



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 26. juni 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger
dommer Henrik Bull
dommer Wenche Elizabeth Arntzen
dommer Knut Erik Sæther
dommer Thom Arne Hellerslia

HR-2024-1188-A, (sak nr. 23-179761SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 9. oktober 2023

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo
v/advokat Monica Helland – til prøve)

KS - Kommunesektorens organisasjon
(partshjelper)
Arbeidsgiverforeningen Spekter
(partshjelper)

(advokat Tarjei Thorkildsen)

mot

A

(advokat Edvard Bakke)

Fagforbundet (partshjelper)

(advokat Kjetil Skeide Edvardsen)

S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Hellerslia:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Det sentrale spørsmålet er om oppsigelsen er ugyldig fordi arbeidsgiver ikke har tilbudt annet passende arbeid.
- (3) A er født i 1967. Han er opprinnelig fra Sri Lanka og kom til Norge som flyktning i 1994. Fra 2004 har han bodd i Oslo og vært ansatt i Oslo kommune, først som ufaglært ekstravakt og vikar i hjemmetjenesten. I 2010 ble han fast ansatt som ufaglært i hjemmetjenesten.
- (4) I 2015 ble A overtallig på grunn av omorganisering i hjemmetjenesten. Han ble da tilbudt å ta fagbrev som helsearbeider. Han tok de teoretiske fagene i 2015–2016, under delvis permisjon med lønn, og fikk godkjent praksis på bakgrunn av arbeidet som ufaglært i kommunen. I desember 2016 fikk han autorisasjon som helsefagarbeider, og i juli 2017 fikk han fast stilling som helsefagarbeider i bydel Bjerke.
- (5) Det kom etter kort tid klager på arbeidet hans fra brukere og kolleger. Kommunen gjennomførte flere møter med A og kartla kompetansen hans. I april 2020 ble han tatt ut av stillingen og overført til praktisk bistand. Fra oktober 2020 til mars 2021 gjennomførte han praksis ved X, et bolig- og dagtilbud i Bjerke bydel. I rapporten fra X konkluderes det med at etter deres vurdering «tror vi ikke han er egnet til å jobbe selvstendig som helsepersonell».
- (6) Våren 2021 ble han igjen satt på vakter som helsefagarbeider i hjemmetjenesten. Denne gangen ble han fulgt tett av en medarbeider. Han fungerte imidlertid fortsatt ikke i tråd med forventningene og ble igjen tatt ut av hjemmetjenesten. Fra juli 2021 var han sykemeldt.
- (7) I juli 2021 sendte kommunen en bekymringsmelding om As autorisasjon som helsefagarbeider til Statsforvalteren i Oslo og Viken. Tilsynssaken ble oversendt Statens helsetilsyn, som 7. april 2022 fattet vedtak om tilbakekall av hans autorisasjon som helsefagarbeider. Vedtaket ble ikke påklaget. A var på dette tidspunktet på arbeidsutprøving på Y. I rapport derfra framgår det at han møtte presist og hadde en høflig framtreten, men at han ble vurdert som ikke kvalifisert til å jobbe i helsevesenet.
- (8) Den 2. mai 2022 mottok A varsel om oppsigelse, og 18. mai 2022 ble det gjennomført drøftelsesmøte, jf. arbeidsmiljøloven § 15-1. Han ble sagt opp fra stillingen som helsefagarbeider 25. mai 2022. Det ble gjennomført forhandlinger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-3, men partene kom ikke til enighet.
- (9) Den 1. september 2022 ble det tatt ut søksmål for Oslo tingrett med påstand om at oppsigelsen var ugyldig. A gjorde gjeldende sin rett til å stå i stilling, og han har siden 14. september 2022 vært midlertidig plassert i seksjon drift som vaktmesterassistent ved Z. De oppgavene han utfører, ligger ikke til noen stilling i kommunen.

- (10) Oslo tingrett avsa dom 29. januar 2023, der slutningen lyder slik:
- «1. Oppsigelsen av A er ugyldig.
 2. Oslo kommune betaler til A kr. 70 000 – syttitusen – i oppreisningserstatning innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
 3. Oslo kommune betaler kr. 237 450 – tohundreogtrettisyvtusenfirehundreogfemti – i sakskostnader til A innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.»
- (11) Tingretten kom til at Oslo kommune skulle ha tilbudt alternativt arbeid, og at oppsigelsen derfor ikke var saklig begrunnet.
- (12) Oslo kommune anket dommen. Borgarting lagmannsrett avsa dom 9. oktober 2023, med slik slutning:
- «1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for lagmannsretten skal Oslo kommune v/ordføreren betale 159 250 – etthundreogfemtinitusentohundreogfemti – kroner til A innen to uker fra forkynnelsen av denne dommen.»
- (13) Også lagmannsretten bygde på at oppsigelsen ikke var saklig begrunnet fordi Oslo kommune skulle ha tilbudt annet passende arbeid.
- (14) Oslo kommune har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen.
- (15) Kommunesektorens organisasjon – KS – og arbeidsgiverorganisasjonen Spekter har erklært partshjelp til støtte for kommunen i medhold av tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b. Arbeidstakerorganisasjonen Fagforbundet har erklært partshjelp etter samme bestemmelse til støtte for A.

