

Oppsigelsesvernet- En sammenligning av dansk og norsk rett

"Protection against dismissal - a comparison of Danish and Norwegian law"

Kandidatspeciale

Jura

Aalborg universitet

Forfatter: Anette Løkke Jørgensen

Kandidatnummer: 20225280

Veileder: Bjørn Holtze

Dato for innlevering: 16.05.2024

Innholdsfortegnelse

Kapittel 1 Innledning	6
1.2 Avgrensninger	6
1.3 Komparativt dilemma	7
1.4 Oppbygning	8
1.5 Begrepsavklaring	8
1.5.1 Arbeidsgiver	9
1.5.2 Arbeidstaker	10
1.5.3 Virksomhet	11
Kapittel 2 Metode og rettskilder	12
2.1 Metode	12
2.2 Rettskilder	13
Kapittel 3 Oppsigelse	15
3.1 Grunnleggende om oppsigelse	15
3.2 Varsel/oppsigelse	17
3.3 Unntak	18
3.3.1 Midlertidig ansettelse	18
3.3.2 Prøvetid	19
3.3.3 Sammenligning	20
Kapittel 4 Vern mot ulovlig oppsigelse	20
4.1 Saklighetsvurderingen og styringsrett	21
4.2 Bevisbyrde	22
4.3 Domstolsadgang	23
4.4 Sammenligning	23
4.5 Grunnlag for oppsigelse	23
4.5.1 Virksomhetens forhold	24
4.5.2 Arbeidstakers forhold	44
Kapittel 5 Saksbehandlingsregler	52
5.1 Innledning	52
5.2 Formelle saksbehandlingsregler	53
5.3 Prosessuelle saksbehandlingsreglene og domstolsadgang	56
5.4 Bevisets stilling og faktisk grunnlag	57
5.5 Advarsel	57
5.6 Virkninger ved brudd på saksbehandlingen	59
5.7 Sammenligning	60

Kapittel 6 Virkninger ved usaklig oppsigelse	60
6.1 Godtgjørelse.....	60
6.2 Erstatning.....	61
6.3 Gjeninntreden	63
6.4 Sammenligning	63
Kapittel 7 Avslutning/konklusjon.....	64
Kapittel 8 Litteraturliste	66
8.1 Lover og bekendtgørelser.....	66
8.2 Forarbeider.....	67
8.3 Domsregister.....	67
Anslag.....	69

Abstract

The purpose of this thesis is to elucidate and compare the protection against dismissal under Danish and Norwegian law.

Given the increased internationalization and greater mobility of the workforce across borders, it is deemed appropriate to undertake a comparative thesis that examines and compares the protection against dismissal and the assessment of its justification. This thesis is particularly relevant for legal practitioners in both countries and also has a legal policy impact by assessing whether Danish law is satisfactory compared to other countries, in this case, Norway.

In both countries' legal systems, collective agreements and individual employment contracts regulate significant portions of employment relationships. In Danish law, collective agreements are particularly prevalent and include provisions regulating protection against dismissal. The significant variations in these agreements make them challenging to use as a basis for comparison. Therefore, the thesis focuses on the Danish Salaried Employees Act and the Norwegian Working Environment Act, specifically their requirements for justification. Both laws are mandatory, meaning that conditions less favorable to the employee than those stipulated by law cannot be agreed upon. Consequently, the legislation itself, serving as a minimum standard, provides a more secure basis for comparison.

A comparison requires a common basis where all aspects of the assessment are illuminated. Due to space constraints, a complete comparison of the laws of both countries is not feasible. Instead, the aim is to uncover differences and similarities around key assessment elements that are crucial for both countries' enforcement and adherence to protection against dismissal.

In line with an incomplete comparative basis, caution will be exercised in drawing conclusions. However, to some extent, conclusions can be drawn based on the various

elements compared in this thesis and the overall differences and similarities between the legal systems.

The main differences between the two countries' legal systems lie in the status and regulation of protection against dismissal.

The rules in the Danish Salaried Employees Act apply only to salaried employees who work more than eight hours on average per week. In contrast, the Norwegian Working Environment Act covers almost all employees and provides a broader regulation of the entire employment relationship, including protection against dismissal.

The most significant differences uncovered in this thesis are related to procedural rules. Notably, the rights to discussion, negotiation, the right to remain in the position during the dispute process, and reinstatement in cases of unjustified dismissal are unique to Norwegian law and are not reflected in Danish law. Under Danish law, a salaried employee whose dismissal is found to be unjustified is entitled to compensation and a severance payment. Compensation is also available to Norwegian employees who have been unjustifiably dismissed.

At present, protection against dismissal is weaker in Danish law, leaving much more to the discretion of the parties involved to assess employment relationships without the equivalent legislative regulation found in Norway.

Kapittel 1 Innledning

På bakgrunn av den økte internasjonaliseringen og økt forflytning av arbeidskraft på tvers av landegrensene finner jeg det hensiktsmessig med en komparativ avhandling hvor oppsigelsesvernet i Danmark og Norge sammenlignes. Det er særlig relevant for rettsanvendere med sete i begge land, i tillegg til en rettspolitisk effekt ved å kvalitetssikre om dansk rett er tilfredsstillende i forhold til andre land, som i dette tilfellet Norge.

Det er i Danmark krav til at en oppsigelse skal være «rimeligt begrundet». I Norge er det krav om at en oppsigelse skal være «saklig begrunnet». Avhandlingen skal belyse forskjeller og likheter og ta for seg konsekvensene og fremgangsmåten ved en ugyldig oppsigelse i begge land.

Det er i dansk og norsk rett et oppsigelsesvern som innebærer et vern mot usaklig oppsigelse. Hva som skal til for at en oppsigelse blir kjent ugyldig på bakgrunn av dens saklighet, er det som formål i denne avhandlingen å avklare.

Det er ulikt hvordan en oppsigelse er regulert i Danmark og i Norge. I Danmark er reglene rundt blant annet oppsigelse regulert i funktionærloven som omhandler arbeidstakere som jobber i gjennomsnitt 8 timer eller mer per uke og som i hovedsak driver med handel, kontor og ulike typer servicevirksomheter. Dansk arbeidsliv er i stor grad preget av kollektive overenskomster, tariffavtaler, og har ikke samme arbeidervernlovgivning som i Norge. Det vil tas utgangspunkt i «lovbekendtgørelse» av funktionærloven fra 2017, som er en samling av funktionærloven som hovedlov og etterfølgende endringer.

I Norge er reglene regulert i arbeidsmiljøloven som gjelder nesten alle arbeidstakere. Det vil tas utgangspunkt i arbeidsmiljøloven fra 2005.

1.2 Avgrensninger

I denne avhandlingen vil oppsigelsesvernet og kravet til saklighet sammenlignes etter begge lands rett.

Utgangspunktet for denne avhandlingen er den danske funktionærloven og den norske arbeidsmiljøloven. Begge lovene er ufravikelige, som innebærer at det ikke kan avtales vilkår til ugunst for arbeidstaker enn det som fremgår av loven. Den individuelle arbeidsavtale og ulike overenskomster kan dermed ikke inneha dårligere vilkår enn de loven stiller. Dansk arbeidsrett er i stor grad regulert av kollektive overenskomster. I norsk arbeidsliv vil også partene være bundet av overenskomster, men oppsigelsesvernet er som utgangspunkt festet i lov, og i mindre grad i overenskomster.

Oppsigelsesvernet som fremgår av den ufravikelige lovgivningen vil fungere som en minstestandard, som det vil være hensiktsmessig å avklare og sammenligne etter begge lands rett.

Det avgrenses mot å behandle oppsigelsesvernet etter den individuelle arbeidsavtale og overenskomster. Dette både på bakgrunn av plasshensyn men også et sprikende og omfattende sammenligningsgrunnlag.

På bakgrunn av at funktionærloven kun omfatter funksjonærer, vil det avgrenses mot å behandle andre arbeidstakergrupper i Danmark. I arbeidsmiljøloven behandles, med noen unntak, de fleste arbeidstakergrupper i Norge. Arbeidstaker på generelt grunnlag vil i denne avhandling sammenlignes med funksjonærer etter dansk rett.

Det avgrenses mot å behandle oppsigelsesvernet etter særlovgivningen, som for eksempel forskjellsbehandlingslovgivning.

Det avgrenses mot å behandle masseoppsigelser og det vil ikke gås nærmere inn på offentlige ansettelser.

1.3 Komparativt dilemma

Formålet med sammenligningen er å se på forskjeller og likheter ved begge lands rett. En sammenligning forutsetter et sammenligningsgrunnlag hvor alle momenter i en oppsigelsesvurdering belyses. Grunnet plasshensyn tillattes det ikke med en fullstendig

sammenligning av begge lands rett og det vil heller forsøkes avdekkes forskjeller og likheter rundt sentrale vurderingsmomenter som er viktig for begge lands utøvelse og overholdelse av oppsigelsesvernet.

I tråd med et ikke fullstendig sammenligningsgrunnlag vil det utøves varsomhet ved å konkludere, men det vil til en viss grad, kunne trekkes konklusjoner basert på de ulike momentene som sammenlignes i denne avhandlingen og overordnede forskjeller og likheter ved rettssystemene.

1.4 Oppbygning

Da avhandlingen baseres på et komparativ vil det variere hvorvidt de ulike emnene sammenlignes under ett, eller om det vil foretas en separat fremstilling, etterfulgt av en sammenligning avslutningsvis. Det vil under hvert kapittel redegjøres for metodisk fremgangsmåte.

Innledningsvis presenteres problemstillingen og dens begrunnelse. Deretter foretas det en avgrensing, etterfulgt av det komparative perspektiv. Det vil innledningsvis foretas en begrepsavklaring før det går nærmere inn på metode og rettskilder.

Videre behandles oppsigelse, saklighetskravet og grunnlag for oppsigelse før det vil gå nærmere inn på saksbehandlingsreglene og virkningene av usaklig oppsigelse. Avslutningsvis følger konklusjon, litteraturliste og dokumentasjon på anslag.

Beviskravet vil fremgå under kapittel 5 om saksbehandlingsregler. På bakgrunn av struktur i avhandlingen vil beviskravet i forhold til det aktuelle emnet behandles med det samme.

1.5 Begrepsavklaring

Helt sentralt i et arbeidsforhold står partsforholdet hvor virksomheten/arbeidsgiver er den ene part, mens arbeidstaker er den annen. Det anses dermed hensiktsmessig i denne avhandlingen med en begrepsavklaring før videre gjennomgang.

De sentrale begrepene knyttet til avhandlingens tema er: arbeidstaker, arbeidsgiver, virksomhet og oppsigelse. De vil i det videre belyses hver for seg.

1.5.1 Arbeidsgiver

Begge parter kan gå til opphør av arbeidsforholdet, men det ligger riktignok et strengere beviskrav og vurdering på arbeidsgivers side. Dette kommer jeg tilbake til.

I og med at arbeidsgiver kan gå til opphør av en arbeidsavtale overfor arbeidstaker er det vesentlig å avgjøre og definere hvem som omfattes av arbeidsgiverbegrepet.

Det finnes ikke en konkret legaldefinisjon etter dansk rett. Arbeidsgiver vil i praksis være den, fysiske eller juridiske person, som har inngått en arbeidsavtale med arbeidstaker.¹ I tillegg vil arbeidsgiver være den som har forpliktelser overfor arbeidstaker, deriblant sikre godt arbeidsmiljø, ferie og utbetaling av lønn.² Hvem som er arbeidsgiver pleier i praksis å fremgå av arbeidsavtalen. Det er dermed som regel lite problematisk å stadfeste hvem som er arbeidsgiver. Det kan heller oppstå tvil om hvem som faktisk er forpliktet til å overholde arbeidsavtalen fra arbeidsgivers side. Dette vil ikke behandles ytterligere.

I norsk rett er begrepet hjemlet og definert i arbeidsmiljøloven 17. Juni 2005 nr. 62 §1-8, annet ledd som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Begrepet defineres ut fra ansettelsesforholdet og det er etter inngåelse av en arbeidsavtale at arbeidsgiverbegrepet kommer til anvendelse.³

For begge lands rett legges det til grunn en tilnærmet lik anvendelse av arbeidsgiverbegrepet. Tjenesteforholdet som fremgår av den norske lovgivningen kan i praksis sies å være en samme for dansk rett.

Arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet vil bli brukt om hverandre. Se punkt 1.5.3.

¹ Andersen et al, 2020, s. 171

² Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 21

³ Skjønberg et al, 2017, s. 59

1.5.2 Arbeidstaker

I forbindelse med påberopelse av en usaklig oppsigelse er det aktuelt å stadfeste hvem som er arbeidstaker, da det kun kan påberopes av «arbeidstaker», jf. arbeidsmiljøloven §15-7, første ledd i norsk rett og av «funktionær», jf. funktionærloven §2b i dansk rett.

I dansk rett beskrives arbeidstaker som lønnsmottaker. Det foreligger ikke en generell legaldefinisjon, men begrepet ble definert i ansættelsesbevisloven §1, stk. 2 i 1993, som del av implementeringen av EU- direktiv 91/533/EØF i 1991.⁴ Ansættelsesbevisloven definerer en lønnsmottaker som en som mottar vederlag for personlig arbeid i et tjenesteforhold. Fra bestemmelsen kan det listes opp tre vilkår for å få lønnsmottakerstatus. Vedkommende skal (1) motta vederlag, for (2) eget arbeid og det skal (3) foreligge et tjenesteforhold.⁵

Ansættelsesbevisloven stiller krav til en minimumsvarighet på arbeidsforholdet på en måned og en gjennomsnittlig arbeidstid på 8 timer i uken, jf. §1. Hvorvidt lønnsmottakerbegrepet kommer til anvendelse vil variere ut ifra lovgivningen. Hvorvidt det foreligger et tjenesteforhold er en fellesnevner på tvers av lovgivningen og en fellesnevner for at begrepet kommer til anvendelse.

