konflikter på arbeidsplassen.

Bruk av faktaundersøkelser ved konflikter på arbeidsplassen

Av advokat/partner Øystein Sagen
oystein.sagen@eurojuris.no

8 % av ansatte er ofte, eller av og til, involvert i ubehagelige konflikter med både overordnede og arbeidskollegaer.

I. INNLEDNING

En konflikt kan defineres som et motsetningsforhold der partene er mer eller mindre bevisst på at dersom den enes mål innfris, vil den andres mål oppnåelse være truet eller hindret (Sørensen og Grimsmo, 2001). Det kan være en motsetning mellom to eller flere parter behov, ønsker eller verdier, eller det kan være en uenighet hvor en eller flere personer blir følelsesmessig involvert.

Uenighet og konflikter er vanlig på alle arbeidsplasser. Når det snakkes om konflikt, gir dette ofte negative assosiasjoner. Så lenge det er faglig uenighet, kan konflikter imidlertid være positive,

og når de håndteres riktig, kan slike konflikter føre til problemløsning, utvikling og endring. Konflikter kan dessverre også utvikle seg negativt. De kan bli en stor belastning for de involverte, og gjøre det vanskelig å opprettholde gode relasjoner og godt samarbeid. Dette kan gå sterkt ut over både trivsel og produktivitet.

I Statistisk sentralbyrås levekårsundersøkelse måles blant annet omfanget av konflikter på arbeidsplassen. Undersøkelsen ble oppdatert i 2020, og den viser at 8 % av ansatte ofte, eller av og til, er involvert i ubehagelige konflikter med overordnede. Den samme andelen er ofte,

En faktaundersøkelse er en metode for å kartlegge og dokumentere de faktiske forholdene der det foreligger opplysninger om at arbeidsmiljøet ikke er forsvarlig.



© Thodonal | Dreamstime.com

eller av og til, involvert i ubehagelige konflikter med arbeidskolleger. I antall er det med andre ord svært mange arbeidstakere som opplever konflikter på arbeidsplassen.

Det er viktig at det jobbes godt med både å forebygge og løse konflikter. Konflikter bør løses så tidlig som mulig, før de utvikler seg til å bli så alvorlige at arbeidsmiljøet ikke lenger er forsvarlig.

2. KRAVET TIL ET FULLT FORSVARLIG ARBEIDSMILJØ

Arbeidsmiljøloven § 4-1 inneholder generelle krav til arbeidsmiljøet:

«Arbeidsmiljøet i virksomheten skal være fullt forsvarlig ut fra en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse og velferd.»

Kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø gjelder ikke bare det fysiske arbeidsmiljøet, men også det psykososiale arbeidsmiljøet. Psykososialt arbeidsmiljø omfatter blant annet samspillet mellom mennesker på arbeidsplassen.

I arbeidsmiljøloven § 4-3 er kravet til det psykososiale arbeidsmiljøet formulert slik:

(1) Arbeidet skal legges til rette slik at arbeidstakers integritet og verdighet ivaretas.

(2) Arbeidet skal søkes utformet slik at det gir mulighet for kontakt og kommunikasjon med andre arbeidstakere i virksomheten.

(3) Arbeidstaker skal ikke utsettes for trakassering eller annen utilbørlig opptreden.

(4) Arbeidstaker skal, så langt det er mulig, beskyttes mot vold, trusler og uheldige belastninger som følge av kontakt med andre.

Konflikter på arbeidsplassen kan være en trussel mot et forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø. Å stå i en konflikt kan være en stor belastning for den enkelte, som også kan få helsemessige konsekvenser.

3. ARBEIDSGIVERS HANDLEPLIKT

Etter arbeidsmiljøloven § 2-1 er det arbeidsgiver som har hovedansvaret for at arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig. Dersom konflikter på arbeidsplassen fører til at arbeidsmiljøet ikke lenger er fullt forsvarlig, har arbeidsgiver både rett og plikt til å ta tak i situasjonen.

Ved varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten følger det av arbeidsmiljøloven

§ 2 A-3 at arbeidsgiver skal sørge for at varselet blir tilstrekkelig undersøkt innen rimelig tid. Arbeidsmiljøloven sier ikke noe nærmere om hva som regnes som «innen rimelig tid», eller på hvilken måte undersøkelsen skal gjennomføres. Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

Konflikter er forskjellige, og ulike typer konflikter skal håndteres på forskjellige måter. Når man skal løse en konflikt, er det derfor viktig å finne ut av hvilken type konflikt det er snakk om. En faktaundersøkelse kan her være et riktig og godt verktøy.

Etter arbeidsmiljøloven § 2-3 har de ansatte en medvirkningsplikt:

«Arbeidstaker skal medvirke ved utforming, gjennomføring og oppfølging av virksomhetens systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid. Arbeidstaker skal delta i det organiserte verne- og miljøarbeidet i virksomheten og skal aktivt medvirke ved gjennomføring av de tiltak som blir satt i verk for å skape et godt og sikkert arbeidsmiljø.»

Dette innebærer at de ansatte blant annet plikter å medvirke til å løse en oppstått konfliktsituasjon. Selv om det er omdiskutert, ligger det nok innenfor arbeidsgivers styringsrett å pålegge de

ansatte å delta i en faktaundersøkelse og i en påfølgende konflikthåndteringsprosess.

4. HVORDAN GJENNOMFØRES EN FAKTAUNDERSØKELSE?

En faktaundersøkelse er en metode for å kartlegge og dokumentere de faktiske forholdene der det foreligger opplysninger om at arbeidsmiljøet ikke er forsvarlig. Dette kan for eksempel være ved konflikter på arbeidsplassen. Metoden skal gi ledelsen nødvendig grunnlag for å arbeide videre med konflikthåndteringen, og er spesielt nyttig når det står påstand mot påstand.

Første steg i en faktaundersøkelse er å foreta en avgrenset undersøkelse av de faktiske forholdene i saken. Det utarbeides så et mandat som legger føringer for hvordan undersøkelsen skal gjennomføres.

Det neste steget er å gjennomføre kartleggings-samtaler med involverte parter. Etter det intervjues eventuelle vitner eller andre som har relevant informasjon i saken. Skriftlige dokumenter eller elektroniske spor, f.eks. SMS, e-poster, sosiale medier osv., kan også brukes i den grad dette bidrar til å klarlegge faktum.

Det skrives referat fra samtale der hovedpunktene er gjengitt. Den som er intervjuet, skal få lese gjennom referatet og skrive under dette når det er ferdig. Dette er viktig for å sikre at den som er intervjuet, er oppfattet riktig.

Saksbehandlingen må være forsvarlig. Undersøkelsen må gjennomføres slik at rettssikkerheten til de involverte er godt ivaretatt. Dette innebærer at det må praktiseres kontradiksjon. Det betyr at den enkelte skal bli forelagt informasjon i saken som omhandler dem, slik at informasjonen om nødvendig kan korrigeres og kommenteres. Kontradiksjon er også viktig for at undersøkelsen skal gi et balansert og korrekt grunnlag for det videre arbeidet. Det er også viktig for at de involverte skal føle seg rettfærdig behandlet.

Ingen av de som intervjues, kan kreve at det de forklarer skal behandles konfidensielt. Det vil være direkte i strid med prinsippet om kontradiksjon. Det må også kunne kreves at den som intervjues, er så konkret at arbeidsgiver gis en reell mulighet til å forstå situasjonen. I motsatt fall kan det bli vanskelig å gjøre noe med konflikten.

Når faktaundersøkeren er ferdig med innhentingen av fakta, lages det en rapport der faktum vurderes opp mot reglene i arbeidsmiljøloven. Dette kan være en krevende øvelse. Det skal gjøres en juridisk vurdering der god kunnskap om arbeidsmiljøloven er viktig. Ofte vil det være behov for å hente inn hjelp fra en advokat eller en annen jurist til dette arbeidet.

Til slutt i rapporten trekkes det en konklusjon som enten vil være at det foreligger brudd på arbeidsmiljøloven eller ikke. Rapporten blir et grunnlag for arbeidsgiver til å vurdere om det skal gjennomføres videre tiltak, og eventuelt planlegge hva som skal gjøres videre for å

løse konflikten. Dersom det konstateres brudd, vil arbeidsgiver være forpliktet til å følge opp med tiltak for å bringe arbeidsmiljøet innenfor lovens krav.

5. UTFORDRINGER MED FAKTAUNDERSØKELSER

I utgangspunktet er faktaundersøkelser et godt redskap når det er oppstått en konflikt på arbeidsplassen. Samtidig er det viktig å være bevisst på at det også er knyttet en del utfordringer til metoden.



Det er for det første viktig at den som gjennomfører undersøkelsen, faktisk har god nok kompetanse til å gjøre en slik undersøkelse. Dette er helt sentralt for at kvaliteten blir god nok. «Faktaundersøker» er ingen beskyttet tittel, og det er ingen formelle krav til hvilken opplæring eller kompetanse den som påtar seg slike oppdrag, skal ha. Arbeidsgiver bør derfor gjøre grundige

undersøkelser av hvilken utdanning og erfaring faktaundersøkeren har, og gjerne hente inn referanser i tillegg.

Det er også avgjørende for en god prosess at alle involverte har tillit til den eller de som gjennomfører undersøkelsen. Det stilles derfor strenge habilitetskrav. Habilitetsutfordringene er spesielt store dersom undersøkelsen skal gjennomføres med interne krefter, f.eks. av personalavdelingen i bedriften. Dersom det er nødvendig å gjennomføre en faktaundersøkelse, vil jeg generelt anbefale at det brukes eksterne konsulenter uten noen relasjon til de involverte. Noen vil nok oppfatte at det likevel er en binding mellom arbeidsgiveren som oppdragsgiver og faktaundersøkeren, men det er vanskelig å unngå siden det er arbeidsgiveren som bestiller og betaler for undersøkelsen.

Det er også viktig hvordan faktaundersøkeren opptrer overfor de involverte. Faktaundersøkeren må opptre på en tillitsfull måte. Vedkommende må opptre nøytralt og behandle alle involverte høflig og respektfullt. I motsatt fall vil det kunne gjøre det vanskelig å gjennomføre undersøkelsen på en god måte, og det vil også skade tilliten til den.