Partenes syn på saken

- (16) Ankende part – *Oslo kommune* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Lagmannsretten har lagt til grunn en omplasseringsplikt for arbeidsgiver som det ikke er dekning for.
- (18) Det gjelder ingen omplasseringsplikt når oppsigelsen knytter seg til arbeidstakers forhold. Omplasseringsplikten som følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd første punktum, er begrenset til å gjelde ved nedbemanning. Verken lovteksten i § 15-7 første ledd, forarbeidene til bestemmelsen eller høyesterettspraksis gir grunnlag for en omplasseringsplikt ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. En omplasseringsplikt vil gripe for sterkt inn i arbeidsgivers styringsrett og kvalifikasjonsprinsippet.

- (19) En eventuell omplasseringsplikt må være begrenset, i hvert fall til tilfeller der arbeidstaker ikke er å bebreide for bakgrunnen for oppsigelsen. Om arbeidstakeren ble tilbudt annet arbeid kan da i høyden være et moment i interesseavveiningen. Det kan ikke kreves mer enn rimelige forsøk på å finne annet passende arbeid. Det kan heller ikke kreves at arbeidsgiver etablerer en ny stilling. Plikten kan i det hele tatt ikke strekke seg lenger enn lovfestede omplasseringsplikter for arbeidsgiver, slik som omplasseringsplikten etter arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd og tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6.
- (20) Oppsigelsen av A er saklig også om det legges til grunn en slik begrenset plikt til å tilby omplassering. Manglene i arbeidsytelsen var markante. Kommunen har gitt opplæring og veiledning uten effekt. Det er særlig As alder og hans ansiennitet i kommunen som har betydning i interesseavveiningen til arbeidstakers fordel. Disse hensynene kan likevel ikke oppveie arbeidsgivers behov for å avslutte arbeidsforholdet. Arbeidsgiver har gjort de undersøkelser som kunne forventes for å finne annet passende arbeid.
- (21) Oslo kommune har lagt ned slik påstand:
- «Prinsipalt:
Oslo kommune frifinnes.
- Subsidiært:
Lagmannsrettens dom oppheves.»
- (22) *KS og Spekter* har sluttet seg til kommunens anførsler og utdypet noen av dem. De har ikke lagt ned egen påstand.
- (23) Ankemotparten – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (24) Lagmannsrettens generelle lovforståelse og konkrete vurdering er riktig.
- (25) Arbeidsgiver kan ha plikt til å tilby annet passende arbeid som en konsekvens av kravet om at en oppsigelse skal være saklig begrunnet, og av at arbeidsgiver ikke skal iverksette mer inngripende tiltak enn nødvendig. Plikten til å tilby annet passende arbeid ved oppsigelse som skyldes nedbemanning, som nå er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd, ble før lovfestingen tolket av Høyesterett som et utslag av saklighetskravet. Lovens formål gir støtte for at det også kan være en omplasseringsplikt ved oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold. Forståelsen har videre støtte i uttalelser fra Høyesterett, i bred lagmannsrettspraksis og i en nær samstemt juridisk teori.
- (26) I de tilfeller der arbeidsgiver har plikt til å tilby annen stilling, er innholdet i en slik plikt fastlagt gjennom forarbeider og rettspraksis til den lovbestede omplasseringsplikten i § 15-7 andre ledd første punktum. Plikten omfatter både ledige stillinger og udekket arbeidsbehov. Den er ikke begrenset til bydelen, men gjelder for annet passende arbeid i virksomheten som sådan, altså hele kommunen. Rekkevidden må ses i sammenheng med andre bestemmelser som skal sikre arbeidstakers ansettelsesforhold, slik som begrensningene for midlertidig ansettelse og innleie.
- (27) Oppsigelsen av A er ikke et grensetilfelle. Sterke sosiale hensyn – alder og ansiennitet i kommunen – gjør seg gjeldende. Han kan ikke bebreides for oppsigelsen. Kommunen ga for dårlig opplæring, og også den tette observasjonen han ble utsatt for, bidro til at

arbeidsutførelsen ble svak. Ut fra de krav som må stilles til arbeidsgiver om å tilby annet passende arbeid, er det klart at oppsigelsen er ugyldig.