Dette tjenestevilkåret ses blant annet i funktionærloven, jf. FUL §1, stk. 2. I tillegg stilles det krav til type arbeid og en gjennomsnittlig arbeidstid på 8 timer i uken for å få status som funksjonær, som dermed stiller strengere krav til oppfyllelse av lønnsmottakerstatus. Type arbeid skiller seg fra ansættelsesbevisloven som innebærer at lønnsmottakerbegrepet i funktionærloven har et snevrere anvendelsesområde.

I norsk rett er arbeidstaker definert og hjemlet i arbeidsmiljøloven §1-8, første ledd, som enhver som «utfører arbeid for og underordnet en annen». Arbeidstakerbegrepet i Norge, i likhet med Danmark, varierer avhengig av lovgivningen.

I norsk og dansk lovgivning fremgår arbeidstakerbegrepet av ulike lover. Begrepet må etter begge lands rett tolkes ut ifra lovgivningens formål og det må foretas en konkret og individuell vurdering av hvorvidt begrepet kommer til anvendelse. Felles for begge land er at

⁴ Nielsen, 2020, s. 286

⁵ Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 17-18

det skal være snakk om et tjenesteforhold. Dette avgrenser dermed mot å blant annet omfatte oppdrag.

Arbeidstaker omtales etter dansk rett som lønnsinntaker eller medarbeider og arbeidstaker og medarbeider brukes om hverandre i begge lands rett.

Det legges for ordens skyll til grunn at det i det videre at begrepet arbeidstaker vil benyttes i den videre fremstilling etter begge lands rett.

1.5.3 Virksomhet

I norsk rett er virksomhetsbegrepet sentralt. Begrepet fremgår av arbeidsmiljøloven §1-2, første ledd. For at loven skal komme til anvendelse må et arbeidsforhold bestå av en «virksomhet» som sysselsetter en arbeidstaker. Relevant i lovgivningen er blant annet ved fortrinnsrett til stilling når arbeidstaker er sagt opp på grunn av «virksomhetens forhold», jf. AML §14-2.

Det er derfor viktig å avklare hvorvidt virksomhetsbegrepet kommer til anvendelse.

Virksomhetsbegrepet henger tett sammen med arbeidsgiverbegrepet.

Forhold på arbeidsgivers side, forutsetter en tilknytning til virksomheten. Begrepene kan dermed ses under ett. En oppsigelse med bakgrunn i arbeidsgivers forhold, vil også gjøres gjeldende under virksomhetens forhold.

Virksomhetsbegrepet er ikke legaldefinert etter funksjonsloven, men er definert i andre danske lover. På lik linje med arbeidstakerbegrepet må det vurderes individuelt ut ifra den aktuelle lovgivningen.

Arbeidsgiver anses å være en juridisk person som oftest i praksis er den som inngår arbeidsavtale med arbeidstaker, en såkalt underordning av arbeidstakere, jf. Rt. 1981 s. 899.

Arbeidsgiverbegrepet og virksomhetsbegrepet vil bli brukt om hverandre. Se punkt 1.5.1.

Kapittel 2 Metode og rettskilder

2.1 Metode

Avhandlingen har som formål å kartlegge forskjeller og likheter ved oppsigelsesvernet i Danmark og Norge. For å gjøre det må rettstilstanden i begge land stadfestes. Det skal forsøkes å kartlegge grensen for gyldig oppsigelse i begge land, hva som skal til for at en oppsigelse er gyldig og hvilke konsekvenser det har for arbeidstaker og arbeidsgiver.

For å belyse tematikken i denne avhandlingen vil den rettsdogmatiske metode, de lege lata, benyttes. Metoden har til formål å kartlegge rettstilstanden på et gitt område ved å analysere, systematisere og beskrive gjeldende rett.⁶

For å belyse gjeldende rett må dette gjøres i tråd med rettspraksis som i størst grad gjenspeiler rettstilstanden på det aktuelle område i takt med utviklingen og praktiseringen av gjeldende rett. Det rettsdogmatiske utgangspunktet er anvendelsen av rettskilder, tolkningsprinsipper, rettsavgjørelser og rettens subsumsjon.⁷

Metoden løser ikke konkrete juridiske problemstillinger, men brukes til å stadfeste rettstilstanden.⁸ I arbeidet med å stadfeste gjeldende rett vil det tas i bruk ulike tolkningsprinsipper.

Utgangspunktet for lovtolkning er lovens ordlyd. Arbeidet med å stadfeste gjeldende rett innehar flere elementer, og for at ordlydstolkningen skal være forenelig med stadfestelsen av gjeldende rett er det ulike tolkningsprinsipper som tas i bruk med det formål å stadfeste en lovs utstrekning. Det er ikke opp til hver enkelt rettsanvender å tolke og dermed stadfeste rettstilstanden på egen hånd. Dette begrunnes i hensyn som likebehandling og rettssikkerhet.⁹ Der blir derfor avgjørende å se hen til rettens avgjørelser for å kartlegge rettstilstanden og legge til grunn lik tolkning.

⁶ Munk-Hansen, 2022, s. 211

⁷ Munk-Hansen, 2022, s. 211

⁸ Munk-Hansen, 2022, s. 223

⁹ Munk-Hansen, 2022, s. 305

Selve tolkningen deles inn i tre følgende kategorier: innskrenkende, utvidende og presiserende. Bruk av tolkningsmetoder må avgjøres individuelt. Som et eksempel kan nevnes hvor en reaksjon er særlig inngripende, vil det være hensiktsmessig med innskrenkende tolkning.

Lovgivers formål, enten det fremgår av loven eller lovens forarbeider, er en viktig kilde for å kartlegge loven og en bestemmelses innhold. Formålsbetraktninger vil derfor være en viktig kilde i arbeidet med å stadfeste gjeldende rett i denne avhandlingen.

Metoden og de ulike tolkningsprinsippene er de samme i norsk rett og vil benyttes på samme måte ved implementeringer av norsk rett i denne avhandlingen.

I denne avhandling har metoden som formål å stadfeste rettstilstanden av gjeldende rett når det kommer til oppsigelsesvernet i begge land. Rettspraksis vil være av avgjørende betydning for sammenligningen og stadfestelsen av gjeldende rett.

2.2 Rettskilder

Det anses hensiktsmessig innledningsvis å belyse rettskilder benyttet for å belyse avhandlingens problemstilling.

I dansk rett er de viktigste rettskildene på arbeidsrettens område lovgivning og kollektive overenskomster.¹⁰ Til sammenligning med Norge har ikke Danmark en generell ansettelseslov, men har i stedet flere ansettelsesrettslige lover for ulike grupper.¹¹ Eksempler på slike lover er vikarloven, barselloven og deltidsloven. Relevant for denne avhandling er endringsloven til funksjonærloven, LBKG 2017-08-24 nr. 1002, heretter FUL eller funksjonærloven, som det vil tas utgangspunkt i.

Fra norsk rett vil arbeidsmiljøloven (heretter AML eller arbeidsmiljøloven), 17. juni 2005 nr. 62, benyttes tilsvarende.

¹⁰ Nielsen, 2020, s. 35

¹¹ Nielsen, 2020, s. 35

Danmark har også en arbeidsmiljølov, men den har som formål å sikre et godt arbeidsmiljø for arbeidstakere i jobb, med fokus på helse, miljø og sikkerhet og tar ikke for seg ansettelsesrettslige problemstillinger, deriblant oppsigelsesvernet, slik som den norske loven gjør.

Likt for arbeidsrettslig lovgivning er dens ufravikelige karakter, såkalt preseptorisk lovgivning, som sikrer beskyttelse av arbeidstaker. I et arbeidsforhold står arbeidstaker i en underlegen situasjon overfor arbeidsgiver og en lovgivning som skal beskytte arbeidstaker er dermed hensiktsmessig. Preseptorisk lovgivning innebærer at det ikke er tillat å avtale dårligere vilkår enn loven stiller.¹² Dette fremgår av FUL §21 etter dansk rett, og AML §1-9 etter norsk rett. Det kan ikke avtales vilkår som er til ugunst for en funksjonær etter dansk rett og arbeidstaker etter norsk rett.

Rettskildene deles inn i fire kategorier. Det er loven, rettspraksis, sedvane og forholdets natur/reale hensyn.¹³ Loven som kategori innehar flere underkategorier. Disse er Grunnlov, lov og kunngjøringer (bekendtgørelser).¹⁴ Det foreligger et rettskildhierarki, i henhold til trinnhøydeprinsippet, som innebærer at Grunnlov har forrang foran lov, og lov forrang foran kunngjøringer. Domstolene tar utgangspunkt i rettsregler og deres avgjørelser er med å stadfeste rettstilstanden.

Juridisk litteratur vil bli benyttet i avhandlingen med det formål å bidra til dannelsen av et helhetlig bilde og være med å belyse forståelsen av gjeldende rett.

Forarbeider og formålsbestemmelser vil også benyttes til å belyse avhandlingens problemstilling.

¹² Nielsen, 2020, s. 38

¹³ Munk-Hansen, 2022, s. 331

¹⁴ Munk-Hansen, 2022, s. 263

Kapittel 3 Oppsigelse

I dette kapittelet vil det innledningsvis foretas en gjennomgang av hva oppsigelse er, en begrepsavklaring og generelle oppsigelsesregler og varsel.

3.1 Grunnleggende om oppsigelse

En oppsigelse er en erklæring om opphør av et arbeidsforhold, foretatt av arbeidsgiver eller arbeidstaker.

Begrepet «afskedigelse» brukes i dansk rett som en samlebetegnelse for opphør av et arbeidsforhold, og dekker både oppsigelse med varsel og bortvisning.¹⁵ Sistnevnte betegnes som avskjed i Norge. Ved behandling av oppsigelse må det avgrenses mot avskjed, som er et umiddelbart opphør av arbeidsforholdet.

Det er særlig i nyere ansettelsesrettslige lover som f.eks. likebehandlingsloven og virksomhedsomdannelsesloven hvor «afskedigelse» brukes om opphør med varsel og med umiddelbart opphør.¹⁶ I FUL, se særlig §6, brukes begrepet som oppsigelse uten varsel. I begge land er det ulike krav til opphørvurderingen og saksbehandlingsreglene, avhengig av opphørstype. Ved bortvisning/avskjed stilles det strengere krav til opphørsgrunnen, hvor grovt mislighold legges til grunn. Det er også forskjell på opphørstidspunktet, om arbeidsforholdet opphører umiddelbart eller etter endt oppsigelsestid som vil ha noe å si på saksbehandlingsreglene. Sistnevnte vil behandles i kapittel 5.

Oppsigelsesadgangen ligger innenfor arbeidsgivers ledelsesrett, og innen styringsretten som det kalles i Norge. Det innebærer arbeidsgivers adgang til å ansette og si opp medarbeidere men også å strukturere seg på en hensiktsmessig måte for virksomheten. På tilsvarende måte omfatter styringsretten i Norge arbeidsgivers adgang til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet», jf. Rt. 2000 s. 1602. Styringsretten er en selvstendig rettsnorm som kommer fra rettspraksis.¹⁷ Dette er tilsvarende for Danmark. Det er ikke en ufravikelig rett for

¹⁵ Nielsen, 2020, s. 369

¹⁶ Andersen et al, 2020, s. 665

¹⁷ Skjønberg et al, 2020, s. 98

arbeidsgiver, da både overenskomster, lovgivning og arbeidsavtalen setter skranker for arbeidsgivers ledelses- og styringsrett.

Etter dansk rett er ikke oppsigelsesvernet lovregulert på samme måte som i Norge. I Danmark er reguleringen stort sett overlatt til arbeidslivets parter hvor mye av reguleringen fremgår av kollektive overenskomster. Et eksempel fra kollektiv overenskomst er Hovedavtalen §4, stk. 3. Oppsigelsesvernet er lagt til grunn i flere overenskomster hvor det stilles krav til saklighet, på lik linje med FUL §2b. Det avgrenses mot å behandle oppsigelsesvernet ut ifra overenskomster videre.

Det foreligger et lovregulert oppsigelsesvern for funksjonerer etter dansk rett som det vil tas utgangspunkt i, jf. FUL §2b.

Etter funktionærloven kommer oppsigelsesreglene til anvendelse hvor arbeidsforholdet har en varighet på 1 måned eller lenger.

Et oppsigelsesvern innehar en beskyttelse hvor ikke bare arbeidstaker er beskyttet for en urimelig oppsigelse, men dekker også ulike typetilfeller som er regulert i særlovgivningen. Eksempler på det er forskjells- og likebehandlingsloven. Det er fra praksis ulike forhold som er vernet særskilt mot oppsigelse, blant annet ved sykdom og graviditet.

Etter norsk rett er oppsigelsesvernet hjemlet i arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven oppstiller i tillegg et særskilt oppsigelsesvern ved sykdom, jf. AML §15-8, svangerskap eller fødsel, jf. AML §15-9 og militærtjeneste, jf. AML §15-10. Norge har også særlovgivning som verner visse arbeidstakergruppe, som f.eks. likestillings- og diskrimineringsloven. Dette i likhet med Danmark og i deres forskjells- og likebehandlingslovgivning.