Det er en reell fare for at faktaundersøkelsen fremstår som en privat domstol, der den avsluttende rapporten blir en slags dom som slår fast sannheten. Enkelt personer kan bli utpekt som den eller de som har «skyld» i konflikten. I konflikter kan det være vanskelig å peke ut bestemte personer som skyldige. Konflikter oppstår i et samspill mellom mennesker, der flere på ulik måte og i ulik grad bidrar til konflikten. Det kan selvsagt være enkelt personer som er spesielt utfordrende, men et for stort fokus på dette kan gjøre jobben med å løse konflikten vanskeligere.



Det er en reell fare for at enkeltpersoner kan bli utpekt som skyldige, uten at det er dekning for dette.

Det er svært viktig at arbeidsgiver snarest følger opp en faktaundersøkelse. Der en konfliktsituasjon avdekkes, bør konflikten tas tak i så snart som mulig. Hvis ikke kan den eskalere til et nivå som gjør konfliktløsning svært vanskelig, om enn umulig. Manglende handlekraft fra arbeidsgiver vil også kunne føre til misnøye, og til manglende tillit til at arbeidsgiver har evne og vilje til å få konflikten løst. Manglende oppfølging vil også kunne føre til store belastninger for den enkelte arbeidstaker, i strid med lovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.

Gjennomføring av en faktaundersøkelse kan i seg selv være en utfordring for arbeidsmiljøet. Det er derfor viktig at arbeidsgiver gjennomfører tiltak for å ivareta arbeidsmiljøet både under prosessen, og etter at den er gjennomført. Dette gjelder også der rapporten ikke avdekker noen konflikt.

6. OPPSUMMERING

Konflikter går som regel ikke over av seg selv. Det må gjennomføres konkrete tiltak for å håndtere konflikter, og dette er arbeidsgivers ansvar. En faktaundersøkelse skal avdekke de faktiske forholdene og gi arbeidsgiver et godt grunnlag for å planlegge og gjennomføre arbeidet med å håndtere konfliktsituasjonen. Slik kan et godt og forsvarlig arbeidsmiljø gjenopprettes.



Sverre Larhammer er 58 år og har vært advokat hos Larhammer Aarseth Advokatfirma i Molde siden 1995. Han har hatt møterett for Høyesterett siden 2015. Han arbeider primært med arbeidsrett, erstatningsrett og barnevern for kommuner i Møre og Romsdal.

Nedbemanning og rasjonalisering i lys av senere års rettspraksis

Av advokat/partner Sverre Larhammer
slarhammer@eurojuris.no

Tidvis vil en arbeidsgiver ha behov for å redusere antall arbeidstakere. Hvordan sikrer man en prosess som «holder vann»?

I. INNLEDNING

Tidvis vil en arbeidsgiver ha behov for å redusere antallet arbeidstakere. Denne artikkelen omhandler vilkårene for når en slik nedbemanning eller rasjonalisering kan foregå, samt hvordan arbeidsgiver bør gå frem for i størst mulig grad å sikre at prosessen «holder vann» ved en eventuell rettslig prøving.

Bakgrunnen for slik nedbemanning vil ofte være konkurransesituasjonen bedriften står i. Ledelsen har konstatert at situasjonen gjør at utgiftene må reduseres, og at dette forutsetningsvis må skje ved reduksjon i arbeidsstokken.

Hjemmelsgrunnlaget for en slik «trimming» av arbeidsstokken er arbeidsmiljøloven § 15-7. Bestemmelsen angir at det kreves «saklig grunn» for å si opp en arbeidstaker. Av første ledd fremgår at oppsigelsen må være saklig begrunnet enten i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Jeg vil konsentrere meg om «virksomhetens» forhold. De nærmere vilkårene for oppsigelse basert på virksomhetens forhold er angitt i andre ledd. Her fremgår det at dersom oppsigelsen skal begrunnes i drifts- innskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, vil den ikke være saklig begrunnet «dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten

å tilby arbeidstaker.» Det blir derfor viktig for arbeidsgiver å kunne dokumentere at man ikke hadde et slikt «*annet passende arbeid*» å tilby arbeidstakeren.

Videre må arbeidsgiver foreta «en *avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.*» Det blir derfor sentralt å kunne dokumentere at man har foretatt den «*avveining*» som bestemmelsen forutsetter mellom på den ene side virksomhetens behov og på den annen side de ulemper som oppsigelsen påfører arbeidstakeren.

Basert på det ovennevnte rettslige utgangspunktet vil jeg gjennomgå de senere års rettspraksis og trekke frem de relevante momentene som kan utledes knyttet til anvendelsen av § 15-7.

Høyesterett har fra 2015 og frem til i fjor avsagt fire prinsipielle dommer knyttet til denne bestemmelsen. «*Gresvig-dommen*» (HR-2015-2449-A), «*Posten II-dommen*» (HR-2017-561-A), «*Skanska-dommen*» (HR-2019-424-A) og «*Telenor-dommen*» (HR-2019-1986-A). I tillegg kommer en rikholdig lagmannsrettspraksis, herunder en dom fra Frostating lagmannsrett (LF-2014-105830), samt tre ferske dommer fra Borgarting lagmannsrett (LB-2019-140972, LB-2019-74773 og LB-2019-85179-2) som alle er avsagt i inneværende år.

Innledningsvis finner jeg også grunn til å understreke at rettspraksis stiller svært strenge krav til arbeidsgivers dokumentasjon. Det hjelper ikke for arbeidsgiver å vite at man har gjennomført prosessen på betryggende måte, dersom ikke dette kan godtgjøres ved tidsnær og adekvat dokumentasjon. Behovet for driftsinnskrenkning må kunne dokumenteres. Dette går igjen som en rød tråd i rettspraksis og bør gjennomsyre hele prosessen hos arbeidsgiver. Prosessen må være rettferdig, transparent og dokumenterbar.

Abeidgiver må foreta en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen medfører for den enkelte arbeidstager.

Ved en nedbemanning er det enkelte spørsmål som er helt sentrale for arbeidsgiver å vurdere, og som dokumentasjonskravet ovenfor vil omfatte.

Hvilke arbeidstakere skal inngå i arbeidsgivers vurderingsgrunnlag ved nedbemanningen, og etter hvilke faktorer skal slik utvelgelse skje? (Utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier). Hvilke krav stilles til arbeidsgivers godtgjøring av om det finnes «*annet passende arbeid*» for arbeidstakeren? Hvordan avveier man virksomhetens behov opp mot de mulige ulemper oppsigelsen påfører arbeidstakeren? Nedenfor vil jeg rede-

gjøre nærmere for disse spørsmålene. Til slutt vil jeg gi noen ord om kravet til saksbehandlingen, og hvordan dette anvendes opp imot lovens vilkår.

2. HVA KAN UTLEDES AV RETTSPRAKSIS?

2.1 Behovet

Av kravet om saklig begrunnelse i virksomhetens forhold må for det første utledes at en slik nedbemanning og rasjonalisering må være nødvendig. Arbeidsgiver må sannsynliggjøre at det foreligger et bedriftsøkonomisk behov som tilsier oppsigelser. Dersom arbeidsgiver sørger

for adekvat dokumentasjon rundt dette, har domstolene vært tilbakeholdne med å overprøve arbeidsgivers bedriftsøkonomiske vurdering. Det stilles imidlertid strenge krav til at denne vurderingen må være samvittighetsfull og grundig, og at alle andre muligheter er vurdert. Ofte vil bedriften være i en så vanskelig situasjon at det er relativt klart for begge partene i arbeidsforholdet at arbeidsgiver faktisk må ta grep, slik at dette «*nødvendighetsvilkåret*» ikke i seg selv er gjenstand for prøving fra retten, fordi begge parter aksepterer at behovet faktisk er der.



Det må tas stilling til hvilke ansatte som faktisk skal sies opp. Dette behøver ikke å være stillingsinnehaveren, dersom denne for eksempel har betydelig lengre ansiennitet enn en annen arbeidstaker, og samtidig kan bekle denne alternative stillingen.

For offentlige arbeidsgivere har det tidvis vært uenighet mellom arbeidsgiver- og arbeidstakersiden om økonomi i det hele tatt kan være et relevant vilkår for oppsigelse. De senere år synes det imidlertid som om arbeidstakersiden har akseptert at man også, for eksempel for kommuner, kan komme i en slik situasjon at oppsigelser er uunngåelige, og at behovet basert på arbeidsgivers forhold dermed er oppfylt.

Jeg nevner her Frostating lagmannsretts dom av 23.12.2014 (LF-2014-105830), hvor arbeidstaker blant annet gjorde gjeldende at kommunens økonomi ikke var tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. Lagmannsretten gikk konkret til verks og vurderte kommunens økonomi over en periode på flere år. Man viste også til tidligere Høyesterettsdom fra 2007 og siterte: «Kommunens generelle økonomi og helsepolitiske prioriteringer er etter mitt syn relevante og saklige hensyn som må tillegges betydelig vekt.» Lagmannsretten fastslo videre at kommunen hadde både rett og plikt til å vurdere tiltak for å sikre en sunn og forutsigbar økonomi på sikt, og at kommunen måtte kunne bruke nedbemanning som et virkemiddel for å oppnå en slik tilfredsstillende økonomisk situasjon.

2.2 Utvelgelsen

Videre kreves saklighet med hensyn til hvilke ansatte som skal sies opp. Dette innebærer at

arbeidsgiver først må identifisere overtalligheten, herunder hvor mange og hvilke stillinger som er overtallige. Deretter må det tas stilling til hvilke ansatte som faktisk skal sies opp. Dette behøver ikke å være stillingsinnehaveren, dersom denne for eksempel har betydelig lengre ansiennitet enn en annen arbeidstaker, og samtidig kan bekle denne alternative stillingen. Dette innebærer at arbeidsgiver både må ta stilling til hvilken del av arbeidsgivers virksomhet (utvelgelseskrets) som skal være grunnlag for vurderingen, og dernest hvilke kriterier denne utvelgelsen skal baseres på (utvelgelseskriterier).