(28) A har lagt ned slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. A tilkjennes sakskostnadene.»

(29) *Fagforbundet* har sluttet seg til As anførsler og utdypet noen av dem. Det har ikke lagt ned egen påstand.

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

Vilkårene for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7

(30) Arbeidsmiljøloven § 15-7 gir vern mot usaklig oppsigelse. Første og andre ledd lyder slik:

«(1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

(2) Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.»

(31) Ved oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold, går det ikke uttrykkelig fram av første ledd at det skal foretas en interesseavveining, slik som i andre ledd andre punktum ved nedbemanning. Det følger likevel klart av rettspraksis at det også ved oppsigelse begrunnet med forhold hos arbeidstaker må foretas en interesseavveining, jf. blant annet Rt-2009-685 avsnitt 52. Rettssetningen er formulert slik i HR-2021-2389-A *Pasientjournal* avsnitt 41:

«Vilkåret om saklig grunn må i tråd med dette forstås slik at det først skal vurderes om det foreligger en legitim og tungtveiende grunn for oppsigelse. I tillegg må arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser i utfallet av saken veies mot hverandre. For arbeidstakerens del står de negative konsekvensene av en oppsigelse sentralt, for arbeidsgiverens del hvor sterkt behov man ha for å avslutte arbeidsforholdet. For at en oppsigelse på grunn av arbeidstakerens forhold skal være gyldig, må den – etter en samlet og konkret vurdering – ikke utgjøre en uforholdsmessig streng reaksjon.»

(32) Spørsmålet denne saken reiser, er om det også ved oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold, gjelder en plikt til å tilby annet passende arbeid.

(33) Jeg ser først på bakgrunnen for og rekkevidden av plikten etter andre ledd første punktum.

Plikten til å tilby annet arbeid ved nedbemanning

(34) Paragraf 15-7 andre ledd første punktum om omplasseringsplikt ved nedbemanning er en videreføring av arbeidsmiljøloven 1977 § 60 nr. 2 første punktum. Denne bygde igjen på rettspraksis, jf. Rt-1962-888, Rt-1966-393 og Rt-1972-1330, som synes å ha vært forankret i saklighetskravet.

(35) Om innholdet i plikten heter det i Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) side 72:

«Regelen innebærer ikke at arbeidsgiveren skal ha plikt til å opprette en ny stilling som det ikke er behov for, men at han har plikt til å omplassere vedkommende, hvis det er en passende ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov. Hva som i denne forbindelse skal anses som passende arbeid, må bli gjenstand for en helhetsvurdering, hvor ikke minst arbeidstakerens egen vurdering må spille inn. Som utgangspunkt vil arbeidsgiveren ikke være fri for ansvar, dersom han tilbyr arbeidstakeren et dårligere arbeid enten med hensyn til lønn eller til stillingsinnhold, enn det han hadde. I slike tilfeller må arbeidstakeren kunne velge om han vil akseptere tilbudet eller gå til søksmål for å få oppsigelsen kjent usaklig. Ofte vil imidlertid arbeidstakeren foretrekke å få en noe dårligere jobb, fremfor å bli helt uten arbeid. Arbeidsgiveren vil derfor ha plikt til å forespørre arbeidstakeren om han vil ha en dårligere jobb, se i denne forbindelse Høyesterettsdommer inntatt i Norsk Retstidende 1966 side 393 og 1972 side 1330.»

(36) Det er altså tale om en plikt til å spørre arbeidstaker om han eller hun ønsker den andre stillingen framfor oppsigelse, ikke en plikt til å foreta endringsoppsigelse. Arbeidet må være passende, og derfor ligge innenfor hva arbeidstaker er kvalifisert for. Videre gjelder plikten bare så langt det finnes ledig stilling eller et udekket arbeidsbehov som kan fylles med en stilling – det kreves ikke at det skal opprettes en stilling det ikke er behov for. I forarbeidene til § 15-7 tredje ledd, om omplasseringspliktens rekkevidde i konsern, er plikten beskrevet slik at arbeidsgiver skal tilby «ledige stillinger eller arbeidsoppgaver», jf. Prop.14 L (2022–2023) side 35.

(37) Etter ordlyden i andre ledd gjelder plikten annet passende arbeid «i virksomheten», og kan derfor strekke seg ut over utvalgskretsen for nedbemanningen, jf. HR-2017-561-A *Posten II* avsnitt 81.

(38) Regelen i § 15-7 andre ledd første punktum må ses i sammenheng med at arbeidstaker som er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold, har fortrinnsrett etter § 14-2 ved nye ansettelser.