Dersom det er tale om en offentlig ansettelse, kommer forvaltningsloven til anvendelse, da en oppsigelse er å anse som en avgjørelse etter forvaltningslovens forstand.¹⁸

¹⁸ Nielsen, 2020, s. 370

Oppsigelsesvernet er hjemlet i forvaltningsloven §§22 og 24. Det avgrenses mot å behandle offentlige ansettelser ytterligere.

3.2 Varsel/oppsigelse

Det vil i det videre foretas en gjennomgang av varsel/oppsigelsestid. Formkrav og beviser vil behandles i kapittel 5.

Erklæringen, eller som FUL kaller et varsel, må ligge til grunn for at en oppsigelse er gyldig, jf. FUL §2, stk. 1, som omfatter oppsigelse fra arbeidsgiver/virksomheten.

Lovgivningen stiller riktignok flere krav til en oppsigelses gyldighet enn varsel.

Bestemmelsen opplister en skjematisk tilnærmelse til oppsigelsestid, fra varsel om opphør er gitt, basert på arbeidstakers ansiennitet. Oppsigelse fra funksjonæren sin side er hjemlet i FUL §2, stk.6 hvor det fremgår en oppsigelsestid på en måned. Det avgrenses mot å behandle oppsigelsestidens lengde nærmere.

Etter norsk rett fremgår oppsigelsesreglene av AML kapittel 15. Formkrav vil som allerede nevnt behandles under kapittel 5.

Når det kommer til oppsigelsestid, er den lovfestede oppsigelsestiden på 1 måned, hvor annet ikke er avtalt, jf. AML §15-3, første ledd. Norsk lovgivning inneholder også regler om oppsigelsestid avhengig av arbeidstakers ansiennitet i virksomheten. Dette fremgår av AML §15-3, annet og tredje ledd en oppsigelsestid på henholdsvis to og tre måneder i forhold til en ansettelsestid på fem eller ti år.

Det er visse forhold som vil ha innvirkning på oppsigelsestid og eventuelt når varsel ikke er nødvendig.

Det gjelder et unntak til skriftlig oppsigelse ved midlertidig ansettelse, jf. FUL §2, stk. 4 og prøvetid, jf. FUL §2, stk. 5.

Ved arbeidsforhold med en varighet på over en måned kommer FUL til anvendelse.

Ved arbeidsforhold av kortere varighet enn en måned kommer ikke FUL til anvendelse.

Opphør vil dermed gjelde uten varsel.

Et arbeidsforhold kan også naturlig opphøre ved utløpet av et midlertidig arbeidsforhold. Oppsigelsesvernet gjør seg som hovedregel ikke gjeldende ved sistnevnte forhold, men nevnes for ordens skyld som opphørsgrunn. Det ligger i den midlertidige karakter at det er for en angitt periode og at det som hovedregel opphører ved avtalt opphørstid. Dersom det skal gå til opphør av arbeidsforholdet av midlertidig karakter gjelder de ordinære regler om varsel i henhold til FUL §2.

Som nevnt ovenfor er det en forutsetning for å gå til oppsigelse av arbeidstaker at vedkommende har vært ansatt uavbrutt i virksomheten i minst ett år og bringes kun til opphør ved et forvarsel. Dette er ikke tilstrekkelig for en gyldig oppsigelse. Lovens §2b stiller krav til at oppsigelsen må være rimelig begrunnet.

Etter funksjonærloven så har man en varslingsplikt, som innebærer at man kun kan si opp ved forutgående varsel. Når du må gi varsel, og oppsigelsestid deretter, avhenger av ansienniteten til arbeidstaker, henholdsvis 1, 3 eller 6 måneder, i forhold til en ansiennitet i virksomheten på 6 måneder, mer enn seks måneder og utover det en forhøyelse med en måned per tredje ansettelsesår, riktignok ikke mer enn seks måneder totalt, jf. FUL §2.

3.3 Unntak

Under 3.2 nevnes unntak i forhold til varsel og oppsigelsestid. For ordens skyld behandles midlertidig ansettelse og prøvetid i det videre. Man vil være omfattet av spesiallovgivningen og er ikke knyttet til saklighetsvurderingen. Nevner det allikevel da det i praksis oppleves å ha et avklaringsbehov. Saklighetskravet gjør seg gjeldene i prøvetid etter norsk rett.

3.3.1 Midlertidig ansettelse

Kjennetegnet ved en midlertidig ansettelse er at det er snakk om en tidsbegrenset periode hvor arbeidsgiver har behov for arbeidskraft eller det er snakk om en eller flere oppgaver som ønskes gjort i løpet av en begrenset periode.

Varigheten som avtales ved inngåelse av arbeidsforholdet skal som hovedregel opprettholdes og det vil ikke være nødvendig å følge de ordinære oppsigelsesreglene.

Dersom det blir aktuelt med opphør underveis av et midlertidig arbeidsforhold, vil henholdsvis oppsigelsesreglene komme til anvendelse.

Ved en midlertidig ansettelse gjelder opphør underveis i arbeidsforholdet i henhold til oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15.

Etter dansk rett er varigheten på det avtalte midlertidige arbeidet avgjørende for opphørstidspunkt og fremgangsmåte.

Hvor det er avtalt arbeid av midlertidig karakter med en varighet på under en måned, vil ikke oppsigelsesvernet i funktionærloven komme til anvendelse, og det gjelder et gjensidig opphør med en dags varsel, jf. FUL §2, stk. 4.

Hvor det er avtalt arbeid av midlertidig karakter med en varighet på over en måned kommer de ordinære oppsigelsesreglene i funktionærloven til anvendelse.

3.3.2 Prøvetid

Det kan etter dansk rett avtales prøvetid ved inngåelse av et arbeidsforhold, hvor oppsigelsestiden fastsettes til 14 dager, innenfor de første tre måneder av ansettelsesforholdet, jf. FUL §2, stk. 5.

Arbeidsgiver kan gå til opphør av arbeidsforholdet i prøvetiden med en oppsigelsesfrist på 14 dager. Funksjonæren derimot kan gå til opphør av arbeidsforholdet med umiddelbar virkning i prøvetiden.

Det er vanlig praksis at det avtales en gjensidig oppsigelsestid i prøvetiden på 14 dager, jf. FUL §2, stk. 6, 2.pkt.

Under prøvetiden etter dansk rett er det ikke krav til en rimelig opphørsbegrunnelse, men overholdelse av ufravikelig lovgivning som likebehandlingslovgivningen må riktignok følges.¹⁹ Etter dansk rett er det ikke grunnlag for å forlenge prøvetiden.

Etter norsk rett åpner arbeidsmiljøloven for at arbeidstaker og arbeidsgiver kan avtale en prøvetid opp til seks måneder, jf. AML §15-3, syvende ledd, hvor oppsigelsestiden settes som en hovedregel til 14 dager.

¹⁹ Andersen et al, 2020, s. 696

I tilfeller hvor arbeidstaker har vært fraværende i prøvetiden, kan prøvetiden forlenges tilsvarende, jf. AML §15-6, fjerde ledd.

Etter norsk rett foreligger stillingsvernet også i prøvetiden, med de samme saksbehandlingsregler som ved oppsigelse utenom prøvetid, men listen er noe lempet. Momenter som arbeidstakers egnethet og arbeidsgivers opplæringsplikt er av vesentlig betydning i prøvetiden.

3.3.3 Sammenligning

Lengden på prøvetiden varierer i dansk og norsk rett, hvor man etter dansk rett kan avtale en prøvetid på opptil tre måneder, kan man etter norsk rett avtale en prøvetid på opptil seks måneder.

Det er etter dansk rett ikke nødvendig for arbeidsgiver å foreta en rimelighetsvurdering i prøvetiden. Etter norsk rett er det fortsatt krav til at oppsigelsen må være saklig begrunnet, men listen er noe vanlig enn utenom prøvetid. Vilklårene for en gyldig oppsigelse under prøvetiden avgrenses det mot å behandle i denne avhandlingen, men nevnes for avklaringen sin del. Likt for begge lands rett er en oppsigelsestid på 14 dager, såfremt arbeidstaker inngår avtale om det. Hvis ikke har ikke funksjonæren etter dansk rett en oppsigelsestid og arbeidsforholdet kan opphøre på dagen.

Prøvetid kan avtales ved inngåelse av en midlertidig arbeidsavtale.

Kapittel 4 Vern mot ulovlig oppsigelse

I dette kapitlet vil det gås nærmere inn på oppsigelsesvernet og dets krav til saklig begrunnelse. Grunnlagene for oppsigelse, herunder forhold på arbeidsgivers og virksomhetens side skal behandles.

Begge lands rett vil behandles om hverandre i dette kapittel før det også avslutningsvis blir foretatt en sammenligning.

4.1 Saklighetsvurderingen og styringsrett

I oppsigelsesvernet ligger det et prinsipp om at man er vernet mot en usaklig eller urimelig oppsigelse.

Oppsigelsesvernet er preseptorisk hjemlet i begge lands lovgivning og stiller krav til at en oppsigelse skal være saklig etter norsk rett og rimelig etter dansk rett, for at en oppsigelse kan anses gyldig.

Etter begge lands rett, tross ordlydsforskjell, kan det legges til grunn en tilsvarende lik betydning av begrepsbruken. For ordens skyld vil saklighetsvurderingen benyttes tilsvarende for begge lands rett. Selve listen for hva som anses rimelig/saklig i de ulike landene derimot skal forsøkes avklares i den videre fremstilling.

Saklighetsvurderingen setter skranker for arbeidsgivers ledelsesrett/styringsrett. Dette begrunnes i de negative konsekvenser en oppsigelse har for arbeidstaker. Det er særlig den økonomiske og den sosiale situasjonen for arbeidstaker som hensyntas i forhold til at en oppsigelse kan ramme arbeidstaker særlig hardt.

I dansk lovgivning er det lovpålagte krav til en rimelig oppsigelse hjemlet i FUL §2b. Det er denne bestemmelsen som er utgangspunktet for vurderingen i denne avhandlingen.

FUL §2b lyder som følger:

«Såfremt opsigelse af en funktionær, som har været uafbrudt beskæftiget i den pågældende virksomhed i mindst 1 år før opsigelsen, ikke kan anses for rimeligt begrundet i funktionærens eller virksomhedens forhold, skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse. Denne fastsættes under hensyn til funktionærens ansættelsestid og sagens øvrige omstændigheder, men kan ikke overstige funktionærens løn for en periode svarende til halvdelen af det opsigelsesvarsel, der tilkommer den pågældende i henhold til § 2, stk. 2 og 3. Er funktionæren ved opsigelsen fyldt 30 år, kan godtgørelsen dog udgøre indtil 3 måneders løn.»

I norsk lovgivning er saklighetskravet hjemlet i AML §15-7, første ledd og lyder som følger:

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

Begge lands rett stiller krav til at en oppsigelse skal være saklig begrunnet i virksomhetens eller arbeidstaker/funksjonærens forhold.

Hva som ligger i denne vurdering vil avhenge av ulike forhold og fra hvilken part som går til opphør av arbeidsforholdet. Dette vil behandles i den videre fremstilling.

Det som umiddelbart skiller bestemmelsene i norsk og dansk rett er at det i dansk rett stiller krav til en uavbrutt ansettelse på ett år for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Det innebærer at arbeidstaker ikke kan påberope seg en usaklig oppsigelse før vedkommende har vært ansatt i ett år. Tilsvarende vilkår finnes ikke i norsk rett.

Saklighetsvurderingen i begge lands lovgivning legger opp til en skjønnsmessig vurdering. Det er domstolene som til enhver tid definerer innholdet i vurderingen i tråd med samfunnsutviklingen, når de treffer sine avgjørelser.

Saklighetsvurderingen må ses i sammenheng med lovens saksbehandlingsregler.

Saksbehandlingsreglene har som formål å sikre en saklig og forsvarlig vurdering basert på et faktisk grunnlag.²⁰ En oppsigelse vil som hovedregel etter loven være ugyldig, dersom saksbehandlingsreglene ikke er fulgt, jf. arbeidsmiljøloven §15-5.

Saksbehandlingsreglene behandles i kapittel 5.

4.2 Bevisbyrde

Det fremgår av begge lands rett at arbeidsgiver må bevise at det foreligger saklig grunn for oppsigelse. Det er funksjonæren som har bevisbyrden ved påberopelse av en urimelig oppsigelse.²¹

Bevisbyrdekravet er i praksis noe nyansert, hvor det er den parten som sitter inne med relevant kunnskap for å belyse faktum, som er nærmest til å fremlegge de bevis man besitter. Når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold er det virksomheten som må belyse grunnlaget for avgjørelsen, for å sannsynliggjøre rimeligheten av oppsigelsen.²²

²⁰ Skjønberg et al, 2017, s. 415

²¹ Andersen et al, 2020, s. 808

²² Andersen et al, 2020, s. 808

4.3 Domstolsadgang

Oppsigelse grunnet virksomhetens forhold er som regel forhold som domstolene ikke går i dybden av å vurdere. Domstolen har riktignok anledning til å prøve alle sider av en oppsigelse grunnet forhold på arbeidstaker og virksomhetens side.