Når det gjelder kretsen, er det rettslige utgangspunktet at virksomheten skal sees under ett, det vil si at utvelgelsen av hvilke ansatte som skal sies opp, må omfatte hele virksomheten. Ved saklig grunn kan imidlertid dette utgangspunktet fravikes. Dette vil kunne være tilfellet dersom omstillingsprosessen ellers blir uforholdsmessig tyngende, dersom arbeidsgivers enheter er organisert i separate enheter med eksempelvis egen ledelse, eget budsjett og egne virksomhetsplaner; dersom vurdering opp mot hele arbeidsgivers virksomhet ville gi betydelig uro og usikkerhet for de ansatte, og endelig at kriteriene for nedbemanning har støtte i en tidligere fast og langvarig praksis. Det er grunn til å bemerke at en begrenset utvelgelseskrets vil kunne være til fordel for den ansatte, fordi denne da forutset-



© Welcomia | Dreamstime.com

ningsvis slipper å bli trukket inn i oppsigelsesprosesser ved andre avdelinger:

«Gresvig-dommen» fra 2015 går langt i å godta en snever utvelgelseskrets, da Høyesterett kom til at det var saklig begrunnet å begrense utvelgelseskretsen for oppsigelse til den enkelte avdeling, selv om denne bare hadde én ansatt. Høyesterett la her vekt på at det forelå fast og langvarig praksis for at den enkelte butikk var utvelgelseskrets, at det var snakk om et stort antall butikker med betydelig geografisk spredning, at den enkelte ansatte hadde sin primære tilknytning til butikken, og at man ved en større utvelgelseskrets ville måtte legge beslag på

betydelige ledelsesressurser. Anvendelse av dette prinsippet på den ene ansatte i én avdeling stilte slik sett ikke denne prinsipielt dårligere enn de ansatte i en større avdeling som ved avvikling anses som en egen utvelgelseskrets. Dette ville også ha den konsekvens at arbeidstakeren unngikk å bli trukket inn i oppsigelsesprosesser ved nedleggelse av andre butikker. Også i «Posten II-dommen» fra 2017 og «Telenor-dommen» fra 2019 godtok Høyesterett at arbeidsgiver hadde saklig grunn for å fravike utgangspunktet om at hele virksomheten var utvelgelseskrets.

Når det gjelder utvelgelseskriterier, er det et viktig rettslig poeng at ansiennitetsprinsippet

Er det ikke ledig arbeid på samme stillingsnivå, må man tilby arbeid på et lavere nivå.

står sterkt i norsk rett. Det må derfor vurderes hvilke konsekvenser det får for dette ansienhetsprinsippet dersom utvalgskretsen begrenses til vedkommende enhet innenfor arbeidsgivers virksomhet. Dette fremgår klart av «Telenor-dommen» fra 2019, hvor Høyesterett godtok en begrenset utvalgskrets til businessdivisjonen i Trondheim, men hvor arbeidstakers stillingskategori (kontrakt- og salgssøtte), var den eneste av sitt slag innenfor denne enheten på 11 arbeidstakere. Vurdering opp mot denne divisjonen innebar at det ikke var noen arbeidstaker i sammenlignbare stillinger som vedkommende arbeidstaker kunne vurderes opp mot. Konsekvensen av dette var igjen at arbeidstakers langvarige ansiennitet på 32 år mistet enhver betydning som utvalgskriterium. Høyesterett fant med dette at ansiennitetsprinsippet var vesentlig svekket, og at begrensningen i utvalgskrets i dette konkrete tilfellet dermed var usaklig etter loven.

2.3 Annet passende arbeid

Som nevnt plikter arbeidsgiver å vurdere om det finnes «*annet passende arbeid*» for arbeidstakeren. Dette er et tema som ofte er oppe til rettslig vurdering. Arbeidstakeren gjør gjeldende at arbeidsgiver ikke har foretatt en grundig nok vurdering, og hevder at det forelå annet arbeid som vedkommende burde vært tilbudt. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at det ikke finnes annet passende arbeid.

Arbeidsgiver må se hen til ikke bare ledige stillinger i bedriften, men også eventuelt udekket arbeidsbehov og muligheten for å tilby den over-

tallige arbeid ved å omorganisere stillinger innenfor rammene av sin styringsrett. Arbeidsgivers plikt går imidlertid ikke så langt at man må opprette en stilling som det faktisk ikke er behov for. Er det ikke ledig arbeid på samme stillingsnivå, må man tilby arbeid på et lavere nivå.

Utgangspunktet er videre at arbeidsgiver må vurdere annet passende arbeid innenfor hele sin virksomhet. Arbeidsgiver må her godtgjøre at man har oppfylt disse kriteriene, og man bør da bruke tid og dokumentere dette grundig. I Borgarting lagmannsretts dom fra 04.02.2020 (NRK) ble arbeidstakeren vurdert opp mot totalt 41 alternative stillinger. Arbeidsgiver hadde brukt tid, og lagmannsretten fant at arbeidsgiver hadde oppfylt sin plikt til å søke etter annet adekvat arbeid for arbeidstakeren. Det samme ble resultatet i lagmannsrettens dom av 12.10.2020 (Dagbladet), hvor to grafikere ble sagt opp. Dagbladet fikk her medhold i at oppsigelsen var saklig, blant annet fordi alternativ stilling ville ha nødvendiggjort omfattende kompetansehevende tiltak som gikk ut over det Dagbladet som arbeidsgiver var forpliktet til å tilby. Også i «Gresvig-dommen» fra 2015 ble kravet om «*annet passende arbeid*» ansett oppfylt, selv om arbeidstakeren bare ble tilbudt en annen stilling. Selv om dette tilbudet innebar en vesentlig dårligere avlønning, oppfylte det lovens krav om «*annet passende arbeid*» når det faktisk ikke fantes stillinger som bedre samsvarer med arbeidstakers tidligere jobb som butikksjef.

2.4 Interesseavveiningen

Ved den interesseavveiningen som arbeidsgiver plikter å foreta, fremgår det av «Posten II-dommen»



© Endstock | Dreamstime.com

at fremsatt stillingstilbud, arbeidstakers alder, tjenestetid, økonomisk situasjon og usikkerhet på arbeidsmarkedet vil være relevant. Hensynene til arbeidstakeren må holdes opp mot bedriftens behov for å gjennomføre nødvendig nedbemanning. Jo sterkere behovet er, jo mer tungtveiende må også argumentene på arbeidstakers side være.

I lagmannsrettens dom av 12.10.2020 (Dagbladet) var behovet for nedbemanning ansett å være svært stort. Når det først forelå saklig begrunnet behov for omstilling og nedbemanning, skal det mye til før arbeidstakers

individuelle forhold får avgjørende betydning. I «Gresvig-dommen» fra 2015 sies dette slik at det må foreligge «ekstraordinære forhold». Selv om arbeidstakerne i lagmannsrettens dom om Dagbladet var henholdsvis 55 og 49 år gamle, hadde de fortsatt relativt mange år igjen til pensjonsalder. De hadde gode skussmål og lagmannsretten kunne ikke se at de skulle være forhindret fra å kunne finne alternativ beskjeftigelse. Heller ikke den lange ansienniteten på henholdsvis 32 og 27 år var til hinder for oppsigelse, ref. den høye terskelen som rettspraksis oppstiller for at individuelle forhold kan oppveie bedriftens dokumenterte rasjonaliseringsbehov.

2.5 Saksbehandling

I flere av dommene går det igjen at retten legger stor vekt på arbeidsgivers saksbehandling. Den må være forsvarlig og etterprøvbar for domstolene. Det er helt avgjørende at arbeidsgiver kan dokumentere de vurderinger som er gjort.

I dommen av 12.10.2020 (Dagbladet) uttalte lagmannsretten at interesseavveiningen i utgangspunktet måtte gå i arbeidsgivers favør. Lagmannsretten var likevel i tvil om utfallet av vurderingen fordi Dagbladet ikke kunne dokumentere klart og konkret hvilke vurderinger som var foretatt ved de konkrete oppsigelsene. Retten fant imidlertid at det generelle omstillingsbehovet var klart dokumentert, og at vurderingene kom tilstrekkelig klart frem gjennom vitneførsel.

I «Skanska-dommen» kom Høyesterett til at oppsigelsene i utgangspunktet var saklige, men at disse likevel måtte kjennes ugyldige på grunn av feil i arbeidsgivers saksbehandling. Dette fordi det bare ble gjort en reell vurdering av et lite mindretall innenfor angitt utvelgelseskrets. Denne vurderingen var da for smal og ufullstendig til å kunne bygge gyldig oppsigelse på. På den måten kunne domstolen i ettertid heller ikke få prøvd sakligheten på en tilstrekkelig betryggende måte. Høyesterett viste til lagmannsrettens formulering om at når Skanska som arbeidsgiver benyttet så vidt skjønsmessige underkriterier som «*kreativitet, selvstendighet og omdømme...*», var Høyesterett enig i at man da måtte belegge sin vurdering med «*solid dokumentasjon*». Høyesterett uttalte at dess mer skjønsmessig og subjektive kriteriene for oppsigelsen er, dess bedre dokumentasjon må kreves.

Ved interesseavveiningen ser domstolene likeledes hen til betydningen av enighet mellom arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. Dette kommer blant annet også til uttrykk i «Skanska-dommen» hvor Høyesterett viste til at partene

var enige om å anvende utvelgelseskriteriene «*kompetanse, reisevillighet/mobilitet, ansiennitet og særlig sosiale forhold*». Høyesterett anførte at en slik enighet vil være et tungtveiende moment ved saklighetsbedømmelsen.

3. OPPSUMMERING

Det fremgår av ovennevnte at det er en rekke forhold å passe på også ved oppsigelse basert på virksomhetens forhold. Formalia og dokumentasjon er svært sentralt. Det er viktig å tilstrebe at hele prosessen foregår på en så ryddig, balansert og dokumenterbar måte som mulig, slik at man slipper å bli felt på manglende formalia. Det er selvsagt svært frustrerende for en arbeidsgiver å tape en rettsak på formalia dersom hensynet til bedriften klart tilsa at oppsigelsene var korrekte.

Dersom arbeidsgiver kommer over det formelle hinderet, viser rettspraksis at det legges stor vekt på arbeidsgivers økonomiske vurdering når først behovet for nedbemanning og rasjonalisering er til stede. Arbeidsgiver må videre kunne godtgjøre at arbeidstaker er tilbudt «*annet passende arbeid*». Arbeidsgivers plikter går langt, både når det gjelder å vurdere eksisterende stillinger og udekket arbeidsbehov. Likevel går plikten ikke så langt at man må opprette en stilling som det faktisk ikke er behov for.