Kan arbeidsgiver ha plikt til å tilby annet passende arbeid ved oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold?

(39) Slik jeg ser det, er det ikke grunnlag i analogibetraktninger for å anvende regelen i § 15-7 andre ledd første punktum tilsvarende ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold. Til det er situasjonene for ulike. Dersom arbeidsgiver ved nedbemanning har annet passende og ledig arbeidsbehov, betyr det at det reelt sett ikke foreligger et nedbemanningsbehov. Det er også naturlig at arbeidsgivers plikter ved oppsigelse som skyldes arbeidsgivers eget forhold, strekker seg lenger enn ved oppsigelse som skyldes arbeidstaker. Det er blant annet slik at i avveiningen mellom partenes interesser, vil

arbeidstakers sosiale forhold ha mindre vekt i sistnevnte tilfeller, se pasientjournal-dommen avsnitt 72. At situasjonene er vesensforskjellige, underbygges av at det for arbeidstakere som er sagt opp grunnet eget forhold, ikke er noen fortrinnsrett som tilsvarer § 14-2, heller ikke der arbeidstaker kunne vært egnet i en annen stilling. Det er da heller ikke gjort gjeldende fra As side at situasjonene er parallelle.

- (40) Samtidig er det ikke grunnlag for å slutte motsetningsvis av særreguleringen i § 15-7 andre ledd første punktum at arbeidsgiver ikke har noen plikt til å vurdere annet passende arbeid ut over de tilfellene bestemmelsen uttrykkelig regulerer. Det samme gjelder den omstendighet at en slik plikt ikke er omtalt i forarbeidene til § 15-7.
- (41) Etter mitt syn kan en – begrenset og situasjonsbestemt – plikt til å tilby annet passende arbeid utledes av saklighetskravet og plikten til å foreta en avveining av arbeidstakers og arbeidsgivers interesser.
- (42) Det følger av det jeg har sitert fra pasientjournal-dommen, at det kreves en tungtveiende grunn for oppsigelse. Terskelen er høy, jf. Rt-2009-685 avsnitt 52. Dersom det finnes et alternativ til oppsigelse, bør det derfor vurderes om dette kan ivareta arbeidsgivers behov. Dette kan være opplæring, advarsel og lignende, men også tilbud om annet passende arbeid. Som ved andre alternativer til oppsigelse er det ikke tale om en ubetinget plikt, men et moment som kan inngå i avveiningen av partenes interesser. Dersom manglende tilbud blir utslagsgivende i den konkrete avveiningen, vil det i realiteten være tale om en plikt for arbeidsgiver i det aktuelle tilfellet.
- (43) Jeg finner støtte for mitt syn i HR-2019-928-A *Hurtigruten* avsnitt 50, der det heter:

«I kravet om *saklig grunn* ligger det altså for det første at oppsigelsen må være basert på et forsvarlig skjønn, herunder at det ikke må legges vekt på utenforliggende forhold. I tillegg må arbeidsgiver etter omstendighetene ta hensyn til rimeligheten av oppsigelsen for arbeidstaker. Dette siste er en bred vurdering. Det må ved denne avveiningen også kunne legges vekt på om arbeidstakeren får fortsette i virksomheten. Konsekvensen av oppsigelsen blir jo vanligvis langt mindre alvorlig da. Hvor stor vekt momentet skal ha vil imidlertid variere med forholdene i den enkelte saken. Særlig vil innholdet i den nye stillingen sammenlignet med den arbeidstaker hadde tidligere være av betydning.»

- (44) I den saken hadde arbeidstaker fått tilbud om annen stilling og takket ja til denne. Det må imidlertid etter omstendighetene også kunne vektlegges at slikt tilbud ikke gis.
- (45) Jeg viser i denne sammenheng til Rt-1978-160, som gjaldt oppsigelse av en hovmester som ifølge arbeidsgiver ikke hadde klart å tilpasse seg en ny lettere stil som skulle trekke et bredere publikum til nattklubben. Høyesterett fant oppsigelsen ugyldig og uttalte på side 167:

«Vesentlig vekt legger jeg på at Krog-Johnsen da han ble oppsagt var over 60 år gammel og hadde arbeidet i bedriften siden 1946, fra 1950 som hovmester. Overfor ham må oppsigelsen karakteriseres som urimelig. Annerledes kunne saken ha stilt seg om bedriften før den gikk til oppsigelse hadde tilbudt ham annen beskjeftigelse i bedriften. Jeg nevner i denne forbindelse at bedriften selv våren 1972 hadde tatt opp spørsmålet om Krog-Johnsen kunne være villig til å gjøre tjeneste i kombinert hovmester- og servitørstilling. Dette var Krog-Johnsen ikke interessert i, idet han fant kombinasjonen uheldig. Men han erklærte seg villig til å gå tilbake til servitørstilling.»