Det er som regel vanskelig å bevise om forhold på virksomhetens side begrunner en rimelig oppsigelse. Det viser seg som regel i praksis hvor virksomheten ansetter en annen i tilsvarende stilling før, under eller etter en oppsigelse finner sted, som vil kunne tale for at oppsigelsen av den oppsagte arbeidstaker ikke er gyldig eller rimelig begrunnet.²³

Virksomhetens vurdering baseres seg på forhold utenfor saklighetskravet, nemlig forhold av økonomisk og/ eller teknisk art. Derimot vil avgjørelser som baserer seg på et feilaktig grunnlag eller hvor oppsigelsen strider mot lov, overenskomst eller den individuelle avtale være relevant for domstolene å etterprøve. Saksbehandlingsreglene, som det allerede i denne avhandlingen er stadfestet at er en vesentlig del av rimelighetsvurderingen, vil også være relevant for domstolene å etterprøve.

4.4 Sammenligning

Begge lands rett stiller krav til at en oppsigelse skal være saklig begrunnet. Dansk rett skiller seg fra norsk rett ved at en dansk funksjonær kun kan påberope seg en usaklig begrunnet oppsigelse etter det første ansettelsesåret. Tilsvarende gjelder ikke etter norsk rett, der løper saklighetskravet tiltredelsesdato. Nevner for ordens skyll unntak hvor prøvetid er aktuelt. Beviskravet fremstår likt etter begge lands rett i form av å bevise sakligheten ved en oppsigelse.

4.5 Grunnlag for oppsigelse

Loven stiller krav til visse omstendigheter man skal foreta en saklighetsvurdering i forhold til, i vurderingen av om en oppsigelse kan anses gyldig. Oppsigelsen skal, etter dansk rett, begrunnes i «funktionærens eller virksomhedens forhold», jf. FUL §2b. Etter norsk rett skal

²³ Andersen et al, 2020, s. 809

en oppsigelse begrunnes i «virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. AML §15-7, første ledd.

I norsk rett kan man behandle virksomhetens forhold og arbeidsgivers forhold under ett, da det i praksis behandles likt. Dette begrunnes med at dersom det er forhold på arbeidsgivers side, forutsetter det en forbindelse til virksomheten.²⁴ Dette fremgår også av dansk rett, at selv arbeidstakers private forhold vil omfattes av forhold på virksomhetens side.²⁵ Det vil derfor i den videre fremstilling ta for seg virksomhetens forhold i begge land, deretter vil forhold på arbeidstakers side behandles.

4.5.1 Virksomhetens forhold

4.5.1.1 Innledning

Både Danmark og Norge innehar i sin lovgivning hjemmel hvor oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold kan tillates.

Etter dansk rett kan man gå til oppsigelse av arbeidstaker(e) hvor det med rimelighet kan begrunnes i «virksomhedens forhold», jf. FUL §2b 1. ledd.

Etter norsk rett kan en arbeidstaker sies opp dersom det er saklig begrunnet i «virksomhetens» forhold, jf. AML §15-7 1. ledd.

I den videre fremstilling skal innholdet i virksomhetens forhold vurderes og det skal forsøkes avklares hva som skal til for å omfattes av begge lands retts ordlyd.

Ulike momenter i vurderingen vil behandles separat, før det avslutningsvis vil foretas en konklusjon.

4.5.1.2 Rasjonalisering og driftsinnskrenkninger

Når det kommer til vurderingen av hva som omfattes av virksomhetens forhold, har norsk lovgiver presisert forhold som omfattes og hva vurderingen skal inneha, jf. AML §15-7 2. ledd følgende:

²⁴ Skjønberg et al, 2017, s. 416

²⁵ Andersen et al, 2020, s- 815

«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.»

Norsk lovgivning nevner eksplisitt driftsinnskrenkning og rasjonaliseringstiltak i forbindelse med hva som omfattes av virksomhetens forhold.

Dansk lovgivning innehar ikke en tilsvarende presisering av hva som faller innenfor kategorien virksomhetens forhold.

Felles for begge land er at det skal foretas en saklighetsvurdering knyttet opp mot virksomhetens forhold, knyttet opp mot begge lands lovgivning og særlig saklighetskravet i FUL §2b og AML §15-7.

Når det kommer til en ordlydstolkning i begge lands rett kan det legges til grunn at virksomhetens forhold må tolkes bredt. Det må antas at forhold, både private forhold hos arbeidsgiver selv, og generelt i virksomheten gjør det nødvendig å foreta endring og i denne forbindelse si opp medarbeidere.²⁶ I praksis vil dette som oftest innebære organisasjons- og driftsmessige forhold. Det kan være forhold som ordremangel, redusert omsetning og behov for en reduksjon av ansatte på den bakgrunn.

Etter dansk rett henger rimelighetsvurderingen knyttet til innskrenkninger sammen med hvorvidt det anses nødvendig for virksomheten. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden og som skal dokumentere nødvendigheten av en innskrenkning.²⁷ I forbindelse med en innskrenkning, hvor en ansatt blir overtallig og dermed sagt opp, er dette noe som normalt ikke kritiseres.²⁸

²⁶ Andersen et al, 2020, s. 815

²⁷ Andersen et al, 2020, s. 816

²⁸ Andersen, et al, 2020, s. 817

Dersom en oppsigelse etter dansk rett begrunnes i nødvendigheten av å foreta personalinnskrenkning er det gjennom rettspraksis lagt til grunn at virksomheten gis frihet til å bestemme hvilke(t) arbeidsforhold det skal gå til opphør av og eventuelt hvorvidt det er hensiktsmessig å tilby funksjonæren annet arbeid.²⁹ Dette viser hen til omplasserings- og utvelgelsesvurdering, som behandles nedenfor.

I U 1968.782 H fikk virksomheten medhold i å gå til oppsigelse av en funksjonær etter 36 års ansettelse, på bakgrunn av virksomhetens økonomiske situasjon og behov for å foreta personalinnskrenkninger. Virksomheten hadde de siste to årene gått i underskudd hvor lønnsutgifter utgjorde størstedelen av utgiftene. Funksjonærens ansiennitet, alder og kvalifikasjoner til annen stilling ble tilsidesatt og virksomhetens behov kom foran.

I Østre Landsrets dom av 10. januar 2006, B-452-05, ble to funksjonærer sagt opp på bakgrunn av rasjonalisering i virksomheten. Virksomheten hadde gitt de to funksjonærenes oppgaver til noen andre med langt mindre ansiennitet og med liten begrunnelse herfor. Oppsigelse ble erklært urimelig begrunnet.

Selv om virksomheten gis stort handlingsrom når det kommer til å bruke eget skjønn i vurderingen av hvem som skal sies opp i ledd av innskrenkninger, er retten tydelig på at det skal være en nødvendighet for virksomheten og avgjørelsen skal ikke med vilje bryte med blant annet ansiennitet der det ikke er nødvendig. Det legges dermed til grunn at ikke hvilke argumenter som helst stilles virksomhetens skjønn til disposisjon.

I en annen høyesterettsavgjørelse fra Danmark, U 1983.344 H, var oppsigelse av en funksjonær grunnet personalinnskrenkninger rimelig begrunnet på bakgrunn av en nedgang i omsetning. Funksjonæren påberopte seg at oppsigelsen skyltes fagpolitiske aktivitet, noe retten la til grunn at ikke var tilfelle. Det var virksomhetens omsetningsnedgang som var avgjørende og som dermed fikk vekt.

²⁹ Andersen et al, 2020, s. 816

I Sjø- og Handelsrettens dom av 21. juli 1985, F 18-84, var faktum at det var foretatt endringer i virksomheten, men som retten la til grunn, ikke hadde noe med en reduksjon av antall medarbeidere å gjøre og at oppsigelsen var urimelig begrunnet i arbeidstakers ryggslidelse.

I U 2003.1597 V la retten til grunn at ved omsetningsnedgang vil det være opp til virksomhetens skjønn å vurdere hvilke arbeidstaker(e) som skal sies opp.

Det kan ut fra rettens vurdering og ordlyd legges til grunn at retten gir virksomheten rom til eget skjønn og vurdere ulike rasjonaliserings- og driftsinnskrenkningstiltak hensiktsmessig for virksomheten.

Det er etter dansk rett i stor grad åpnet for at virksomheten kan bruke eget skjønn i vurderinger som omhandler rasjonaliserings- og innskrenkningstiltak.

Etter dansk rett får virksomheten stort sett medhold i driftsinnskrenkninger hvor det er nødvendig for virksomheten. Det legges stor tillitt og forståelse i virksomhetens egne skjønnsvurderinger. Det foreligger riktignok en viss grense i forhold til hvilke momenter virksomheten hensyntar. Dersom innskrenkninger innebærer å si opp ansatte med lenger ansiennitet enn andre, eller det foreligger andre forhold slik som sykdom vil dette ligge utenfor nødvendighetsvurderingen og virksomhetens skjønn.

Avgjørende er om de faktiske forhold knytter seg til virksomhetens behov for innskrenkninger.

Etter norsk rett legges det opp til, i likhet med Danmark, en rimelighetsvurdering knyttet til virksomhetens nødvendighet for driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak.

Driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak fører ikke umiddelbart til en saklig oppsigelse. Etter norsk rett skal det vurderes hvorvidt oppsigelsen er forholdsmessig ved at det foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov og ulempene oppsigelsen har for den enkelte arbeidstaker, jf. AML §15-7, annet ledd, 2. pkt. I tillegg vil ikke en oppsigelse være saklig begrunnet dersom virksomheten har «annet passende arbeid» i virksomheten, jf. AML 15-7 2. ledd 1. punktum. Vurderingen av om virksomheten har annet passende arbeid behandles nedenfor.

I norsk rett legges det vekt på i hvilken grad en oppsigelse på bakgrunn av driftsinnskrenkninger eller rasjonaliseringstiltak vil ramme arbeidstaker. I tilfeller hvor arbeidstaker rammes særlig hardt, vil det kreves mer av virksomheten og rimelighetsvurderingen for at en oppsigelse skal anses gyldig. Dette viser seg blant annet i Rt. 1966 s. 393, hvor oppsigelsen rammet arbeidstaker særlig hardt. Dette var på bakgrunn av hans alder på nesten 48 år, han var syk, hadde en kone og to barn å forsørge. I tillegg hadde arbeidstaker 28 års bedriftsansienitet. Retten ga virksomheten er sterk oppfordring om å ikke gå til oppsigelse av vedkommende på bakgrunn av ovennevnte forhold. Det er verdt å nevne at denne saken forelå før det i norsk rett ble lovfestet å foreta ulempevurdering.³⁰ Uten å konkludere ville nok tilsvarende vurdering i dag ført til at en oppsigelse ikke ville være saklig begrunnet. Vurderingsmomentene vil være aktuelle under vurderingen av utvelgelseskriterier. I likhet med dansk rett, så må tiltak som sørger for at man holder virksomheten i gang tale for at virksomheten kan gjøre de tiltak som sørger for oppnåelse av det formål.

4.5.1.3 Sammenligning

Det er etter dansk rett i stor grad åpnet for at virksomheten kan bruke eget skjønn i vurderinger som omhandler rasjonaliserings- og innskrenkningstiltak enn det stilles krav om i norsk rett. Etter dansk rett får virksomheten stort sett medhold i driftsinnskrenkninger hvor det er nødvendig for virksomheten. Det legges stor tillitt og forståelse i virksomhetens egne skønnsvurderinger. Etter norsk rett er hensyn til arbeidstaker, det være seg sosialt, økonomisk, eller lignende tungtveiende og noe virksomheten må gå grundig til verks å vurdere.

4.5.1.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Innenfor rettsvitenskapen kommer man ofte over vektingen eller vurderingen av en reksjon i sammenheng med reaksjonens konsekvens for partene. Dette omtales som proporsjonalitetsprinsippet og er et kjent prinsipp i rettsvitenskapen og på tvers av rettsområder. Prinsippet fremgår blant annet av strafferetten og forvaltningsretten. Straffen

³⁰ Skjønberg et al, 2017, s. 431

skal for eks. være forholdsmessig i forhold til den aktuelle handling og tjene formålet som ønskes oppnådd ved overtredelsen.

Ved en rimelighets- eller saklighetsvurdering tillegges det vekt om det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering. På samme måte innenfor arbeidsretten og i en oppsigelsesavgjørelse, er det vesentlig hvorvidt denne vurderingen er foretatt. For at en virksomhet skal kunne si opp en arbeidstaker vil det f.eks. være relevant å vurdere konsekvensene en oppsigelse vil ha for den enkelte arbeidstaker. Prinsippet hensyntas i slike saker blant annet ved at det tilbys annet arbeid, omplassering. Dersom virksomheten har annet arbeid å tilby arbeidstaker vil en oppsigelse, begrunnet i virksomhetens forhold, anses som en uforholdsmessig reaksjon og kan dermed føre til at oppsigelsen anses ugyldig.

4.5.1.5 Momenter i vurderingen

I det videre vil noen vesentlige momenter i vurderingen av hvorvidt vilkåret til virksomhetens forhold er oppfylt. Det er momenter som arbeidsmangel, lønnsbesparelser og økonomiske forhold som skal behandles.

4.5.1.6 Arbeidsmangel

Et av momentene for en rimelig begrunnet oppsigelse fra virksomhetens side er at det foreligget en arbeidsmangel. Det ligger i ordlyden at det er snakk om mangel på arbeid for virksomheten, at virksomheten ikke klarer å sysselsette og sørge for en hensiktsmessig drift på bakgrunn av for eksempel manglende ordretilgang.