Ved den avsluttende interesseavveiningen er det viktig å kunne dokumentere arbeidsgivers behov så godt som mulig opp mot arbeidstakers individuelle forhold. Som sagt skal det mye til for at arbeidstakers individuelle forhold skal få avgjørende betydning når først behovet for nedbemanning og rasjonalisering er til stede og dokumenterbart.



Trigge tvister eller være klok? Praktiske erfaringer ved omorganisering og nedbemanning

Av partner/advokat (H) Sigrun Sagedahl
sigrun.sagedahl@projure.no

*Noen bedrifter omorganiserer og nedbemanner
uten tvister, mens andre roter det til.
Hva er årsaken til den store forskjellen?*

I. INNLEDNING

For få år siden førte oljekrisen til store behov for omorganiseringer og nedbemanninger. Bedrifter langt utenfor olje-, service- og leverandørindustrien ble påvirket. Det norske arbeidslivet står fortsatt foran store endringsutfordringer med forventninger om et grønt skifte, teknologisk endring og utvikling, samt en stadig eldre befolkning. På toppen av det hele er mange nå mer akutt rammet som følge av koronapandemien eller en blanding av pandemi og usikkerhet med hensyn til oljepris.

Det er mange bedrifter som må gjennom krevende omstillinger og nedbemanninger. Som

arbeidsrettsadvokat i Stavanger over en rekke år, har jeg reflektert over hvorfor noen bedrifter klarer slike omstillinger og nedbemanninger uten tvister, mens andre får en rekke tvistesaker gjerne både på tariffnivå og med individuelle ansatte.

Skyldes forskjellen at noen bedrifter utfordrer ansiennitetsprinsippet mer enn andre? Jeg tror ikke det er hovedårsaken.

Noe av utfordringen er selvfølgelig at lovgivningen ikke angir en helt konkret framgangsmåte for nedbemanning. For å treffe planken må man være godt kjent med rettsutviklingen i domstolene. Det er lett å angripe en oppsigelse. Det er



Advokat (H) Sigrun Sagedahl er partner i Projure Advokatfirma AS i Stavanger og arbeider hovedsakelig med arbeidsrettslig rådgivning til større firma.

en langt mer kompleks oppgave å sørge for en «vanntett» nedbemanningsprosess.

Min erfaring er at dialogen med tillitsvalgte og de berørte ansatte er nøkkelen til en prosess uten de store konfliktene.

2. TREPARTSSAMARBEIDET OG LOKALT SAMARBEID

Det norske arbeidslivet er preget av trepartssamarbeidet der vesentlige utfordringer i arbeidslivet søkes løst i et samarbeid mellom arbeidsgiverorganisasjoner, arbeidstakerorganisasjoner og politisk ledelse. Den norske erfaringen

er at trepartssamarbeidet gir bedre løsninger enn om Storting og regjering alene skulle stå for vanskelige prioriteringer når det gjelder reguleringer og bevilgninger. Dette har vi også sett gode eksempler på under koronapandemien og det massive behovet for raske endringer i lover og forskrifter.

Samarbeidet mellom partene forutsetter også betydelig medvirkning lokalt på arbeidsplassene. For det første skal det være et løpende samarbeid om vernearbeidet med verneombud og AMU. For det andre er det krav om medvirkning for tillitsvalgte og individuelle ansatte i forbindelse med endringer som får betydning for

Min hypotese er at hovedårsaken til mange, kanskje de fleste, konflikter er manglende involvering av tillitsvalgte og individuelle ansatte og ikke minst fravær av transparens i prosessene.

arbeidstakernes arbeidssituasjon, enten det skjer i form av omorganiseringer med nye arbeidsoppgaver, endringsoppsigelser eller i verste fall rene oppsigelser.

Min hypotese er at hovedårsaken til mange, kanskje de fleste, konflikter er manglende involvering av tillitsvalgte og individuelle ansatte og ikke minst fravær av transparens i prosessene.

Vi har en rekke lovbestemmelser og bestemmelser i tariffavtaler som skal ivareta arbeidstakernes og tillitsvalgtes medvirkning og/eller krav om drøftelser før beslutning. I arbeidsmiljøloven er følgende bestemmelser aktuelle: § 4-2 om krav om tilrettelegging, medvirkning og utvikling og forskrift om organisering, ledelse og medvirkning, arbeidsmiljøloven (aml.) kap 8 om plikt til informasjon og drøfting for virksomheter som sysselsetter minst 50 ansatte, aml. §§ 15-1 og 15-2 om plikt til drøfting før beslutning om oppsigelse, og informasjon og drøfting ved masseoppsigelse. I tillegg kommer tariffavtalenes bestemmelser om drøftelser, som eksempelvis i LO-NHO Hovedavtalen er inntatt i kapittel 8.

Etter mitt syn er det ikke mulig med reell drøftelse uten at tillitsvalgte og den konkrete ansatte er gitt innsyn i det faktiske grunnlaget som arbeidsgiver bygger på, og de foreløpige vurderingene som arbeidsgiver har gjort. Uten innsyn blir samtalen redusert til å være en informasjonssamtale.

3. DRØFTELSE OG INNSYN VED OPPSIGELSE AV EN ELLER FLERE ANSATTE

3.1 Detaljgrad av informasjon og drøftelser

Vi ser at det i praksis ofte er stor uenighet mellom arbeidsgivere og arbeidstakersiden om hvor detaljert informasjon og dokumentasjon arbeidsgiver har plikt til å fremlegge.

Hva skal til for å innfri tariffavtalenes og lovens krav i forbindelse med omorganiseringer og nedbemanning, og hvor inngående skal drøftelser med individuelle ansatte være før eventuell endringsoppsigelse eller ren oppsigelse?

Aml. § 15-2 tredje ledd fastsetter at arbeidsgiver har plikt til å gi tillitsvalgte «alle relevante opplysningen».

Ordlyden presiserer at det skal gis skriftlig informasjon om: a) grunnene til oppsigelsen b) antall arbeidstakere som vil kunne bli oppsagt, c) hvilke arbeidsgrupper de tilhører, d) antall arbeidstakere som normalt er ansatt, e) hvilke arbeidsgrupper som normalt er sysselsatt, f) over hvilken periode oppsigelsene vil kunne bli foretatt, g) forslag til kriterier for utvalgelse av de som eventuelt skal sies opp og h) forslag til kriterier for beregning av eventuelle ekstraordinære sluttvederlag.

Det følger klart av rettspraksis at arbeidsgiver også må drøfte den såkalte utvalgelseskreten med tillitsvalgte. Dette er den kretsen av personer/stillinger som den enkelte ansatte skal vurderes mot når det gjelder utvalgelseskriteriene. Hovedregelen er at hele den juridiske enheten skal anses som en utvalgelseskrets, men det kan være saklig grunn til å lage mindre



utvalgelseskreter etter den læren som følger av domstolskapt rett. Det viktigste her er at kretsene ikke lages slik at ansiennitetsprinsippet i realiteten faller bort.

3.2. Personvern hensyn

Aml. § 15-1 fastsetter at arbeidsgiver må drøfte en mulig oppsigelse med den individuelle ansatte (og evt. vedkommendes tillitsvalgte eller rådgiver) før beslutning fattes. Man skal drøfte både oppsigelsens grunnlag og utvalgelse (her tenkes det på utvalgelse mellom arbeidstakere). Herunder må det drøftes om det er andre ledige stillinger.

En ansatt som står overfor en mulig oppsigelse, har behov for å vite hvorfor arbeidsgiver mener det nettopp er vedkommende som blir overflødig, og hvorfor andre er foretrukket i en konkret stilling. Dersom arbeidsgiver er bundet av de vanligste tariffavtalene, vil utgangspunktet for overtallighet være ansiennitet, og arbeidsgiver må da kunne begrunne hvorfor arbeidsgiver mener det eventuelt er saklig grunn for avvik fra ansienniteten.

Enkelte arbeidsgivere vil ikke vil gi ansatte informasjon om hvordan man konkret har vurdert den ansatte, og det gis heller ingen konkret redegjørelse for hvordan den ansatte vurderes i forhold til de ansatte som velges inn i stillinger. Ofte anføres det at personvernet til andre ansatte står i veien for å gi slik informasjon. Dette er noe som er drøftet i forarbeidene til aml. § 15-1 og slik jeg forstår forarbeidene, konkluderes det med at hensynet til drøftelsene må gå foran andre ansattes personvern når det gjelder mer objektive forhold relatert til den enkelte, som opplysninger om utdanning, erfaring, ansiennitet og lignende. Opplysninger om eventuelle sosiale forhold er imidlertid noe annet og bør ikke gis videre til andre ansatte.

3.3 Transparens inngir tillit

Min oppfatning er at jo tettere arbeidsgivere holder kortene til brystet, jo mer mistenksomme blir tillitsvalgte og berørte arbeidstakere. Dette er i seg selv ofte en kime til tvister. Manglende åpenhet innebærer også stor risiko for uro blant de mange ansatte som ikke er direkte berørt. Jeg mener bestemt at en arbeidsgiver som er

I flere av sakene hvor arbeidsgiver har vunnet fram med sine synspunkter på rettslige prinsipper, er likevel oppsigelsene kjent ugyldig som følge av at prosessene er så svake at retten ikke klarer så etterprøve arbeidsgivernes egentlige vurderinger.

Jeg mener bestemt at en arbeidsgiver som er åpen, men argumenterer for sin løsning, samtidig som man viser vilje til å høre på innspill, lettere oppnår det som er best for bedriften.

åpen, men argumenterer for sin løsning, samtidig som man viser vilje til å høre på innspill, lettere oppnår det som er best for bedriften.

3.4 Rettsutviklingen

Tvister mellom partene er ikke bare negative. Vi har hatt en rekke dommer både i Arbeidsrett og Høyesterett som klargjør prinsipielle forhold til nytte for alle andre som skal nedbemanne. Siden arbeidsretten er et spesielt dynamisk rettsområde er det viktig at noen som har økonomisk mulighet, går foran på dette punkt.

Som eksempler kan nevnes (alle arbeidsgivere var omfattet av LO-NHO Hovedavtalen):

- Posten II-dommen hvor det ble avklart at en arbeidsgiver må vurdere bemanningssituasjonen i et litt større tidsperspektiv. Man kan ikke gå til nyansettelser i en avdeling, når man må vite at det snart kommer overtallighet i en annen.