(46) Synspunktet er også hevdet i rettslitteraturen. Det er særlig Arne Fanebust som omtaler problemstillingen, i et eget underkapittel i boken *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 2017, se kapittel IV punkt. 2 c, Omplussing med utgangspunkt i saklighetskravet, på side 107–108. Han viser til at oppsigelse er en alvorlig reaksjon som det ikke bør gripes til i utrensmål, og konkluderer med at om det skal kreves omplassering må bero på en konkret og sammensatt vurdering, basert på samme type argumenter som ved vurderingen av om oppsigelse har saklig grunn. Nicolay Skarning, *Oppsigelse ved mangelfull arbeidsytelse eller illojalitet*, 2021, bygger på lignende betraktninger, se side 51–53, og trekker fram tilfeller der arbeidstaker ikke er å bebreide, har høy alder og lang ansiennitet. Jan Fougner mfl., *Arbeidsmiljøloven: Kommentartutgave*, Juridika, § 15-7 note 1.2, sist revidert 15. mars 2022, nevner tilfeller der utviklingen medfører nye krav til en stilling, som arbeidstaker ikke klarer å oppfylle.

(47) Jeg legger etter dette til grunn at arbeidsgiver også kan ha en plikt til å tilby omplassering ved oppsigelse som skyldes arbeidstakers forhold. Det er imidlertid tale om en begrenset og situasjonsbestemt plikt. Jeg vil i det følgende utdype dette noe.

Rekkevidden av en plikt til å tilby annet passende arbeid

(48) En plikt til å tilby annet passende arbeid vil gå ut over arbeidsavtalens rammer ved at det vil være tale om en annen stilling. Det er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å organisere sin egen virksomhet, og en omplasseringsplikt griper derfor inn i arbeidsgivers styringsrett.

(49) Høyesterett har i HR-2022-390-A *Widerøe* vektlagt arbeidsgivers styringsrett i forståelsen av rekkevidden av plikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 til å tilrettelegge for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Det følger av bestemmelsen at arbeidsgiver «så langt det er mulig» skal iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Førstvoterende viser i avsnitt 46 til at det må gjøres en avgrensning av hensyn til arbeidsgivers behov for å styre virksomheten, blant annet ved å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur. Det samme må gjelde for rekkevidden av en plikt til å tilby annet passende arbeid ved oppsigelser.

(50) Jeg legger til at en plikt til å tilby annet arbeid også vil være et inngrep i kvalifikasjonsprinsippet der dette kommer til anvendelse, til ugunst både for arbeidsgiver og for bedre kvalifiserte konkurrenter til stillingen.

(51) A har vist til lovens formål, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav a, b og f om blant annet trygge ansettelsesforhold. Isolert sett taler dette for et sterkt vern for arbeidstaker. Det er samtidig slik at loven bygger på en balansering av hensynet til arbeidstaker og arbeidsgiver, som kommer til uttrykk i den enkelte bestemmelse, deriblant regelen om stillingsvern, se Ot.prp. nr. 24 (2005–2006) side 2–3. Lovens formål underbygger at manglende tilbud om annet arbeid kan være et avgjørende moment i interesseavveiningen, men er etter min oppfatning ikke egnet til å avklare hvor langt plikten strekker seg i det enkelte tilfellet.

(52) Videre minner jeg om utgangspunktet – at det er tale om mislighold av arbeidsavtalen fra arbeidstakers side.