Arbeidsmangel vil normalt gi arbeidsgiver saklig grunn til oppsigelse begrunnet i virksomhetens forhold, ved mindre det er beviselig at arbeidsmangelen ikke var den reelle årsak til oppsigelsen, jf. sak fra EU: 25/1976.³¹

Dersom det viser seg at arbeidsgiver ansetter noen i nærhet til oppsigelsen, taler dette mot at det foreligger en reell arbeidsmangel og en oppsigelse på det grunnlag vil ikke være saklig.

32

³¹ Nielsen, 2020, s. 390

³² Nielsen, 2020, s. 390

4.5.1.7 Lønnsbesparelser

En virksomhet kan gå til oppsigelse av ansatte med det formål å redusere lønnsutgifter.

Virksomheten kan også foreta tiltak som å ansettes rimeligere arbeidskraft eller redusere lønnen til allerede ansatte, fremfor å gå til opphør av arbeidsforholdet.³³ I den forbindelse må det samtidig nevnes at det skal foretas en forholdsmessighets- og rimelighetsvurdering. Dette fremgår av rettspraksis.

Fra tidligere praksis ble det i U 1994.212 Ø ansett berettiget å si opp en ansatt som hadde en ansiennitet på 1,5 år på bakgrunn av at virksomheten fikk ned lønnskostnader med 3.000kr i måneden ved å ansette en annen, i tillegg til at vedkommende var mer kvalifisert enn den oppsagte.

I U 1974.812 V var oppsigelse ikke berettiget av en medarbeider med 11 års ansiennitet og hvor lønnsbesparelsen utgjorde 800kr av i alt 3.030 i månedslønn. Begrunnelsen for rettens avgjørelse gikk ut på at den økonomiske besparelsen ikke var nærmere definert.

Fra litt senere tid, Vestre Landsrets dom av 14. januar 2003, B-1219-02, ble oppsigelse ansett berettiget hvor virksomheten reduserte en lønnsutgift med 10.000kr i måneden begrunnet i virksomhetens økonomiske situasjon. Arbeidstaker hadde vært ansatt i virksomheten i 23 år.

Når det kommer til lønnsbesparelser foretar retten en rimelighets- og forholdsmessighetsvurdering hvor det ikke settes en rettslig standard i forhold til økonomisk besparelse isolert sett. Andre forhold som ansiennitet, begrunnelse for besparelse, kvalifikasjon og likebehandling vil være av betydning. Det er den økonomiske besparelse sett opp mot dens virkning som får betydning for rettens vurdering.³⁴

4.5.1.8 Økonomisk gevinst

Det fremgår av rettspraksis at dersom oppsigelsen begrunnes i økonomiske forhold for virksomheten sin del vil saklighetskravet være oppfylt, jf. Rt. 2012 s. 168. På den annen side er det heller ikke krav til at endringen virksomheten ønsker å foreta seg vil føre til en økonomisk gevinst. Dette ses blant annet i Rt. 1989 s. 508. I sistnevnte avgjørelse var det

³³ Andersen et al, 2020, s. 825

³⁴ Andersen et al, 2020, s. 825

snakk om å flytte statlig stålproduksjon fra Oslo til Mo i Rana som resulterte i at mer enn to hundre ansatte ble sagt opp. De ansatte anførte at vedtaket var ugyldig på bakgrunn av at det ikke var «bedriftsøkonomisk berettiget». Til anførselen uttalte førstvoterende følgende:

«Det ligger i sakens natur at en bedrift normalt ikke vil nedlegge eller flytte en virksomhet uten at dette anses å være økonomisk fordelaktig for bedriften i et kortere eller lengre perspektiv. Men dette kan ikke utelukke at en bedrift ut fra et bredere vurderingsgrunnlag vil kunne anse det for riktig å velge en annen løsning enn den som bedriftsøkonomisk er mest lønnsom.»

4.5.1.9 Omstrukturering

Strukturelle endringer i og av virksomheten anses rimelig.³⁵ Et eksempel på det kan være forflyttelse av arbeidssted, endring av arbeidsoppgaver som gjør det ønskelig med arbeidstaker(e) med annen kunnskap enn det nåværende arbeidstakere innehar. Fra rettspraksis var sistnevnte tilfellet i en sak hvor oppsigelse av en medarbeider var rimelig begrunnet da virksomheten ønsket en arbeidstaker med utdannelse innen detaljhandel, i stedet for en kosmetolog som ble sagt opp, jf. Østre Landsrets dom av 14. april 2000, B-2150-99. En omorganisering som resulterte i oppsigelse av en leder i virksomheten på bakgrunn av nedleggelse av et kommunalt gjenbrukssenter som vedkommende jobbet på, ble ansett rimelig begrunnet. Ved opprettelse av miljøstasjoner trengte virksomheten en leder som skulle ha vesentlige andre oppgaver enn leder for gjenbrukssenteret hadde, jf. Vestre Landsrets dom av 19. april 2002, B-1747-01.

4.5.1.11 Omplussing etter dansk rett

I vurderingen av hvorvidt en oppsigelse er saklig begrunnet eller ikke, er det av avgjørende betydning om virksomheten har anledning til å omplussere arbeidstaker(e), hvor det lar seg gjøre. Dette fremgår av saklighetskravet opplistet i FUL §2b. Det er omplussingsplikten etter funktionærloven det tas utgangspunkt i.

³⁵ Andersen et al, 2020, s. 820

Omplasseringsplikten kan også følge av avtale. Et eksempel på en slik avtale er hovedavtalen mellom Landsorganisationen i Danmark og Dansk Arbejdsgiverforening, som regulerer en omplasseringsplikt for arbeidsgiver hvor det oppstår en arbeidsmangel som begrunnes i ny teknologi.³⁶

Når det kommer til omplasseringsplikten kommer proporsjonalitetsprinsippet inn som et viktig moment i vurderingen. Arbeidstakers behov for være i arbeid, må vektes mot virksomhetens interesser.

Ved å gå til oppsigelse av arbeidstaker, som potensielt vil ramme arbeidstaker svært hardt, anses det ikke som den rimelige utvei, dersom virksomheten har annet arbeid å tilby arbeidstaker. Virksomheten bør foreta en vurdering forenelig med minste inngreps prinsipp i ledd av proporsjonalitetsprinsippet når virksomheten vurderer opphør av arbeidsforhold. Hvor virksomheten sørger for en omplassering, fremfor oppsigelse, er dette forenelig med en saklig og proporsjonal vurdering.

Det ligger i bestemmelsens ordlyd at vurderingen skal vekte alle relevante forhold og muligheter på virksomhetens og arbeidstakers side. Denne vektingen er fordelaktig at en virksomhet foretar seg og dokumenterer i tråd med god og beviselig saksbehandling. Hvor virksomheten ikke foretar en omplasseringsvurdering vil det tale for en reduksjon av ansatte som ikke er objektivt begrunnet, men heller ønske om å gå til opphør på feil grunnlag. Dette kan for eksempel være på bakgrunn av at en arbeidstaker har høyt sykefravær.

Spørsmål som reises når det er snakk om omplassering er hvor langt denne plikten strekker seg. Med formål om å avklare det spørsmålet vises det hen til rettspraksis.

U 2003.1660 H omhandlet en barnehageassistent som ble suspendert etter anmeldelse vedrørende seksuelle overgrep mot barn. Etterforskningen førte ikke til tiltale og siktelsen ble frafalt. Arbeidstaker ble allikevel avskjediget på dette grunnlag hvor begrunnelsen for avgjørelsen baserte seg på mistillit fra barnas foreldre i barnehagen. Rundt halvparten av barna i barnehagen meldte seg ut på bakgrunn av redsel og misnøye med at arbeidstaker

³⁶ Nielsen, 2020, s. 391

eventuelt skulle komme tilbake i arbeid. Kommunen så seg dermed nødt til å avskjedige barnehageassistenten.

Virksomheten skal være varsom med å forholde seg til eller være delaktig i vurderingen av skyldspørsmålet. Høyesterett uttaler at beslutningen om avskjed var tatt på bakgrunn av foreldrenes reaksjoner og et tillitsbrudd det ikke vil være mulig å gjenopprette. Dette var uavhengig av skyldspørsmålet og utfallet av straffesaken. Høyesterett uttaler også at det i tråd med proporsjonalitetsprinsippet skal forsøkes omplasseres til en annen stilling, så langt det lar seg gjøre. Kommunen hadde i forbindelse med sin avgjørelse ikke undersøkt muligheten for omplassering til en annen stilling i kommunen barnehageassistenten var ansatt i. Dette var kritikkverdig ifølge Høyesterett og avskjedigelsen ble ikke ansett som rimelig begrunnet. Barnehageassistenten fikk en godtgjørelse fastsatt til 30.000kr.

Høyesterett legger listen høyt når det kommer til omplasseringsplikten, i tråd med proporsjonalitetsprinsippet. Selv med omsetningstap ved å miste halvparten av brukerne og stor grad av misnøye og mistillit, uavhengig av skyldspørsmål, ville det være vanskelig dersom barnehageassistenten skulle jobbe med barn i kommunen. Likevel blir proporsjonalitetsprinsippet ilagt så mye vekt at avskjedigelsen ble ansett urimelig begrunnet.

Et annet eksempel finner vi i Afskedigelsesnævnets kjennelse av 4. august 2009, saksnummer 20081168, hvor oppsigelse av arbeidstaker ble kjent urimelig begrunnet og arbeidstaker ble tilkjent 250.000kr i godtgjørelse. Dette var på bakgrunn av at virksomheten ikke hadde forsøkt å omplassere arbeidstaker, fremfor å gå til oppsigelse.

Det kan foreligge omstendigheter som resulterer i at omplasseringsplikten utvides. Eksempler på områder hvor dette er aktuelt er etter forskjells- og likebehandlingslovgivningen. Dette behandles ikke nærmere i denne avhandling men nevner det for ordens skyld. Det er funktionærlovens saklighetskrav som behandles i denne avhandling.

4.5.1.12 Omplussering etter norsk rett

Omplusseringsprinsippet fremgår også av norsk rett og viser seg i arbeidsmiljølovens §15-7, annet ledd. Hvor det stilles krav til «annet passende arbeid» som skal tilbys arbeidstaker dersom det er muligheter for det i virksomheten, for at en oppsigelse kan anses saklig begrunnet.

Annet ledd er dermed en forlengelse av kravet til at en oppsigelse skal være saklig begrunnet etter bestemmelsens første ledd. Etter norsk rett er omplusseringsplikten definert som annet passende arbeid virksomheten. Bestemmelsens annet ledd lyder som følger:

«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.»

Saklighetsvurderingen og kravet til annet passende arbeid har en vid ordlyd som legger opp til en vurdering hvor forhold på både arbeidstakers side og virksomheten skal hensyntas. Interesseavveiningen som skal foretas i henhold til proporsjonalitetsprinsippet er hjemlet i bestemmelsens annet ledd, 2. pkt.

Det fremgår av rettspraksis at dersom virksomheten har annet arbeid arbeidstaker med rimelighet kan utføre, kan ikke dette arbeid tilbys en annen, jf. RG 1993 s. 1007. Retten har også lagt til grunn at det ikke stilles krav til at virksomheten skal opprette ny stilling dersom det ikke er behov for det og heller ikke sørge for at andre i virksomheten sies opp for å sikre andre annet passende arbeid, jf. Rt. 1995 s. 227.

Vurderingen av annet passende arbeid skal hensynta arbeidstakers nåværende stilling og bedriftens behov og tilgjengelighet.

I første rekke skal arbeidsgiver, hvor det er aktuelt, tilby så likt arbeid som arbeidstaker har i nåværende stilling som mulig. Dersom arbeidsgiver ikke har tilsvarende likt arbeid tilgjengelig skal arbeidsgiver tilby arbeidstaker det arbeid som er så likt som mulig selv om det skulle tale om større forskjeller.

Dersom arbeidsgiver kun kan tilby arbeid som i større grad skiller seg fra arbeidstakers nåværende stilling kan dette tilbys. Det vil dermed være opp til arbeidstaker å bestemme hvorvidt det aksepteres eller ikke. Dette begrunnes i rettspraksis, hvor det fremgår at det er virksomhetens ansvar å legge frem de alternativene som foreligger i virksomheten overfor arbeidstaker, også vil det være opp til arbeidstaker å velge om tilbudet anses aktuelt, jf. Rt. 1962 s. 888.

Virksomhetens forhold skal hensyntas i vurderingen. I tilfeller hvor virksomheten har annet arbeid tilgjengelig, men arbeidstaker ikke er kvalifisert til dette arbeid, vil det tale for at virksomheten ikke har annet passende arbeid å tilby arbeidstaker. Det skal heller ikke gjøres tiltak som anses særlig byrdefullt for virksomheten. Ut fra en allmenn forståelse er det viktig at en virksomhet kan gjøre tiltak for å sikre hensiktsmessig drift. Det vil ikke innebære å ha arbeidstaker ansatt kun for det formål å holde vedkommende ansatt og gjøre det særlig byrdefullt for virksomheten.