- Skanska-dommen, som avklarte at ansiennitet er utgangspunktet, men at ansiennitet ikke er en hovedregel og det heller ikke er en spesiell terskel for å avvike ansiennitet.

- NOKAS-dommen i Arbeidsretten og Telenor-dommen som avklarte at utvelgelseskretsen må ha en tilstrekkelig størrelse til at ansiennitetsprinsippet blir reelt.

- Linjebygg-dommen som avklarte at overtallige ansatte har krav på å bli vurdert mot ledige stillinger utenfor utvelgelseskretsen.

Fortsatt er vekten av ansiennitet et uavklart spørsmål som diskuteres i juridisk teori og i konkrete saker.

3.5 Selve prosessen og kravet til etterprøvbarehet

Nyere rettspraksis viser framfor alt at det stilles store krav til selve prosessen, og ikke minst til at arbeidsgivers beslutninger er etterprøvbare.



I flere av sakene hvor arbeidsgiver har vunnet fram med sine synspunkter på rettslige prinsipper, er likevel oppsigelsene kjent ugyldig som følge av at prosessene er så svake at retten ikke klarer så etterprøve arbeidsgivernes egentlige vurderinger.

Denne artikkelen gir ikke rom for en detaljert beskrivelse av en riktig prosess. Jeg vil bare benytte anledningen til å nevne noen punkter (ikke uttømmende):

- De riktige selskapsorgan må behandle saken.
- Det må lages en grundig dokumentasjon som viser hva arbeidsgiver angir er bakgrunnen for behovet.
- Drøftelsene med tillitsvalgte og arbeidstakere må være reelle – derfor er innsyn nødvendig.
- Det må vurderes om man kan komme i mål med alternativer – er omplussinger mulig?
- Bemanningsbehovet – nødvendige arbeidsoppgaver – må være grundig vurdert.

- Utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier må være saklige utfra bedriftens behov – man må vurdere hvilken vekt de ulike kriterier skal ha.

- De som er omfattet av tariffavtaler som har bestemmelser om ansiennitetsprinsippet, må vise at de tar utgangspunkt i dette og at det gis begrunnelse for avvik.


- Det er en fordel om arbeidsgiver og tillitsvalgte er enige om prinsipper og prosess.

- Det må gjøres en grundig vurdering av den enkelte ansatte i tråd med prinsippene som er fastsatt.

- Andre ledige stillinger må vurderes.

- Det må gjøres en interesseavveining mellom bedriftens behov og den ansattes ulempe.

- Alt må dokumenteres slik at domstolen kan etterprøve om vurderingene er saklige og grundige nok.



HR 2020-2109 A: Har innleide arbeidstakere rett til tilsvarende bonus som fast ansatte i innleievirksomheten?

Av advokat/partner Karianne Rettedal
karianne.rettedal@projure.no

*Spørsmålet i den aktuelle saken
var om bonus basert på selskapets resultat
inngår i lønnsbegrepet i likebehandlingsregelen
i aml. § 14-12 a.*

Karianne Rettedal er advokat og partner i Projure Advokatfirma i Stavanger. Hun har bakgrunn fra arbeidstakerforening gjennom 15 år som advokat innenfor kollektiv og individuell arbeidsrett, og hun bistår arbeidstakere og arbeidsgivere i ulike forhandlinger og har utstrakt prosedyreerfaring. Karianne har også vært juridisk rådgiver for NAV og kjenner til alle folketrygdens stønadsområder.

I. SAKENS BAKGRUNN

Bemanningsforetaket Semco Maritime AS foresto utleie av to dekkoperatører til operatørselskapet BP, senere AkerBP fra henholdsvis 2006 og 2013. De utleide arbeidstakerne hadde i hele innleieperioden utført tilsvarende arbeidsoppgaver som fast ansatte, underlagt AkerBPs ledelse og instruksjon.

Semco Maritime AS var bundet av samme tariffavtale som AkerBP, og begge hadde tilsvarende grunnlønn som fast ansatte. De fikk imidlertid ikke delta i selskapets bonusordning fordi de ikke var ansatt i AkerBP.

Vikarbyrådirektivet og arbeidsmiljøloven (aml.) § 14-12 a kommer til anvendelse på utleide arbeidstakere fra bemanningsforetak. Entreprisavtaler og utleie etter aml. § 14-13, samt midlertidige ansettelse vil falle utenfor. Treparkonstellasjonen er en forutsetning for rett til likebehandling.

Spørsmålet i den aktuelle saken var om bonus basert på selskapets resultat inngår i lønnsbegrepet i likebehandlingsregelen i aml. § 14-12 a. Bonusordningen hadde som formål å «belønne ansatte for prestasjon som bidrar til selskapets resultat».

Semco Maritime og AkerBP fremhevet at bonusen ikke ble beregnet etter den enkeltes personlige arbeidsinnsats og følgelig ikke var «lønn». Videre pekte Semco på at bonusordningen var ensidig fastsatt og diskresjonær.

De innleide arbeidstakerne anførte at bonusen var ment å stimulere prestasjon både individuelt og kollektivt, på en slik måte at selskapet kunne nå sine forretningsmessige mål. Forbindelseslinjene til den enkeltes arbeidsinnsats må dermed være oppfylt. Det var ingen forskjell i prestasjonen sammenlignet med fast ansatte. Ansettelsesformen innleie kan ikke begrunne forskjellsbehandling av ytelse.

Arbeidstakerne anførte at det må foretas en sammenligning mellom den hypotetiske situasjonen at de var fast ansatt i stillingen, og ikke innleid i samme periode. Dersom de ville hatt rett til bonus som fast ansatte, måtte det være avgjørende. Dette synet samsvarer også best med en formålsoverordnet fortolkning.

2. SAKENS GANG

Stavanger tingrett fant i juni 2018 at bonus basert på selskapets resultat var å anse som «lønn» og dermed underlagt likebehandlingsplikten i aml. § 14-12 a. Bestemmelsen har sitt grunnlag i Vikarbyrådirektivet og ble innlemmet

I norsk rett har vi ikke et entydig lønnsbegrep som avklarer om bonus er lønn.

i norsk rett fra januar 2013. Direktivet slår fast at det er det nasjonale lønnsbegrepet som skal legges til grunn ved vurderingen av om en ytelse er «lønn».

I norsk rett har vi ikke et entydig lønnsbegrep som avklarer om bonus er lønn. Diskrimineringsregelverket angir at bonus er lønn. Bonus av slik karakter gir også grunnlag for feriepenger etter ferieloven. I Manpowerdommen fra juni 2018 er det avklart at det er de norske forarbeidene som er den sentrale rettskilden til forståelsen av likebehandlingsprinsippet. Saken gjaldt rett til reisetidsgodtgjørelse. Det er også avklart at det skal legges til grunn en formålsorientert tolkning med reell likebehandling som siktemål. I Manpower-avgjørelsen fant Høyesterett at lovgiver ikke har ment å legge til grunn et så vidt lønnsbegrep som i diskrimineringsregelverket. Det er også avklart at begrepet «vederlag for arbeid» ikke er ment begrenset til arbeidstiden eller bare aktiv arbeidsutførelse. Spørsmålet om bonus var imidlertid ikke avklart etter avgjørelsen.

Arbeidstakerne fremhevet formålet med likebehandlingsbestemmelsen. En formålsorientert tolkning tilsier at bonus inngår i lønnsbegrepet. Formålet er å sikre likebehandling mellom fast ansatte og innleide. Dersom det er mulig å avlønne arbeid ulikt innenfor en virksomhet, vil bruk av innleie gi et økonomisk incentiv som undergraver hovedregelen om fast ansettelse.

Stavanger tingrett fant at bonusen i AkerBP var

å anse som vederlag for arbeid og inngår i det norske lønnsbegrepet. Semco Maritime anket avgjørelsen.

3. LAGMANNSRETTENS VURDERING

Gulating lagmannsrett kom til motsatt resultat. Lagmannsretten la vekt på at ytelsen ikke hadde tilstrekkelig nærhet til personlig arbeidsinnsats. Elementet av individuell arbeidsprestasjon var ikke tilstrekkelig etter rettens vurdering. Videre vektla Gulating at bonus basert på et selskaps resultat ikke regnes som «lønn» i Storbritannia, slik også enkelte forfattere har tatt til orde for i juridisk teori. Enn videre la Gulating vekt på at bonus måtte være en ytelse som kunne forbeholdes fast ansatte basert på reelle hensyn. Formålsbetraktningene som ble gjort av Gulating skilte seg fra Stavanger tingretts betraktninger. De utleide arbeidstakerne anket avgjørelsen til Høyesterett.

4. HØYESTERETTS VURDERING

For Høyesterett sto saken i alt det vesentlige likt som for de lavere instanser. Det springende punkt var om bonus basert på en virksomhets resultat inngår i lønnsbegrepet i norsk rett.

Partene var enige om at de innleide ville hatt rett til bonus som fast ansatte. Det var også enighet om innleieferholdenes varighet og kravenes størrelse. En av de innleide hadde hatt perioder med sykmelding og en periode av permittering i innleieperioden. Den andre hadde fått fast ansettelse i AkerBP fra januar 2018. Innleieferholdet besto ikke på utbetalingstidspunktet for bonus i



2018. De subsidiære spørsmålene var knyttet til disse forholdene.

Høyesterett uttaler i premiss 82 flg.

«... kjernen i lønnsbegrepet er om ytelsen er et vederlag for arbeid, eventuelt for et resultat eller en prestasjon som den ansatte selv har stått for. Også bonusordninger vil være omfattet så lenge det dreier seg om vederlag for arbeid. Dette gjelder enten det er tale om individuelle bonusordninger eller ordninger på gruppe- eller virksomhetsnivå.

I hvilken form vederlaget ytes, eller om det er kalt lønn, er ikke avgjørende. Det kreves ikke at vederlaget er fastsatt på grunnlag av formelt bindende regler. Også vederlag som er ensidig fastsatt av innleieferoretaket kan være omfattet.»

Høyesterett kom til at fraværet som følge av sykdom ikke ga grunnlag for fradrag under bonusprogrammet. Slikt fradrag ville ikke blitt gjort som fast ansatt.

Etter Høyesteretts avklaring vil kun bonusordninger som ikke har, eller kun har helt perifer tilknytning, til belønning for arbeid falle utenfor likebehandlingsplikten.