- (53) Plikten til å tilby annet passende arbeid vil derfor måtte være begrenset og situasjonsbestemt.
- (54) *For det første* vil arbeidsgivers interesse i at arbeidsforholdet avsluttes, kunne være til hinder for at det overhodet er aktuelt å tilby annen stilling. Dersom det for eksempel er tale om alvorlige pliktbrudd eller uetterrettelig atferd som innebærer at arbeidsgiver ikke lenger kan ha tillit til arbeidstakeren, vil det ikke kunne være noen plikt til omplassering. Omplassering vil i utgangspunktet bare være aktuelt der årsaken til oppsigelsen kun har betydning for den nåværende stillingen eller stillingskategorien. Kjerneområdet vil derfor være saker der arbeidstaker ikke kan bebreides for årsaken til oppsigelsen.
- (55) *For det andre* er det en forutsetning for en plikt til å tilby omplassering at interessene for arbeidstaker i å fortsette i et annet arbeidsforhold i virksomheten er av særlig styrke. Det kan være sterke sosiale hensyn, for eksempel dersom høy alder gjør det vanskelig å skaffe seg nytt arbeid, eller dersom forsørgelsesbyrde gjør det særlig viktig å beholde inntekt. Riktignok er det som nevnt slik at sosiale hensyn har mindre vekt ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold, enn ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold. Dersom arbeidstaker ikke er å bebreide, er det imidlertid naturlig at sosiale hensyn får større vekt enn dersom arbeidstaker kan lastes. Også forhistorien mellom partene kan begrunne en plikt til å tilby annen stilling, slik som lang ansiennitet, om arbeidsgiver kan klandres for at arbeidstaker ikke oppfyller kravene, og om kravene til arbeidstaker har endret seg underveis i arbeidsforholdet.
- (56) *For det tredje* må det finnes annen passende stilling i virksomheten som er ledig.
- (57) Dersom det foreligger lovbestemt fortrinnsrett til den alternative stillingen, slik som etter den nevnte bestemmelsen i § 14-2, må de gå foran.
- (58) Det klare utgangspunktet må videre være at det er tale om en alternativ stilling som allerede eksisterer. Arbeidsgivers plikter ved nedbemanning vil som nevnt også kunne omfatte udekkede arbeidsbehov. Som jeg har gjennomgått, gjør imidlertid andre hensyn seg gjeldende ved nedbemanning. Jeg viser i denne sammenheng til at tilretteleggingsplikten etter § 4-6 ikke strekker seg så langt som til å opprette en ny stilling, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 105. Det er vanskelig å se noen grunn til at arbeidsgivers plikter ved oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold skal gå lenger enn tilretteleggingsplikten for arbeidstakere med redusert arbeidsevne. Utgangspunktet må tvert imot være en mer begrenset plikt.
- (59) Jeg ser likevel ikke bort ifra at det i helt spesielle tilfeller også kan være aktuelt å legge vekt på et eksisterende arbeidsbehov. Et udekket behov for arbeidskraft er imidlertid ikke tilstrekkelig i seg selv – både for offentlige og private arbeidsgivere vil økonomiske rammer og hensynet til arbeidsgivers styringsrett begrense hvilke behov som kan dekkes og på hvilken måte.
- (60) I utgangspunktet vil muligheten for omplassering måtte vurderes innenfor hele virksomheten, uavhengig av hvilken del av virksomheten arbeidsforholdet er knyttet til. Undersøkelsene vil imidlertid måtte begrenses til hva som framstår som rimelig. Det kan ikke legges til grunn som en generell formodning at store arbeidsgivere vil ha en passende ledig stilling – vurderingen må være konkret.

- (61) Hvor terskelen ligger for at en oppsigelse er usaklig grunnet manglende tilbud om annen passende stilling, vil – som for de øvrige vilkårene for oppsigelse – måtte synliggjøres ved konkrete eksempler som domstolene får seg forelagt. Det går imidlertid fram av min gjennomgang at det skal en del til før oppsigelse blir en uforholdsmessig streng reaksjon av den grunn at det ikke er gitt et slikt tilbud.

Den konkrete rettsanvendelsen

Legitim og tungtveiende grunn for oppsigelse

- (62) Oppsigelsen av A er begrunnet med at han ikke lenger kan arbeide som helsefagarbeider etter at Helsetilsynet tilbakekalte autorisasjonen i vedtak 7. april 2022. Det er åpenbart at dette utgjør en legitim og tungtveiende grunn for oppsigelse, noe partene er enige om. Spørsmålet er derfor om det skal være utslagsgivende i interesseavveiningen at kommunen ikke har gitt tilbud om annen passende stilling. Jeg finner i den sammenheng grunn til å kommentere bakgrunnen for oppsigelsen noe nærmere.
- (63) Helsetilsynets begrunnelse for å tilbakekalle autorisasjonen var at A hadde utvist «vesentlig mangel på faglig innsikt», jf. helsepersonelloven § 57 første ledd. Lagmannsretten har beskrevet hans arbeidsprestasjoner slik at disse «lå markert under hva kommunen hadde grunn til å forvente av en helsefagarbeider».
- (64) Grunnlaget for disse vurderingene var blant annet en rekke klager fra brukere og tilbakemeldinger fra kolleger. Meldingene omhandlet forhold som mangelfull utførelse av stell av brukere, manglende forståelse for hygiene, manglende kjennskap til diabetesmedisinering og manglende forståelse for når kvalifisert helsehjelp må tilkalles. Det er også vist til manglende evne til å ta til seg veiledning og opplæring. Rapporten fra kartlegging av As kompetansenivå foretatt i 2020, som hadde både en teoretisk og en praktisk del, konkluderer med at det anses uforsvarlig å la han praktisere som helsefagarbeider. Da han hadde praksisplass ved X i fem måneder vinteren 2020/2021, fikk han opplæring og tett oppfølging, men konklusjonen ble likevel at han ikke ble vurdert som egnet til å jobbe selvstendig som helsepersonell. Det ble deretter gitt ytterligere oppfølging og evaluering. Til tross for dette oppsto det nye og alvorlige avvik. Arbeidsutprøvingen på Y konkluderte med at han ikke var kvalifisert til å jobbe i helsevesenet.
- (65) Lagmannsretten la samtidig til grunn at opplæringen A hadde fått, var mangelfull og i alle fall ikke tilstrekkelig for han, og at dette ble avdekket tidlig. Videre antok lagmannsretten at den etter hvert tette observasjonen han ble underlagt, kan ha forringet arbeidsprestasjonen. Disse omstendighetene var likevel ikke avgjørende for lagmannsrettens vurdering av arbeidsprestasjonen. Jeg er enig i det.