4.5.1.13 Omskolering og opplæring

Ved omstrukturering og som i ledd av saklighetsvurderingen stiller det etter dansk rett krav til å prioritere allerede ansatte arbeidstakere, fremfor å si dem opp og ansette nye arbeidstakere. I tilfeller hvor nåværende arbeidstakere, ved hjelp av en mindre opplæring eller omskolering, kunne ha utført nye arbeidsoppgaver er dette å foretrekke fremfor nyansettelser. Dette var tilfelle i Østre Landsrets dom av 10. januar 2013, B- 497-12 hvor en oppsigelse av en ansatt ble ansett usaklig begrunnet. Dette på bakgrunn av at daværende arbeidstaker ved en enkel omskolering ville vært i stand til å utfylle ny rolle i virksomheten, som innebar rådgivningssamtaler som var nytt for den oppsagte arbeidstaker.

Det kan legges til grunn at omplassering skal vurderes, men at det går en grense for hva som er rimelig for arbeidsgiver å tilby. I Vestre Landsrets dom av 3. desember 2010 (Sag B-1369-10) la retten til grunn at å gi arbeidstaker anledning til å lære seg flytende tysk på høyt teknisk nivå, som var kravet i den nye stillingen, ikke kunne anses rimelig for virksomheten.

I norsk lov finnes ingen spesifikk regel angående arbeidstakers rett til opplæring eller omskolering for å kvalifisere seg til en ledig stilling. For å unngå at retten til omplassering blir

uten praktisk betydning, bør det likevel være en forutsetning at en rimelig grad av opplæring må kunne forventes.

Et visst krav til omskolering og opplæring viser seg også i norsk rett hvor forarbeidene, Prop. 14 L (2022-2023), legger vekt på å tilby allerede ansatte tilsvarende opplæring en nyansatt ville fått. Det vil være fordelaktig at virksomheten strekker seg langt i å ivareta allerede ansatte arbeidstakere fremfor å ansette nye og vil være i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.

Følgende fremgår av forarbeidene, Prop. 14 L (2022-2023):

«Når det gjelder eventuell opplæring, vil det være foretaket som har annet passende arbeid å tilby som er ansvarlig for denne. Hvor lang opplæringstid som må godtas, må avgjøres konkret ut fra den aktuelle stillingen og virksomhetens behov. Det vil i denne sammenhengen være naturlig å ta utgangspunkt i den tid som normalt vil måtte påregnes for nyansettelse i den aktuelle stillingen.»

Forarbeidene ovenfor er en presisering i forbindelse med utvelgelseskrets og omplassering av ansatte til andre deler av virksomheten. Når det kommer til utvelgelseskrets er utgangspunktet at virksomheten skal se på en eventuell omplassering i hele virksomheten. Utvelgelseskrets vil behandles i det videre i denne avhandlingen.

4.5.1.14 Sammenligning

Etter både dansk og norsk rett stilles det krav til å vurdere mulighetene for omplassering før det fattes beslutning om oppsigelse. Det skal etter begge lands rett foretas en vekting og vurdering av begge parter forhold, jf. proporsjonalitetsprinsippet.

Retten legger listen høyt når det kommer til kravet til omplassering etter begge lands rett før det fattes beslutning om oppsigelse. Dette på bakgrunn av at en oppsigelse potensielt rammer arbeidstaker hardt. Dersom virksomheten har annet arbeid aktuelt for arbeidstaker, skal en allerede ansatt vurderes og gis den muligheten.

Omplasseringsplikten er et krav for at oppsigelsen skal kjønnnes saklig begrunnet etter begge lands rett.

En viss omskoleringsplikt kan også legges til grunn. Omskolering skal vurderes og tilbys hvor det er mulig. I dansk rett fremgår omskoleringsplikten i større grad av rettspraksis enn det gjør i norsk rett. Omskolering er gjennom dansk rettspraksis tolket dithen at oppfyller saklighetskravet. Det kan allikevel, selv på et tynnere grunnlag, legges til grunn at omskoleringsmulighetene også skal vurderes etter norsk rett.

4.5.1.15 Utvelgelsesvurderingen

Ved driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak oppstår spørsmålet om hvilke arbeidstakere som skal sies opp og på hvilket grunnlag. Dette kalles utvelgelsesvurderingen. Det skilles mellom utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier, altså hvilken del av virksomheten det skal tas utgangspunkt i ved rasjonalisering eller driftsinnskrenkning, og på hvilke grunnlag.

Utvelgelsesvurderingen foretas i henhold til saklighetsvurderingen hjemlet i FUL §2b og AML §15-7. Utvelgelsen skal være saklig begrunnet og skal foretas på objektivt grunnlag for å beskytte arbeidstakere mot vilkårlige beslutninger ved deres ansettelsesforhold. Utvelgelsen av de overtallige som vurderes sagt opp skal være saklig begrunnet.³⁷

Etter dansk rettspraksis, jf. U 1968.782 H legges det i stor grad opp til virksomheten å avgjøre hvem som skal sies opp. Det legges stor vekt på virksomhetens skjønn når det kommer til utvelgelsesvurderingen.

Når det kommer til selve utvelgelsesvurderingen er det et område som reguleres i ulike kollektive overenskomster, noe det avgrenses mot å behandle i denne avhandlingen. Funktionærloven er taus på dette området.

³⁷ Skjønberg et al, 2017, s. 432

4.5.1.16 Utvelgelseskrets

Utvelgelseskrets omhandler, som det fremgår av ordlyden, hvilken krets det skal tas utgangspunkt i ved overtallighet i en virksomhet. Denne vurderingen er en underkategori i vurderingen av utvelgelse som i henhold til lovgivingen i begge land stiller krav til at skal være saklig begrunnet. I ledd av saklighetsvurderingen må det dermed foretas en saklig utvelgelse av en saklig begrunnet krets.

Når det kommer til utvelgelseskrets er det i praksis som oftest spørsmål om hvorvidt utvelgelsen skal foretas i hele eller deler av virksomheten. Utvelgelseskretsen kan omhandle en geografisk inndeling eller inndeling basert på fagområder. Dette er også tilfelle i dansk rett. Førstnevnte vil behandles nærmere i det følgende.

Hele virksomheten er som hovedregel utvelgelseskrets, men rettspraksis slår fast og åpner for en begrensning av denne hovedregel.

Dette med hensyn til virksomheten og deres prosesser, og arbeidstakerne som dette kan oppleves skremmende for. Slike prosesser kan oppleves utfordrende å forholde seg til, både prosessuelt og emosjonelt. Det vil oppleves mindre inngripende på tvers av virksomheten dersom utvelgelseskretsen begrenses.

Dette fremgår også av rettspraksis, HR-2018-880-A hvor Høyesterett legger til grunn at en virksomhet skal ta utgangspunkt i hele virksomheten ved vurderingen av annet passende arbeid. Saken omhandlet en nedbemanning i en virksomhet hvor det i en avdeling ble foretatt en nedbemanning, og oppbemanning i en annen avdeling. Nedbemanningen skyltes oppdragsmangel, noe som ikke var omtvistet. I og med at det forelå annet arbeid tilgjengelig i virksomheten, skal dette vurderes før oppsigelse finner sted. Oppsigelse skal være siste utvei.

Høyesterett uttaler også at selv om det i en nedbemanningsprosess tillates en snevrere utvalgskrets enn hele virksomheten, hvor for eks. en filial kan være tilstrekkelig, vil det som hovedregel ikke være grunnlag for å begrense vurderingen av annet passende arbeid tilsvarende.

En kjent dom på området fra norsk rett er Rt. 2015 s. 1332.

Saken omhandlet en nedbemanningsprosess i Gresvig Detaljhandel AS hvor blant annet en arbeidstaker, som ledet en av deres avdelinger helt alene, ble sagt opp. Arbeidstaker mente at oppsigelsen var ugyldig på bakgrunn av at andre ansatte i virksomheten ikke ble vurdert sagt opp. Høyesterett la til grunn at oppsigelsen var saklig begrunnet og tillot at virksomheten så på avdelingen isolert sett og trengte ikke å vurdere hele virksomheten. Høyesterett la dermed til grunn at det er tilstrekkelig å se på nedbemanning i en del og ikke i hele virksomheten som utvelgelseskrets.

Avgjørende momenter i ovennevnte avgjørelse var blant annet økonomi, praksis ved tidligere nedbemanningsprosesser og det var også tilbudt annet passende arbeid.

4.5.1.17 Utvelgelseskriterier

En saklig begrunnet utvelgelse skal basere seg på kriterier som er definert av virksomheten, jf. blant annet Rt. 2011 s. 609.

Rettspraksis hjelper langt på vei med denne vurderingen. Det fremgår av Rt. 1986 s. 879 at vurderingen innehar flere kriterier som kvalifikasjoner, egnethet, ansiennitet og sosiale hensyn.³⁸

Dansk rett opplyster kriterier som kvalifikasjoner kompetanse, samarbeidsevner og egnethet.

³⁹

Videre vil ansiennitetsprinsippet behandles. Dette på bakgrunn av at det i praksis er det mest anvendte utvelgelseskriterium og at det oppleves nødvendig fra det praktiske arbeidsliv med en gjennomgang og presisering.

4.5.1.18 Ansiennitet

Ansiennitetsprinsippet er et av flere mulige utvelgelseskriterier, som innebærer at det kan brukes som utvelgelsesgrunnlag, men må ikke nødvendigvis være av avgjørende betydning. Det ligger i saklighetsvurderingen at hver sak skal behandles individuelt og i tilfeller hvor

³⁸ Skjønberg et al, 2017, s. 433

³⁹ Andersen et al, 2020, s. 809

virksomheten finner det hensiktsmessig vil det kunne være saklig å begrunne utvelgelsen i andre kriterier.

Når det er sagt er ansiennitetsprinsippet godt forankret i begge lands rett som et saklig utvelgelseskriterium. Dette på bakgrunn av at det har lang fartstid i begge lands arbeidsrett og at det er et objektivt utvelgelseskriterium. Prinsippet fremgår også av flere overenskomster i begge land. Hensynet bak saklighetsvurderingen er å ivareta arbeidstakers interesser, ved å blant annet sikre at allerede ansatte vil fortsette sine arbeidsforhold, fremfor å ansette nye. Ved rasjonalisering eller driftsinnskrenkninger vil det være i tråd med hensynet til arbeidstaker at de med lengre ansiennitet skal prioriteres fremfor de med kortere ansiennitet. Hvor ansiennitetsprinsippet fravikes vil dette skjerpe virksomhetens krav til å begrunne og dokumentere bakgrunnen for dette.⁴⁰

Ansiennitetsprinsippet fremgår også av flere overenskomster i Danmark. Ved arbeidsmangel skal det tas hensyn til ansiennitet når det skal vurderes hvem som skal sies opp.⁴¹

Også i dansk rett er ansiennitetsprinsippet et av flere momenter i en ellers helhetlig vurdering, som vil si at ansiennitetsprinsippet ikke er absolutt og går ikke foran andre momenter som etter en helhetsvurdering får større vekt. I en avgjørelse fra Arbejdsretten, A 1999.623, ble det konkludert med at en overenskomst var ugyldig, da ansiennitet skulle brukes som grunnlag for oppsigelse. Rettens begrunnelse var at ansiennitet som utvelgelse ved oppsigelse strider mot prinsippet om best kvalifisert, som er en forvaltningsrettslikt plikt.

⁴²

I nyere tid har det også i noen overenskomster åpnet for å hensynta en helhetsvurdering der ansiennitet kan fravikes, der det foreligger saklig grunn, se for eks. Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon 2022-2025 §8-2. En kjent dom på området fra norsk rett er den såkalte Skanska- dommen, HR-2019-424-A, hvor nettopp §8-2 i Hovedavtalen mellom LO og NHO var sentralt. Høyesterett gikk mot

⁴⁰ Andersen et al, 2020, s. 809

⁴¹ Nielsen, 2020, s. 390

⁴² Nielsen, 2020, s. 391

lagmannsretten og fastslo at ansiennitetsprinsippet kan fravikes ved saklig grunn. Saken omhandlet en nedbemanningsprosess hvor det i utvelgelsen ble lagt vekt på kompetanse, faglig dyktighet og kvalifikasjoner fremfor ansiennitet. Høyesterett anså utvelgelsen saklig. Oppsigelsene ble allikevel erkjent ugyldig på bakgrunn av feil saksbehandling fra virksomhetens side.

Etter «afskedigelsesnævnets» praksis, særlig fra de seneste årene, har utviklingen gått i retning av et skjerpet krav til overholdelse av ansiennitetsprinsippet som utvelgelseskriterium, som innebærer en særlig varsomhet og beskyttelse av arbeidstakere ansatt i 25 års tid eller lengre.⁴³ I motsatt fall legger nemda til grunn at det ved kortere ansiennitet enn 25 år, sjeldent vil være grunnlag for å kritisere virksomhetens avgjørelse, såfremt det ikke ellers strider med saklighetskravet.⁴⁴

For ordens skyld nevnes at «afskedigelsesnævnet» er en nemd for behandling av oppsigelsessaker hvor dette følger av en overenskomst i Danmark. På tilsvarende vis er det i norsk rett hjemlet i arbeidsmiljøloven §17-2 mulighet til å bringe visse arbeidsrettslige spørsmål inn for en nemd. Norge har også en særdomstol, såkalt «arbeidsretten», som tar for seg behandling av arbeidsrettslige problemstillinger knyttet til overenskomster.