Videre kom Høyesterett til at det skulle gjøres fradrag i bonusen for fraværet som skyldtes permittering. I tilfeller av permittering avbrytes innleieforholdet, som er en forutsetning for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Høyesterett fant også at de innleide må fylle vilkårene for bonus som fast ansatt hva gjelder kravet om innleieforhold/ansettelsesforhold på utbetalingstidspunktet.

Høyesterett kom enstemmig til at arbeidstakerne hadde krav på bonus. Avgjørelsen er enstemmig, og arbeidstakerne ble også tilkjent fulle omkostninger for alle instanser.

5. RETTSTILSTANDEN NÅ

Hva gjelder bonuser, må de etter sin karakter ha tilknytning til arbeidsprestasjon etter avgjørelsen.

Etter Høyesteretts avklaring vil kun bonusordninger som ikke har, eller kun har helt perifer tilknytning, til belønning for arbeid falle utenfor likebehandlingsplikten. Bonuser uten tilknytning til arbeidsprestasjon kan være bonuser basert på utvikling i aksjekurs eller valutakurser. Det er vanskelig å tenke seg andre typer bonus i et ansettelsesforhold hvor det ikke er tilknytning til belønning for arbeid.

Avgjørelsen løser imidlertid ikke fullt ut spørsmålet om andre typer ytelser i relasjon til likebehandlingsplikten. Hva gjelder andre ytelser, kan det etter undertegneds syn ikke oppstilles et krav om aktiv arbeidsutførelse eller direkte forbindelse til arbeidstiden, jf. premiss 39 i Manpower-avgjørelsen.

Det er fortsatt kun pensjon som er positivt unntatt fra likebehandlingsplikten i forarbeidene. Spørsmålet om dekning av lønn ved sykdom overstigende 6G, er ikke berørt og fortsatt uavklart. Det kan også være ulike ytelser under f. eks. permisjon hvor arbeidsgiver/innleier dekker mer enn lovpålagt ytelse som heller ikke er løst i forarbeidene eller ved avgjørelsen.

De grunnleggende prinsippene om reell likebehandling og formålets betydning, er allikevel forsterket gjennom avgjørelsen som veiledning for spørsmål om andre ytelser. Det er etter avgjørelsen grunnlag for å anlegge en formålsorientert fortolkning i tilfeller av ytelser som ikke er berørt eller løst i forarbeidene.





Ingeborg Tveit er senioradvokat i Stiegler WKS Advokatfirma og er tilknyttet firmaets faggruppe for arbeidsrett. Tveit har arbeidet flere år i domstolen som dommerfullmektig og som utreder i Gulating lagmannsrett. Hun er også engasjert som foreleser i arbeidsrett ved Høyskolen BI i Bergen.

Bortfall og endring av sluttavtaler

Av senioradvokat Ingeborg Tveit
it@stieglerwks.no

Hva om sluttavtalen som virket god og balansert da den ble undertegnet, viser seg å ikke være det likevel?

I. INNLEDNING

Arbeidsgiver og arbeidstaker kan bli enige om en sluttavtale som et alternativ til oppsigelse. Sluttavtaler, eller sluttpakker som det også kalles, er et vanlig virkemiddel i nedbemanningsprosesser. Også når arbeidsgiver ønsker å gå til oppsigelse på grunn av misnøye med arbeidstakeren, kan en sluttavtale være et hensiktsmessig alternativ. Men hva om sluttavtalen som virket god og balansert da den ble undertegnet, viser seg å ikke være det likevel? Eller kanskje sluttavtalen aldri var god, men ble akseptert av en presset arbeidstaker?

Er det mulig å kreve at en sluttavtale må falle bort eller endres? Det korte svaret er ja, hvis sluttavtalen er kvalifisert urimelig eller strider mot god forretningsskikk, men det skal mye til. Det lange svaret om hvor terskelen ligger finner vi ved å se på typetilfeller fra rettspraksis.

2. EN SLUTTAVTALE ER EN AVTALE

Det selvsagte først. En sluttavtale mellom en arbeidsgiver og en arbeidstaker er en avtale på lik linje med andre avtaler som inngås mellom to eller flere parter. Ordningen med sluttavtaler er ikke regulert i arbeidsmiljøloven, slik som reglene om oppsigelse. Vanlige komponenter i sluttavtaler

Vurderingene av om en sluttavtale er urimelig eller i strid med god forretningsskikk, vil være skjønnspreget og bero på de helt konkrete omstendighetene i saken.

er fritak for arbeidspikten i oppsigelsestid, etterlønn i et gitt antall måneder og tilskudd til videreutdanning og jobbsøking. Men arbeidsgiver og arbeidstaker må bli enige. Arbeidstaker kan ikke ensidig kreve noe mer enn lønn og arbeid i oppsigelsestiden, og ingen arbeidsgiver kan betale seg ut av et søksmål og et krav om å stå i stillingen mens tvisten pågår, hvis den ansatte uansett vil beholde jobben. Om partene ikke blir enige, er det arbeidsmiljølovens regler om rettigheter og plikter ved oppsigelse som gjelder.

3. HØY TERSKEL FOR Å FÅ ENDRET EN SLUTTAVTALE

Det klare utgangspunktet i avtaleretten er at avtaler skal holdes. En avtale kan likevel settes til side eller endres, hvis det vil «virke urimelig eller i strid med god forretningsskikk» å gjøre avtalen gjeldende. Ved vurderingen skal det tas hensyn til «avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig». Dette følger av avtaleloven § 36 som også gjelder for sluttavtaler.

Hvor ille må det være for at lovens vilkår er oppfylt? Rettspraksis er klar på at terskelen er høy for å få endret en avtale på grunnlag av avtaleloven § 36. Det er de klare urimelighetene som rammes. Det avgjørende er en totalvurdering av forholdet. En eventuell endring skal dessuten være begrenset til det som er nødvendig for å avbøte en kvalifisert urimelighet, og det er ikke et mål at avtalen skal bli mest mulig balansert.

Ved vurderingen av om det er grunnlag for å revidere en sluttavtale, vil særlig styrkeforholdet mellom partene, forholdene rundt avtaleinngåelsen og avtalenes innhold være av betydning. I denne vurderingen må det ses hen til at avtalen gjelder arbeidsforhold.

For å forsøke å komme nærmere et svar på hvor listen ligger for hvilke sluttavtaler som rammes av avtaleloven § 36, må vi se nærmere på type-tilfeller fra rettspraksis.

4. TYPETILFELLER

4.1 Sluttavtalen er betydelig dårligere enn innarbeidet praksis i bedriften

Større selskap vil over tid normalt gjennomgå flere omstillings- og nedbemanningsprosesser. Hvis bedriften over mange tiår har hatt praksis for en standardisert sluttpakkeordning til ansatte som er overtallige, kan det oppleves som urettferdig at bedriften plutselig endrer denne praksisen.

Bedriften vil likevel stå fritt til å endre slike standardiserte sluttpakkeordninger. Normalt vil ikke en endring av praksisen i seg selv gi grunnlag for et krav om endring av sluttavtalen på grunnlag av avtaleloven § 36.

Utgangspunktet om at arbeidsgiver står fritt til å endre innarbeidet praksis for innholdet i sluttpakkeordninger, er stadfestet i Høyesteretts avgjørelse i HR-2020-2202-A. Høyesterett uttaler i avsnitt 32 at:



«De sluttvederlagene som Shell tilbød sine ansatte ved nedbemanning, fulgte ikke av ansettelsesavtale, tariffavtale eller lov. Ordningene var innført og finansiert av arbeidsgiver for å gjøre selskapet konkurransedyktig på lønn og arbeidsvilkår. Selskapet kunne dermed i utgangspunktet endre ordningene og gjøre innskrenkninger i dem i medhold av styringsretten, jf. Fokus Bank Rt-2010-412 avsnitt 34-37. Forutsetningen er at endringene hviler på et forsvarelig grunnlag og ikke er misbruk av styringsretten, jf. Osloskolen Rt-2011-841 avsnitt 57.»

Men hvis arbeidsgiver har gitt et løfte om ikke å endre en sluttpakkeordning, så binder dette arbeidsgivers styringsrett, og de ansatte vil da

ha et rettskrav på at sluttpakkeordningen ikke endres. Høyesterett uttaler om dette i avsnitt 34 og 35 at:

«Det er ikke tvilsomt at arbeidsgiver kan binde sin styringsrett, og at det kan skje både ved ensidige skriftlige og muntlige løfter. Har arbeidsgiver gitt et slikt løfte, så binder det selskapet – uansett om det har kommet inn nye eiere og ny ledelse.»

«Saken her dreier seg om ensidig fastsatte pensjonsytelser av stor økonomisk verdi. Det vil da i utgangspunktet være en viss presumsjon for at arbeidsgiver ikke har gitt avkall på retten til å endre ordningene, jf. Statoil Rt-2008-1246 avsnitt 49. For



å fravike dette utgangspunktet må det være holdepunkter av en viss vekt som tilsier at arbeidstakerne har rettigheter som er til hinder for endring, jf. Fokus Bank avsnitt 37.»

Saken i HR-2020-2202-A gjaldt en sluttpakkeordning med tidligpensjon for ansatte over 57 år av stor økonomisk verdi. Høyesterett la til grunn at det derfor var presumsjon for at arbeidsgiver ikke hadde gitt avkall på retten til å endre ordningen, og at det måtte være holdepunkter av en viss vekt som tilsier at arbeidstakeren har rettigheter som er til hinder for endringen. Den samme presumsjonen må antakeligvis også gjelde for fordelaktige sluttpakkeordninger med etterlønn som arbeidsgiver ensidig har innført for selskapets ansatte.

Hvis bedriften presser den ansatte til å akseptere en sluttavtale med dårligere betingelser enn den ansatte har krav på, vil sluttavtalen trolig kunne kreves endret etter avtaleloven § 36. Dette ble resultatet i avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett som stod til prøving for Høyesterett i HR-2020-2202-A. Lagmannsretten kom i LB-2018-104346 til at bedriften hadde gitt et løfte til de ansatte om at sluttpakkeordningen med tidligpensjon skulle være fredet i en periode på 2 år. Ved en nedbemanning i «fredningsperioden» fikk syv overtallige ansatte mellom 57 år og 60 likevel ikke tilbud om tidligpensjon,

men en avtale om sluttvederlag i form av en engangssum. Sluttvederlaget som ble tilbudt var raust, men innebar en betydelig dårligere økonomisk ordning enn ordningen med tidligpensjon.