Interesseavveiningen – særlig om betydningen av at kommunen ikke ga tilbud om annen passende stilling

- (66) Jeg bemerker først at det er lagmannsrettens rettsanvendelse som er påanket og tillatt fremmet. Høyesterett må derfor bygge på det faktum lagmannsretten fant bevist. Høyesterett kan imidlertid trekke andre slutninger fra samme faktum. I en bevisvurdering

kan det ligge elementer av rettslige vurderinger. I praksis kan det derfor være en subtil overgang mellom bevisvurderingen og den rettslige vurderingen, jf. HR-2017-971-A avsnitt 56.

- (67) Når det gjelder årsaken til oppsigelsen – at autorisasjonen som helsefagarbeider ble tilbakekalt – har denne i utgangspunktet kun betydning for den stillingen og stillingskategorien arbeidsavtalen gjaldt, altså helsefagarbeider.
- (68) Samtidig går det fram av min gjennomgang at arbeidsprestasjonen lå markert under hva som kunne forventes, og at de kartleggingene som ble foretatt, tydet på at han heller ikke var egnet til andre oppgaver innen helsetjenesten i kommunen. Lagmannsretten har vist til at det ikke ble registrert klager i den 12 år lange perioden han var dels vikar og dels fulltidsansatt som ufaglært i hjemmehjelptjenesten, før han fikk stilling som helsefagarbeider. Slik jeg ser det, var imidlertid de nye vurderingene av en slik karakter at det ikke kunne forventes at kommunen skulle tilby stilling som ufaglært innen helsetjenesten. Dette ville ha betinget ytterligere utredning av As arbeidsevne, som ikke kunne kreves av kommunen etter de mange tiltakene som på dette tidspunktet allerede var gjennomført.
- (69) Det var derfor kun stilling som ufaglært utenfor helsetjenesten som kunne være aktuelt, for eksempel oppgaver som vaktmesterassistent, slik han nå midlertidig er satt til å utføre. For slike stillinger var det ikke noe ved begrunnelsen eller bakgrunnen ellers for oppsigelsen som skulle være til hinder for et tilbud. Jeg viser her til at lagmannsretten kom til at A ikke var å bebreide for oppsigelsen.
- (70) Videre var hans interesser i å fortsette i et arbeidsforhold i kommunen av særlig styrke. Han hadde vært ansatt i kommunen siden 2004 som tilkallingsvikar, og i fast stilling siden 2010, fram til 2016 som ufaglært. Han var på oppsigelsestidspunktet 55 år gammel, og som ufaglært derfor med begrensede muligheter på arbeidsmarkedet. Når det gjelder det siste, viser jeg også til at kommunen har som hovedregel at arbeidstakere som er oppsagt grunnet eget forhold, normalt ikke skal ansettes ved søknad på ny stilling i kommunen, jf. personalreglement for Oslo kommune punkt 2.3.3.
- (71) Det kan nok også sies at A kom uheldig ut av nedbemanningen som ble foretatt i 2015, ved at han tok imot tilbud om å ta en fagutdanning som det viste seg at han ikke mestret. Jeg kan imidlertid ikke se at kommunen kan bebreides for at han ble gitt et slikt tilbud. Lagmannsretten la som nevnt til grunn at opplæringen hadde vært mangelfull og antok at den tette observasjonen av arbeidsutførelsen den siste perioden, ble en belastning som forringet arbeidsprestasjonen. Jeg har for min del vanskelig for å se at kommunen kunne løst dette på en annen måte. Kommunen forsøkte flere tiltak for å få arbeidsforholdet til å fungere, uten å lykkes. Det er derfor ikke forhold på kommunens side som begrunner mitt syn om at det i denne saken var grunn til å tilby annen stilling, men de sterke sosiale hensyn som gjør seg gjeldende.
- (72) Det blir etter dette et sentralt spørsmål om det fantes en annen passende stilling som var ledig, og hvilke anstrengelser kommunen gjorde i den forbindelse.
- (73) I referat fra drøftelsesmøte 18. mai 2022 heter det at kommunen informerte om at bydel Bjerke for tiden ikke hadde identifisert en alternativ stilling til A. Som det går fram av lagmannsrettens dom, var det gjort undersøkelser uten at det var funnet noen ledige