Afskedigelsesnævnets 25 årsregel benyttes bokstavelig i praksis. For å illustrere dette vises det hen til nemdas avgjørelse, sak 1151/03, hvor fem arbeidstakere ble sagt opp. Arbeidstakerne hadde en ansiennitet på henholdsvis 11, 24, 25, 26 og 27 år, hvor nemda ikke stilte spørsmålstegn ved avgjørelsen av å gå til oppsigelse av arbeidstakerne med 11 og 24 års ansiennitet. For de resterende arbeidstakerne ble det foretatt en nøysom vurdering. I vurderingen av hvem virksomheten skal gå til oppsigelse av, vil det ved kortere ansiennitet enn 25 år i større grad åpne opp for at andre utvelgelseskriterier får betydelig vekt. I U 1991.814 SH ble arbeidstaker med 17 års ansiennitet sagt opp, fremfor arbeidstakere med en ansiennitet på 2,5 år. Virksomheten begrunnet oppsigelsen i arbeidstakers utførelse av arbeidet, kvalifikasjoner og manglende fleksibilitet. Oppsigelsen ble ansett saklig begrunnet.

⁴³ Andersen et al, 2020, s. 810

⁴⁴ Andersen et al, 2020, s. 811

4.5.1.19 Sammenligning

Utvelgelsesvurderingen er i større grad regulert i norsk rett. Etter dansk rett er det mindre rettspraksis på området og i den juridiske litteratur, særlig som jeg har stilt til rådighet i denne avhandlingen. I tillegg så er funktionærloven taus på dette området.

Dansk rettspraksis overlater utvelgelsesvurderingen i stor grad opp til virksomhetens skjønn.

Når det kommer til ansiennitetsprinsippet anses det å ha tilnærmet lik vekt etter både dansk og norsk rett. I nyere tid åpner riktignok norsk rett opp for å kunne fravike ansiennitetsprinsippet, mens det etter dansk retts praksis snevrer inn. Dette gjelder særlig ved lang ansiennitet med en ansettelsestid på 25 år.

4.5.1.20 Fortrinnsrett

Når arbeidstaker er sagt opp grunnet virksomhetens forhold foreligger det en særregel i norsk rett som gir den oppsagte arbeidstaker fortrinnsrett til stilling i «samme virksomhet», jf. AML §14-2, første ledd.

Lovens første ledd stiller krav om at arbeidstaker må være «kvalifisert for» den aktuelle stillingen. I tillegg, gjelder det en tidsbegrensning hvor det fremgår at fortrinnsretten kun gjelder «fra oppsigelsestidspunktet og i ett år fra oppsigelsesfristens utløp», AML §14-2, tredje ledd.

Ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold gjenspeiler saklighetsvurderingen seg nettopp i forhold på virksomhetens side, og ikke arbeidstaker selv. Det er som tidligere nevnt i denne avhandlingen at det kan være vanskelig for domstolene å vurdere grunnlaget for forhold på virksomhetens side. I praksis derimot vil det som regel vise seg hvor virksomheten ansetter en ny arbeidstaker rundt oppsigelsestidspunktet til den oppsagte arbeidstaker. Dette kan signalisere at den eller de oppsagte arbeidstakerne ble sagt opp på usaklig grunnlag, altså forhold på arbeidstakers side, begrunnet i virksomhetens forhold. Disse vurderingene er ulike og det skal som tidligere nevnt i avhandlingen vurderes hver for seg.

Fortrinnsretten kan ses på som en forlengelse av saklighetskravet. Opphør grunnet virksomhetens forhold gir en klar indikasjon på at det er grunnet virksomheten at behovet

for å gå til opphør av arbeidsforhold forelå, for eks. ved ordremangel. Dersom virksomheten får større ordretilgang og har mulighet til å foreta nyansettelser, er det nærliggende etter fortrinnsrettsregelen at de oppsagte skal få «jobben sin tilbake». Det er klart andre forhold som er med i vurderingen. På bakgrunn av oppsigelsen(e) er det foretatt en utvelgelse basert på kriterier som virksomheten har satt. Etter en helhetsvurdering har virksomheten gått til opphør av arbeidstaker(e) på bakgrunn av flere forhold. Det være seg kompetanse og egnethet og ikke nødvendigvis ansiennitet. Dette vil tale for at de oppsagte ikke anses å være virksomhetens beste ressurser totalt sett, og det vil begrense virksomhetens muligheter til å ansette andre og eventuelt bedre kandidater til stillingen det søkes etter. Fortrinnsretten begrenser virksomheten og setter skranker for styringsretten i å fritt kunne ansette etter eget ønske.

Det er i nyere tid foretatt en utvidelse og en presisering av virksomhetsbegrepet i forhold til hvilken del av virksomheten den oppsagte arbeidstaker kan gjøre fortrinnsretten gjeldende, jf. lovvedtak 41 (2022-2023).

Det har tidligere vært begrenset til å omhandle virksomhet som den juridiske enhet, slik at en virksomhet med flere filialer vil omfattes. Tidligere var det også omtvistet hvorvidt det kun gjaldt avdelingen arbeidstaker var sagt opp i, eller den juridiske enhet. Hovedregelen har vært den juridiske enhet slik at underavdelinger i den juridiske enhet omfattes. Nå er kravet skjerpet til å omfatte konsern.

Hva som omfattes av konsernbegrepet gir forarbeidene videre veiledning på. Forarbeidene ⁴⁵ viser hen til selskapslovgivningens definisjon på konsern som i henhold til aksjeloven §1-3 «består av et morselskap med ett eller flere datterselskap».

Kvalifikasjonskravet stiller ikke krav til å bli ansatt i samme stilling som man ble oppsagt fra, men at det er en jobb man er kvalifisert til. Hva som ligger i kvalifikasjonskravet gir forarbeidene veiledning på. Det fremgår av Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 329 at det skal tas hensyn til faglige og personlige forutsetninger eller kvalifikasjoner. Forarbeidene presiserer at det ikke stilles krav til et nivå høyere enn hva som anses gjennomsnittlig for stillingen.

⁴⁵ NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv
Utredning om tilknytningsformer og virksomhetsorganisering, 2021-06-23

Danmark har ikke tilsvarende regel i dansk rett.

4.5.1.21 Bevisvurdering

Det fremgår av begge lands rett at virksomheten har bevisbyrden og som må godtgjøre at en oppsigelse grunnet virksomhetens forhold er rimelig begrunnet.

Når det kommer til rasjonalisering/innskrenkninger er det snakk om at en innskrenking av ansatte anses nødvendig for virksomhetens drift, noe arbeidsgiver må dokumentere. Dette dokumentasjonskravet fremgår av blant annet av Vestre Landsrets dom av 10. april 2019, BS-3545/2017-VLR.

4.5.2 Arbeidstakers forhold

4.5.2.1 Innledning

En oppsigelse kan etter dansk rett begrunnes i «funktionærens» forhold, jf. FUL §2b. Etter norsk rett skal en oppsigelse begrunnes i «arbeidstakers forhold», jf. AML. §15-7.

Hva som faller innunder arbeidstakers forhold fremgår ikke av lovteksten. Av lovteksten fremgår det at forholdet på arbeidstakers side må være saklig begrunnet. Spørsmålet er hva som skal til for at en oppsigelse på bakgrunn av arbeidstakers forhold er saklig begrunnet. I det videre skal det forsøkes å komme frem til hva som skal til og hvilke momenter som er av betydning i vurderingen.

I takt med funktionærlovens utvikling er kavet til en saklig begrunnet oppsigelse skjerpet. I tiden før funktionærloven kan det sies at oppsigelsesadgangen som utgangspunkt var fri til å gå til oppsigelse av arbeidstaker i dansk rett.⁴⁶ Funksjonæren etter dansk rett, som er utgangspunktet i denne avhandling, har med tiden fått større oppsigelsesvern med krav om at oppsigelsen skal være saklig begrunnet.⁴⁷ I tråd med arbeidstaker økte beskyttelse har også kav til dokumentasjon økt.⁴⁸

⁴⁶ Andersen et al, 2020, s. 826

⁴⁷ Andersen et al, 2020, s. 827

⁴⁸ Andersen et al, 2020, s. 827

Grunnleggende for et arbeidsforhold er at arbeidstaker i hovedsak har en arbeidsplikt, mens arbeidsgiver har en lønnsplikt. Dersom arbeidstaker forsømmer sin arbeidsplikt eller på annen måte opptrer på så måte at det kan konstateres et brudd på arbeidsavtalen, vil et rent kontraktsrettslig foreligge et brudd på avtalen og avtalens innhold vil ikke lenger tjene det formål partene var enige om ved kontraktsinngåelsen. I praksis derimot stilles det krav til en nøysom vurdering, som strekker seg lengre enn å konstatere brudd på avtalen og dermed kunne gå til opphør av den.

Det er ikke mulig å liste opp alle mulige saklige opphørsgrunner begrunnet i arbeidstakers forhold. Det er likevel noen typetilfeller som særlig angår manglende arbeidsprestasjoner, forsømmelser eller pliktbrudd. Eksempler på nevnte forhold er ordrenekt, brudd på en av arbeidspliktene til arbeidstaker som for eksempel taushetsplikt, ulovlige handlinger og mislighold, brudd på virksomhetens reglement m.m.⁴⁹

Det kan også være andre forhold på arbeidstakers side som vedkommende ikke kan bebreides for, men som kan føre til en saklig oppsigelse. Eksempel på det er sykefravær eller at arbeidstaker viser seg å ikke være egnet.

4.5.2.2 Videre fremstilling

I den videre fremstilling vil ulike typetilfeller for hvor virksomheten kan gå til oppsigelse av arbeidstaker på bakgrunn av arbeidstakers forhold behandles samlet, og viktige hensyn i vurderingen fremstilles.

Videre vil særlig fravær, herunder sykefravær, som oppsigelsesgrunn behandles. Dette behandles særskilt da det oppleves å være behov for det i praksis. Sykefravær er noe de fleste virksomheter har et forhold til og en klargjøring av hva som kreves av partene anses hensiktsmessig å behandle.

4.5.2.3 Saklighetsvurderingen

Etter begge lands rett stilles det strenge krav til interesseavveiningen i tråd med saklighetsvurderingen, hvorvidt fravær kan anses som saklig oppsigelsesgrunn.

⁴⁹ Skjønberg et al, 2017, s. 419

Av betydning er blant annet virksomhetens størrelse, hvilke typer arbeid det er snakk om, kvalifikasjoner til arbeidstaker, lengden på fraværet, forventet tilbakekomst, økonomi og arbeidstakers sosiale forhold. Uavhengig det konkrete forhold, kan man se for seg en vektskål hvor arbeidstakers og virksomhetens interesser vektes mot hverandre. For den parten det anses, begrunnet i subjektive og objektive kriterier, minst belastende for vil være nærmest til å bære byrden fraværet medfører.

Avgjørende for saklighetsvurderingen er om det vil anses saklig for begge parter å gå til opphør av arbeidsforholdet på bakgrunn av de foreliggende omstendigheter.⁵⁰

Det legger til grunn at sakligheten innebærer noe som er reelt og baserer seg på faktiske forhold. Det er også avgjørende for vurderingen hvorvidt forholdet kan sies å være relevant i forhold til det enkelte arbeidsforhold. Eksempler på det kan være dersom arbeidstaker er HIV- smittet eller gift, jf. Rt. 1939 s. 53 og Rt. 1988 s. 959.

Etter norsk rett kan det legges til grunn at terskelen for å gå til oppsigelse av arbeidstaker grunnet arbeidstakers forhold er høy. Dette fremgår blant annet av Rt. 2011 s. 1674,

Saklighetsvurderingen skal være objektiv og vil bero på hvorvidt arbeidstakers opptreden har påført arbeidsgiver risiko for tap eller skade.⁵¹

Objektive saklighetsvurderingen vil bero på hvorvidt det er forhold som kan føres tilbake til arbeidstaker og om forholdet er relevant for arbeidsforholdet.⁵² Dette vil selvsagt kreve en individuell vurdering.

Det vi for eksempel ikke være saklig å gå til oppsigelse av en funksjonær som har mistet førerkortet grunnet for høy hastighet. Dersom arbeidstaker jobber som budbilsjåfør vil en oppsigelse kunne være saklig begrunnet.

Må ikke være begrunnet i usaklig eller utenforliggende forhold og det er forholdet på oppsigelsestidspunktet som gjelder, og ikke forhold som oppstår i etterkant.

⁵⁰ Skjønberg et al, 2017, s. 417

⁵¹ Skjønberg et al, 2017, s. 418

⁵² Skjønberg et al, 2017, s. 418

Foreligger det en mindre inngripende reaksjon? Skal den vurderes, og om mulig, benyttes,

4.5.2.4 Samarbeids-og tillitsproblemer

Flere saker begrunnet i arbeidstakers forhold oppstår på bakgrunn av samarbeidsutfordringer og brudd på tillitt.

Det foreligger et tillitsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og dersom denne tillitten blir brutt må det kunne sies at et videre arbeidsforhold er vanskelig å opprettholde. Dette er forhold som i praksis kan være vanskelig å bevise og om retten legger vekt på at skal bevises for oppfyllelse av saklighetskravet. Det stilles krav til at samarbeids- og tillitsproblemene skyldes at den aktuelle arbeidstaker er hoved- eller medansvarlig. I Østre Landsrets dom av 17. desember 1998, B-2315-97 ble oppsigelse av funksjonær på bakgrunn av samarbeidsproblemer ikke kjent saklig begrunnet. Dette var på bakgrunn av at det ikke var godtgjort at samarbeidsproblemene skyldtes funksjonæren.