Etter en totalvurdering av de konkrete forholdene rundt avtaleinngåelsen kom lagmannsretten til at det ville være i strid med god forretningsskikk å gjøre sluttavtalene gjeldende. Lagmannsretten pekte på at de ansatte hadde et avtalemessig krav på tidligpensjon. Videre ble det påpekt at det var et ujevnt styrkeforhold mellom partene. Det ble også vist til at de ansatte fikk kort frist – mindre enn en uke – til å akseptere sluttpakken eller eventuelt bli stilt på bar bakke med tre måneders oppsigelsestid. De økonomiske konsekvensene var dermed uforholdsmessig store. Beløpet som var tilbudt gjennom sluttavtalene var høye, men størrelsen reflekterte ansiennitet og lønnsnivå og var et minimum av hva arbeidsgiver etter fredningsavtalen var bundet til å yte når det ble inngått avtale om sluttvederlag. Beløpets størrelse i sluttavtalen kunne derfor ikke være avgjørende for vurderingen av god forretningsskikk. De ansatte brukte 4–6 måneder før de tok ut søksmål, men dette la ikke lagmannsretten avgjørende vekt på.

Resultatet ble snudd i Høyesteretts avgjørelse (HR-2020-2202-A). De ansatte fikk likevel ikke medhold i et krav om endring av sluttavtalene.

Høyesterett hadde ikke et avvikende syn på avtaleloven § 36, men i motsetning til lagmannsretten kom Høyesterett frem til at bedriften ikke hadde gitt et løfte om å frede ordningen med tidligpensjon. Da kunne det etter Høyesteretts syn heller ikke være i strid med god forretningsskikk og avtaleloven § 36 å gjøre sluttavtalene gjeldende.

4.2 Arbeidsgiver forskjellsbehandler

Hvis en arbeidstaker oppdager at andre ansatte har fått tilbud om gunstigere sluttpakker i en nedbemanningsprosess, er det naturlig at arbeidstakeren reagerer på dette.

Det klare utgangspunktet er likevel at det er arbeidstakeren som bærer ansvaret for å fremforhandle det hun selv mener er gode nok betingelser. Arbeidstakeren bærer risikoen for egne forutsetninger ved inngåelse av avtaler med arbeidsgiver, jf. LB-2004-174 hvor det ble vist til Rt-2004-1588 som direkte gjaldt en avtale om å bytte arbeid i forbindelse med en omstillingsprosess.

Hvis et selskap som ledd i en nedbemanningsplan tilbyr et stort antall ansatte frivillige sluttpakker, bør innholdet i sluttavtalen og en eventuell differensiering mellom ansatte bygge på saklige kriterier, som for eksempel ansiennitet og lønn. Rettspraksis viser likevel at det skal mye til for at en avtale anses urimelig fordi andre ansatte i tilnærmet samme tidsrom har fått gunstigere sluttpakker.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2004-174 hadde en ansatt i Telenor Mobil AS akseptert en frivillig fratredelsesavtale som innebar sluttvederlag på 13 ½ månedslønn. Etter forhandlinger som strakk seg over noen dager, ble det gitt et endelig tilbud fra bedriften med akseptfrist for arbeidstakeren påfølgende dag. Arbeidstakeren ba om forlenget akseptfrist, men arbeidsgiver godtok ikke det, og arbeidstakeren aksepterte derfor tilbudet. Kun fire dager senere

offentliggjorde Telenor Mobil AS en sluttpakkeordning til ca. 200 andre ansatte som ledd i en nedbemanningsplan. Sluttpakken som ble tilbudt var ca. 215 000 kroner mer fordelaktig enn sluttavtalen som selskapet hadde inngått med arbeidstakeren fire dager før. Innholdet i sluttpakkeordningen var ukjent for arbeidstakeren da han aksepterte egen sluttavtale.

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstakeren selv var av den oppfatning at han ville bli behandlet likt med andre ansatte, men fant det ikke bevist at arbeidsgiver hadde gitt noen form for garanti om likebehandling. Derfor var ikke Telenor Mobil avtalerettslig bundet til å behandle arbeidstakeren likt som de øvrige ansatte.

Arbeidstakeren ble heller ikke hørt med at sluttavtalen var urimelig og måtte endres på grunnlag av avtaleloven § 36. Lagmannsretten la avgjørende vekt på at sluttavtalen sikret arbeidstakeren en betydelig økonomisk kompensasjon, hensett til hans stilling, lønnsvilkår og ansettelsestid i selskapet. Avtalen i seg selv kunne derfor ikke anses som urimelig. Videre la lagmannsretten vekt på at arbeidstakeren heller ikke var omfattet av den gruppen som var omhandlet av nedbemanningsplanen. Det ble også vist til at arbeidsgiver og arbeidstaker over flere måneder hadde hatt dialog om en avslutning av ansettelsesforholdet. Lagmannsretten la til grunn at Telenor Mobil AS var misfornøyd med arbeidstakeren, og at dette var grunnlaget for at det ble inngått særskilt fratredelsesavtale med ham.

Det er grunn til å tro at saken ville stilt seg ganske annerledes om arbeidstakeren hadde vært omfattet av nedbemanningsplanen, og ønsket om å gå til oppsigelse fra arbeidsgivers side ikke hadde vært begrunnet i arbeidstakers forhold. Det må også vurderes som et åpent spørsmål om resultatet ville blitt et annet hvis sluttavtalen objektivt sett ikke hadde vært rimelig for den ansatte og forskjellen mellom de ansatte hadde vært større.

4.3 Arbeidsgiver presser frem en sluttavtale om umiddelbar fratreden

Arbeidsgivere ønsker seg gjerne en rask løsning når det er misnøye med en ansatt, og det er bestemt at man ønsker å gå til oppsigelse. Arbeidsgivere bør likevel være forsiktige med å levere oppsigelse med den ene hånden og tilbud om sluttavtale med umiddelbar fratreden i den andre hånden. Krydret med flere pressmidler, vil slike fremstøt kunne føre til at en sluttavtale blir satt til side som urimelig.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-1998-3493 hadde arbeidsgiver gått frem på den måten som er beskrevet over. Lagmannsretten mente at avtalen måtte settes til side. Det ble uttalt at:

«Det er etter loven ikke noe i veien for at partene umiddelbart etter at oppsigelsen er gitt, kan bli enige om vilkårene for en umiddelbar fratredelse, også når formreglene for oppsigelsen ikke er fulgt. Dette forutsetter imidlertid at slike forhandlinger foregår i former som er i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljølovens regler. Lagmannsretten finner at så ikke er tilfelle i denne saken.»

Som begrunnelse for at forhandlingene ikke hadde foregått i former som er i samsvar med intensjonene bak arbeidsmiljøloven, ble det vist til flere forhold. I tillegg til at oppsigelsen ikke ga lovpålagte opplysninger om arbeidstakerens rett til å bestride oppsigelsen og stå i stillingen, hadde daglig leder gitt klart uttrykk for at den ansatte ikke skulle blande inn utenforstående, som for eksempel en advokat. Dette er i strid med arbeidsmiljøloven som bestemmer at en arbeidstaker som er oppsagt, kan kreve forhandlinger og har rett til å la seg bistå under disse. Videre ble arbeidstakeren pålagt å holde seg borte fra arbeidsplassen i oppsigelsestiden. Lagmannsretten la til grunn at arbeidstakeren i realiteten ikke hadde noe valg eller betenkningstid.

I Borgarting lagmannsretts avgjørelse i LB-2001-2660 hadde daglig leder sett seg mektig lei på

arbeidstakeren som kom for sent på jobb, tok røykepauser uten å si ifra og la kabal i arbeidstiden. Uten nevneverdig forvarsel tok daglig leder arbeidstakeren inn på kontoret og ga han et dokument som var en ferdig egenoppsigelse, samtidig som arbeidstakeren ble presentert for en sluttavtale. Arbeidstakeren måtte i møtet ta stilling til om han ville skrive under på oppsigelsen og sluttavtalen. Sluttavtalen var lite gunstig for den ansatte, og innebar i realiteten ikke mer kompensasjon enn lønn i oppsigelsestid.

Lagmannsretten kom til at sluttavtalen måtte anses bortfalt i medhold av avtaleloven § 36. I begrunnelsen er det særlig fremhevet at arbeidsgiver ikke hadde saklig grunn til å be arbeidstakeren om å vurdere sin stilling. Dette i kombinasjon med at arbeidstakeren ikke ble gitt tid til å tenke seg om eller rådføre seg med andre gjorde at avtalen var urimelig.

4.4 Arbeidsgiver får senere et økonomisk tap som følge av feil fra den ansatte

I sluttavtaler er det vanlig å innta klausuler om at ethvert mellomværende mellom partene er avgjort eller lignende. Hvis en arbeidstaker har begått feil som påfører arbeidsgiver et betydelig økonomisk tap, og dette først oppdages etter at sluttavtalen er inngått, så vil det sitte langt inne for arbeidsgiver å utbetale et stort sluttvederlag. Hvis arbeidsgiver har hatt mistanker om misligheter, og det likevel inngås en sluttavtale hvor alt anses oppgjort, så vil terskelen være høy for å vinne frem med et krav om at sluttavtalen må endres.

I LA-2007-68595 hadde administrerende direktør for selskapet inngått en såkalt renteswap-avtale. Lagmannsretten kom til at administrerende direktør klart hadde handlet utenfor sine fullmakter, og at vilkårene for erstatningsansvar for et beløp på 130 000 kroner var oppfylt. Lagmannsretten kom likevel, under tvil, til at avtaleloven § 36 ikke ga grunnlag for

I sluttavtaler er det vanlig å innta klausuler om at ethvert mellomværende mellom partene er avgjort eller lignende.



å endre sluttavtalen som foreskrev at «*ethvert mellomværende mellom partene i anledning ansettelsesforholdet [er] endelig avgjort*».

Lagmannsretten la i sin vurdering vekt på at det faktiske tapet for arbeidsgiver var relativt beskjedent sammenlignet med de økonomiske anklagene som dannet grunnlag for arbeidsgivers ønske om å avslutte ansettelsesforholdet. Da avtalen ble inngått, var det videre betydelig usikkerhet om holdbarheten i anklagene som var rettet mot administrerende direktør. Partene unnlot likevel å diskutere enkeltpunkter i anklagene, og fant i stedet en omforent løsning for en sluttavtale. Lagmannsretten kom derfor, under tvil, til at sluttavtalen ikke kunne endres.