stillinger i bydelen på dette tidspunktet som kunne passe. I referat fra forhandlingsmøte 30. juni 2022 står det at arbeidsgiver via Utviklings- og kompetanseetatens omstillingsavdeling har undersøkt om det finnes ledige ufaglærte fulltidsstillinger i kommunen som ikke er brukerrettet, og at etaten opplyser at slike stillinger sjelden er ledig. Det går fram av lagmannsrettens dom at kontakten var muntlig, og at etaten opplyste at det ikke var meldt inn ledige stillinger som kunne passe A. Slik jeg ser det, må undersøkelsene for å finne annet passende arbeid ses i sammenheng med kommunens tiltak gjennom Spir Oslo, som foretok arbeidsutprøving på Y samt karriereveiledning.

- (74) Jeg er enig med lagmannsretten i at det ikke var tilstrekkelig å undersøke ledige stillinger i bydelen. Ansettelsesavtalen til A var ikke begrenset til å gjelde arbeid i Bjerke bydel. Plikten til å tilby annet passende arbeid kan ikke rekke kortere enn den styringsretten arbeidsgiver har innenfor arbeidsavtalen. Jeg peker også på at det er kommunen som sådan som er arbeidsgiver, jf. Rt-1998-1357.
- (75) På den annen side har lagmannsretten bygd på det syn at kommunen ikke bare hadde plikt til å se om det fantes andre ledige stillinger, men også plikt til å etablere en hel- eller deltidstilling ut fra det samlede udekkede arbeidsbehovet i kommunen. Lagmannsretten har i denne forbindelse blant annet vist til gjennomsnittlig sykefravær. Jeg viser her til det jeg har sagt om plikten til å etablere nye stillinger, og kan ikke se at det er omstendigheter i denne saken som tilsier en så vidtrekkende plikt. Jeg tilføyer at det uansett ikke er gitt at et løpende sykefravær innebærer et udekket arbeidsbehov som ut fra administrative og økonomiske forutsetninger kan fylles med faste stillinger.
- (76) Lagmannsretten har videre vist til omfanget av utskiftning – «turnover» – i kommunen som helhet for alle ufaglærte stillinger, og at det i en kommune av denne størrelsen har formodningen for seg at det finnes annet passende arbeid. Det avgjørende må imidlertid være om det i perioden rundt tidspunktet for oppsigelse finnes en konkret annen stilling kommunen kan tilby. En henvendelse til omstillingsavdelingen i kommunen framstår da som nærliggende. Slik jeg forstår rollen til Utviklings- og kompetanseetatens omstillingsavdeling, skal denne nettopp ha som oppgave å finne annet passende arbeid på tvers i kommunen ved omstillinger der kommunen kan ha plikt til å gi slikt tilbud. Henvendelsen og svaret kunne med fordel vært dokumentert, men lagmannsretten legger til grunn at kontakten fant sted. Henvendelsen burde også vært foretatt på et tidligere tidspunkt, men slik denne saken ligger an, finner jeg ikke at det blir avgjørende, jf. pasientjournal-dommen avsnitt 44.
- (77) I den samlede avveiningen må det legges vekt på at kommunen gjorde en rekke tiltak for å få arbeidsforholdet til å fungere og for å kartlegge arbeidsevnen. Det er også mitt syn at kommunen ut fra omstendighetene foretok rimelige undersøkelser av om det fantes annen passende stilling i kommunen som var ledig. Samlet sett kan jeg ikke se at manglende tilbud om alternativt arbeid innebærer at oppsigelse vil være en uforholdsmessig streng reaksjon. Oppsigelsen er derfor saklig begrunnet.

Konklusjon

- (78) Oslo kommune skal etter dette frifinnes. Kommunen har ikke krevd erstatning for sakskostnader.

(79) Jeg stemmer for denne

D O M :

Oslo kommune frifinnes.

(80) Dommer **Sæther:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(81) Dommer **Bull:** Likeså.

(82) Dommer **Arntzen:** Likeså.

(83) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(84) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Oslo kommune frifinnes.