5. ER DU KLOKERE NÅ?

Gjennomgangen over viser at vurderingene av om en sluttavtale er urimelig eller i strid med god forretningsskikk, vil være skjønnspreget og bero på de helt konkrete omstendighetene i saken. Om du ikke har blitt klokere på hvor terskelen ligger, så vet du i hvert fall at det viktigste arbeidet gjøres ved utformingen av sluttavtalen. Både arbeidsgiver og arbeidstaker bærer risikoen for egne forutsetninger, og må passe på at vilkårene utformes slik at de reflekterer det man mener. Arbeidsgiver bør dessuten være særlig oppmerksom på å ikke utøve utilbørlig press og gi urimelig korte frister for å akseptere en avtale. Arbeidstaker på sin side bør være særlig oppmerksom på at det kan lønne seg å ta betenkningstid og søke råd hos andre.

NAVs ansvar når arbeidsgiver ikke utbetaler sykepenger til den ansatte

Av advokat Anders Gustavsen
agustavsen@eurojuris.no

Det er viktig å være klar over at en arbeidsgiver alltid kan nekte å utbetale sykepenger i arbeidsgiverperioden dersom han mener at arbeidstaker ikke oppfyller vilkårene for sykepenger.

I. INNLEDNING

Når en arbeidstaker blir sykemeldt fra sitt arbeidsforhold hos en arbeidsgiver, skal arbeidsgiver utbetale sykepenger de første 16 kalenderdagene av sykefraværet, også kalt arbeidsgiverperioden. Noen ganger skjer det likevel, av forskjellige grunner, at arbeidsgiver nekter å utbetale sykepenger i arbeidsgiverperioden. I denne artikkelen ser vi nærmere på spørsmålet: Hvordan skal arbeidstaker, og arbeidsgiver, forholde seg til denne situasjonen?

2. ARBEIDSGIVER KAN ALLTID BE NAV VURDERE ARBEIDSTAKERS RETT TIL SYKEPENGER

Det er viktig å være klar over at en arbeidsgiver alltid kan nekte å utbetale sykepenger i arbeidsgiverperioden dersom han mener at arbeidstaker ikke oppfyller vilkårene for sykepenger, eller rett og slett er i tvil og usikker på om virksomheten er forpliktet til å betale den ansatte sykepenger i arbeidsgiverperioden. Det kan derfor være lurt av en arbeidsgiver å nekte å utbetale sykepenger



Anders Gustavsen er advokat i Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund AS. Han jobber særlig med å bistå private og næringsdrivende overfor NAV. Han har fordypning i trygderett, og tidligere arbeidserfaring som saksbehandler i NAV gir ham en særskilt kompetanse til å bistå klienter med trygderettslige problemstillinger.

Arbeidsgiver kan ha mange forskjellige grunner for at de mener vilkårene for sykepenger ikke er oppfylt, og dermed ikke ønsker å betale ut sykepenger i arbeidsgiverperioden.

til den ansatte dersom arbeidsgiver er i tvil om vilkårene for rett til sykepenger faktisk er oppfylt.

Det følger da av folketrygdløven § 8-22 første ledd at «dersom en arbeidsgiver ikke betaler sykepenger som han er forpliktet til å yte i arbeidsgiverperioden, skal trygden utbetale sykepengene. Beløpet som er utbetalt, skal trygden kreve tilbake fra arbeidsgiveren.»

Ikke rent sjeldent oppstår den situasjonen at arbeidsgiver ikke vil betale ut sykepenger i arbeidsgiverperioden. Arbeidsgiver kan ha mange forskjellige grunner for at de mener vilkårene for sykepenger ikke er oppfylt, og dermed ikke ønsker å betale ut sykepenger i arbeidsgiverperioden. Det kan f.eks. være at arbeidsgiver mener arbeidstaker ikke har levert inn sykemelding eller egenmelding til arbeidsgiver innen fristen, jf. folketrygdløven §§ 8-7 og 22-13. Det kan også være at arbeidsgiver mener vilkåret om medisinsk arbeidsuførhet etter folketrygdløven § 8-4 ikke er oppfylt.

Arbeidsgiver har også muligens sett noe på sosiale medier som han oppfatter slik at arbeidstaker umulig kan være syk eller ha en fornuftig

grunn til å være borte fra sitt arbeid. Arbeidsgiver kan da nekte å betale ut sykepenger til den ansatte.

3. ARBEIDSTAKER MÅ HUSKE Å FREMSETTE KRAV OVERFOR NAV

En slik bestridelse fra arbeidsgiver gir ikke grunnlag for at NAV kan fatte vedtak om retten til sykepenger. Når en arbeidsgiver nekter å utbetale sykepenger i arbeidsgiverperioden, er det svært viktig at den ansatte så raskt som mulig setter frem eget krav til NAV hvor en ber om at NAV skal forskuttere sykepengene i arbeidsgiverperioden. Arbeidstakere må merke seg at det ikke er noen automatikk i at NAV behandler et slikt forskutteringskrav på eget initiativ selv om en arbeidsgiver skulle nekte å utbetale sykepengene. Den ansatte (sykemeldte) må derfor alltid fremme et slikt krav direkte til NAV om han/hun ønsker at NAV skal vurdere og behandle retten til sykepenger i arbeidsgiverperioden. Det er ikke noe formkrav, men vi vil anbefale at det leveres inn skriftlig brev med krav, eller at dette skrives inn i «din side» på nav.no.



NAV er pålagt en veiledningsplikt etter forvaltningsloven, og må derfor hjelpe både arbeidstaker og arbeidsgiver om de får en slik henvendelse.

Det er også mulig å ringe til NAVs kontaktsenter og muntlig sette frem krav. Husk å be om at det legges inn referat fra samtalen på din side.

Om arbeidstaker er usikker på hva en skal gjøre, eller hvordan en skal forholde seg i en situasjon som denne, så kan de alltid ta kontakt med sitt lokale NAV-kontor eller NAV Kontaktsenter på telefon for å be om hjelp. NAV er pålagt en veiledningsplikt etter forvaltningsloven, og må derfor hjelpe både arbeidstaker og arbeidsgiver om de får en slik henvendelse.

Når NAV har mottatt krav om forskuttering av sykepenger fra den ansatte, må de behandle kravet. Saksbehandler skal da vurdere om de forskjellige vilkårene etter folketrygdloven er oppfylt, og om retten til sykepenger i arbeidsgiverperioden er oppfylt eller ikke.

NAV skal da fatte vedtak i saken. Vedtaket kan gå ut på at de, etter en gjennomgang av sakens faktum og dokumenter, mener vilkårene for

sykepenger er oppfylt, og at den ansatte har rett på sykepenger. NAV vil da betale ut sykepengene, altså forskutterer de sykepengene til den ansatte, og vil kreve dette beløpet refundert fra arbeidsgiver.

Det vedtaket som NAV fatter, kan påklages av arbeidsgiver eller arbeidstaker dersom de er uenige i vedtaket. Klagen (anken) blir da sendt videre til Ankenemnda for sykepenger i arbeidsgiverperioden, jf. folketrygdloven § 21-13.

Ankenemndas vedtak er endelig og kan ikke påklages til overordnet forvaltningsorgan eller ankes til Trygderetten, men det kan bringes inn for domstolene som kan prøve om vedtaket er i samsvar med loven.

4. FRI RETTSHJELP

Arbeidstakere som har inntekt under 246 000 kroner og formue under 100 000 kroner, kan ha rett på fri retts hjelp om de skulle ønske å påklage vedtak fra NAV.

projure®

Projure er spesialisert innen arbeidslivets juss.

Vår faggruppe for arbeidsrett er blant de ledende i Stavanger-regionen. Vi er et faglig trygt alternativ til nasjonale firma for både store og små foretak.



Projures eiere: Per Bergstad, Sigrun Sagedahl, Karianne Rettedal, Guri Haarr
Velkommen til **Projure Advokatfirma**, Nedre Holmengate 30, fjerde etasje, 4006 Stavanger



Finn ditt lokale Eurojuris-kontor

Advokatfirma Eurojuris Nord Narvik/Harstad

Telefon: 75 80 34 00
E-post: nord@eurojuris.no

Angell Advokatfirma Bodø

Telefon: 75 54 45 00
E-post: post@angelladvokatfirma.no

ADNOR Advokat Trondheim

Telefon: 73 99 09 00
E-post: advokat@adnor.no

Larhammer Aarseth Advokatfirma Molde

Telefon: 71 19 16 00
E-post: molde@eurojuris.no

Advokatfirmaet Tollefsen Sogndal/Førde

Telefon: 57 62 88 50
E-post: post@advokat-tollefsen.no

Stiegler WKS Advokatfirma Bergen

Telefon: 55 21 54 00
E-post: bergen@stieglerwks.no

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund

Telefon: 52 70 10 30
E-post: haugesund@eurojuris.no

Projure Advokatfirma Stavanger

Telefon: 51 85 84 00
E-post: stavanger@projure.no

Advokatfirma Tofte Kristiansand

Telefon: 38 17 70 00
E-post: post@advtofte.no

Advokatfirma Hald & Co Arendal/Grimstad

Telefon: 37 00 49 70
E-post: post@haldco.no

Advokatfirmaet Alver Lillehammer/Gjøvik

Telefon: 61 26 87 00
E-post: firmapost@alver.as

Advokatfirmaet Halvorsen & Co Lillestrøm

Telefon: 64 84 00 20
E-post: post@halvorsenco.no

Advokatfirmaet NOVA Oslo

Telefon: 23 10 30 00
E-post: post@novalaw.no

Svensson Nøkleby Advokatfirma Drammen

Telefon: 32 25 55 00
E-post: drammen@eurojuris.no

Advokatfirmaet Frøstrup Løitegaard Porsgrunn

Telefon: 35 93 19 00
E-post: firmapost@lov.as

Advokatfirmaet Ytterbøl & Co Sarpsborg

Telefon: 69 16 18 00
E-post: sarpsborg@ytterbol.com

Fredrikstad

Telefon: 69 36 60 00
E-post: fredrikstad@ytterbol.com