4.5.2.5 Manglende arbeidsprestasjoner og uegnethet

I praksis er det gjentagende at arbeidsgiver ønsker å gå til opphør av et arbeidsforhold på bakgrunn av manglende arbeidsprestasjoner eller egnethet. Det kan som utgangspunkt medføre saklig grunn, men her vektes arbeidsgivers forhold i stor grad. Rettspraksis stiller krav til arbeidsgiver og hvorvidt det er gitt tilstrekkelig veiledning, opplæring og instruksjon.⁵³ Det vil også være et moment om det har gått lang tid med den samme prestasjonsevne uten oppfølging fra arbeidsgiver.⁵⁴ I U 1977.54 H ble en funksjonær oppsagt på bakgrunn av arbeidsinnsats. Dette hadde ikke vært kritisert tidligere, noe som fikk avgjørende vekt og oppsigelse var ikke saklig begrunnet. Dette samme fremgår av norsk rettspraksis. I Rt. 1956 s. 281 ble en arbeidstaker sagt opp på bakgrunn svake prestasjoner. Retten uttalte at feilene som var begått ikke skilte seg ut ifra det som kunne anses normalt. Oppsigelsen var ikke saklig begrunnet.

⁵³ Skjønberg et al, 2017, s. 420

⁵⁴ Andersen et al, 2020, s. 833

4.5.2.6 Proporsjonalitetsprinsippet

Virksomhetens og andre ansattes forhold skal også være del av vurderingen. Det må kunne forventes ett visst handlingsrom for virksomheten i å sørge for en forsvarlig drift, hvor rett kompetanse og arbeidskapasitet er på plass. På lik linje på forholdene for andre ansatte også vekt. Vurderingen av i hvilken grad det kan tilrettelegges ved sykdom eller tillates et langt sykdomsforløp og fravær vil betydningen av dette for de gjenværende, friske arbeidstakerne også hensyntas. Arbeidstakers forhold vektet i proporsjonalitetsprinsippet ved at reaksjon må samsvare med handlingen som danner grunnlag for oppsigelse.

4.5.2.6 Oppsigelse grunnet arbeidstakers fravær

I tilfeller hvor arbeidstaker uteblir fra arbeidet vil dette innebære et brudd på arbeidsavtalen ved å ikke yte sin arbeidsforpliktelse, som kan begrunne en saklig oppsigelse. Fravær kan deles inn i kategorier, hvor det er snakk om legitimert eller ulegitimert fravær. Det kan være fravær med hjemmel i lov og/eller overenskomst, som f.eks. ved velferdspermisjon og det kan være sykdomsrelatert fravær.

Det er flere fraværsgrunner som kan begrunne en saklig oppsigelse. Grunnet plasshensyn vil jeg i denne avhandlingen gå nærmere inn på sykefravær, da dette er omdiskutert i praksis og et relevant område for de fleste virksomheter. Det avgrenses dermed mot

4.5.2.6.1 Sykdom

Sykdom er ikke i seg selv en oppsigelsesgrunn, men på bakgrunn av de konsekvenser fraværet har for virksomheten og andre ansatte vil det allikevel kunne begrunne en saklig oppsigelse.⁵⁵ Dette gjelder etter begge lands rett.

Saklighetsvurderingen på bakgrunn av sykefravær legger som ellers opp til en individuell vurdering som må foretas for hvert enkelt oppsigelsestilfelle.

Det vil i det videre, med formål om å stadfeste hva som skal til for en saklig begrunnet oppsigelse på bakgrunn av sykefravær, gjennomgå vesentlige rettsavgjørelser på området.

⁵⁵ Skjønberg, 2017, s. 424

Hovedregelen vedrørende sykefravær i forhold til oppsigelse er at uteblivelse fra arbeid grunnet sykdom er en lovlig uteblivelse. Dette er hjemlet i FUL §5, 1. pkt.

Av begge lands rett foreligger det unntak til denne hovedregelen som vil behandles i det videre.

4.5.2.6.2 120- dagers regelen

Etter dansk rett foreligger det en såkalt «120- dagers regel» som gir virksomheten mulighet til å gå til opphør med en måneds oppsigelsesvarsel når arbeidstaker har hatt 120 opparbeidede betalte sykefraværsdager, innenfor en periode på 12 måneder. I dag stiller lovgiver krav til at 120- dagers regelen må avtales mellom virksomheten og arbeidstaker for å komme til anvendelse, jf. FUL §5, stk. 2. Dette i motsetning til den tidligere §5 som automatisk ga virksomheten mulighet til å avtale opphør etter 120- dagers sykefravær. Etter revisjon av loven og bestemmelsen i 1948 ble regelen skjerpet og det stilles nå krav til en individuell avtale og med en oppsigelsestid på en måned.⁵⁶

Bestemmelsen åpner opp for en kortere oppsigelsestid enn ellers listet i funktionærloven, jf. FUL §§2a og 2b. Bestemmelsen avskjærer riktignok ikke anvendelsen av FUL §§2a og 2b slik at det resterende innhold vil gjelde, hvor blant annet det fortsatt er krav om saklighet. I henhold til FUL §2b legges det til grunn at en oppsigelse foretatt med hjemmel i FUL §5, stk. 2 vil anses saklig begrunnet.⁵⁷ I U 2002.2626/2 H, hvor 120- dagers regelen kom til anvendelse og arbeidstaker ble sagt opp med en måneds oppsigelsestid, uttalte retten at det kun unntaksvis vil være aktuelt med godtgjørelse etter FUL §2b noe som ikke var tilfellet i foreliggende sak. Oppsigelsen var saklig begrunnet i henhold til FUL §2b og §5, stk. 2 da 120- dagers regelen var omfattet av arbeidstakers arbeidsavtale.

Uten å gå nærmere inn på formkravene for avtalen etter FUL §5, stk. 2 nevnes det for ordens skyld at det stilles krav til en individuell avtale mellom partene, jf. ordlyden i bestemmelsen, slik at ved å legge regelen til grunn i virksomhetens rutiner eller overenskomst som partene er knyttet til vil ikke være tilstrekkelig. Det avgrenses mot å behandle avregningen av de 120 dagene med sykefravær.

⁵⁶ Andersen et al, 2020, s. 485

⁵⁷ Andersen et al, 2020, s. 485

Når 120- dagers regelen ikke kommer til anvendelse gjelder saklighetskravet og ordinær oppsigelsestid i henhold til FUL §§2a og 2b. Utenom det vil den syke arbeidstaker i visse tilfeller ha en særlig beskyttelse. Dette fremgår blant annet av forskjellsbehandlingslovgivningen i begge lands rett i tilfeller hvor arbeidstaker har et handicap som omfattes.

4.5.2.6.3 Saklighetsvurderingen knyttet til sykefravær

I U 2006.1660 V ble en oppsigelse av en arbeidstaker som hadde vært sykemeldt 4 måneder forut for oppsigelsen og med en ansiennitet i virksomheten på 17 år. Retten la vekt på at virksomheten ikke hadde innhentet opplysninger fra arbeidstaker vedrørende sykdommen og dens varighet, og på det grunnlag ble oppsigelsen erkjent usaklig begrunnet.

Det fremgår av rettspraksis, etter begge lands rett, at det vesentlige vurderingsmoment er om fraværet rammer virksomheten særlig hardt. I saker hvor det er tilfelle er det sedvanlig at oppsigelsen vil kunne være saklig begrunnet.

Tidsperioden og type fravær er en vesentlig faktor i vurderingen. Med type fravær kan nevnes helgefravær hvor man ved flere anledninger har arbeidstaker som er fraværende mandag og fredag ⁵⁸, dersom det er hyppig og korte fravær, fravær hvor fremtidsutsiktene er dårlige osv.

I Vestre Landsrets dom av 3. oktober 2002, B-2495-01, ble arbeidstaker sagt opp på bakgrunn av en sykemelding på omtrent 2 måneder, hvor arbeidstakers ansiennitet i virksomheten var på 1 år og 10 mnd. I denne saken ble oppsigelsen ansett usaklig begrunnet hvor det i begrunnelsen ble vektlagt at det var lavsesong for virksomheten, arbeidstakers oppgaver kunne utføres av andre under fraværsperioden og at virksomheten hadde grunn til å forvente arbeidstaker snarlig tilbake i arbeid.

I Østre Landsret dom av 21. april 2006, B-2270-05 ble oppsigelsen ansett saklig begrunnet på bakgrunn av at arbeidstakers sykefravær hadde store driftsmessige konsekvenser for

⁵⁸ Andersen et al, 2020, s. 842

virksomheten. Bakgrunnen for avgjørelsen var et lengre sykefravær på totalt 68 dager fordelt på 17 perioder, i løpet av en ansettelsestid på 3 år og 9 mnd. Det var også inngått avtale om refusjon av sykepenger fra første fraværsdag grunnet arbeidstakers kroniske sykdom. De driftsmessige konsekvensene innebar blant annet vanskeligheter med å tilrettelegge vakter for arbeidstakers kollegaer som jobbet i samme avdeling.

Det har i praksis stor betydning om virksomheten har satt seg inn i arbeidstakers fravær og når det kan forventes tilbakekomst til arbeid. Det er også et viktig moment om fraværet gjør det vanskelig i forhold til bemanning og vanskeligheter med bruk av vikar.

Kan etter en gjennomgang av rettspraksis i begge lands rett legge til grunn en terskel hvor det ved kort fravær vil være nærliggende for virksomheten å bære den byrde, mens det ved et lengre fraværsløp vil være nærliggende for virksomheten å slippe og byrden går over på arbeidstaker og fellesskapet.

4.5.2.6.3 Oppsigelsesvern etter AML

Tidsperioden er særlig vesentlig i norsk rett hvor det foreligger et særskilt oppsigelsesvern som er hjemlet i AML §15-8, første ledd og lyder som følger:

«Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte».

Det er verdt å presisere at arbeidstaker likevel kan bli sagt opp grunnet andre forhold, men kan ikke begrunnes i arbeidstakers sykefravær. Det fremgår av ordlyden i bestemmelsen.

Uavhengig av verneperioden stilles det krav til en oppfølging av arbeidstaker under sykefraværsperioden.

Ulikt hvorvidt fraværet er kontinuerlig eller om det er snakk om stykkevis fravær, som for eksempel noen uker fravær og noen uker tilbake i arbeid.

Det er ulike vurderingsmomenter og hensyn som vektes i vurderingen av om sykefravær vil medføre en saklig begrunnet oppsigelse.

Etter norsk rett har arbeidsgiver en lovfestet tilretteleggingsplikt, jf. AML §4-6, hvor det skal tilrettelegges «så langt det er mulig». Tilretteleggingsplikten strekker seg langt, men ikke såpass langt at virksomheten skal opprette nye stillinger. Dette fremgår av en relativt fersk dom fra Høyesterett, HR-2022-390-A. Høyesterett uttalte at virksomheten ikke er pliktig å opprette nye stillinger i tråd med tilretteleggingsplikten.

I forbindelse med sykefravær har arbeidstaker en medvirkningsplikt, som er hjemlet i AML §2-3. Hensynene bak medvirkningsplikten er at sykefraværsopplysninger er opplysninger som arbeidstaker selv er nærmest å si noe om. Det innebærer opplysninger om funksjonsevne, fremtidsutsikter og prognose. Arbeidstaker har ingen plikt til å gi opplysninger om diagnose.

I tilfeller hvor prognosen er dårlig og man står overfor et langt sykefraværsløp, vil oppsigelsen kunne være saklig begrunnet i hensyn til virksomheten. Fra dansk rettspraksis var dette tilfelle i Vestre Landsrets dom av 31. mai 1999, B- 1385-98.

4.5.2.7 Bevisbyrde

Det vil foreligge en delt bevisbyrde i slike saker. I tilfeller hvor arbeidstaker påberoper seg en usaklig oppsigelse vil det være arbeidstaker som bringer grunnlaget for påstanden som bevis. Det vil være opp til arbeidsgiver å bevise det motsatte eventuelt. Et eksempel kan være at arbeidstaker påberoper seg en usaklig oppsigelse på bakgrunn av at fraværet skyldes et handicap. Det vil dermed være opp til arbeidstaker å bevise dette, og opp til arbeidsgiver å motbevise dersom det er tilfelle.

Kapittel 5 Saksbehandlingsregler

5.1 Innledning

Etter begge lands rett fremgår det saksbehandlingsregler knyttet til en oppsigelse. Det stilles krav til innhold, fremgangsmåte, informasjonsplikter, bevisføring og faktisk grunnlag. I tillegg er det flere momenter og hensyn som spiller inn på vurderingen. I det videre skal dermed saksbehandlingsreglene knyttet til en oppsigelse behandles.

Saksbehandlingsreglene går hånd i hånd i med saklighetskravet, ved at en forutsetning for riktig og god saksbehandling også vil kunne tale for at en oppsigelse er saklig begrunnet. Dette er ikke et ubetinget krav.

På bakgrunn av arbeidstakervernet skal det foreligge en transparent saksbehandling, hvor påståtte forhold adresseres, behandles og det eventuelt settes inn nødvendige tiltak, før det konkluderes med oppsigelse. Det vil også i ledd av saksbehandlingsreglene fremgå viktige prosessuelle frister som det er viktig at arbeidstaker får kunnskap om, slik at vedkommende har gode forutsetninger for å kunne forsvare seg.

Det er også viktig for virksomheten at saksbehandlingsreglene blir fulgt da det også foreligger konsekvenser for virksomheten dersom saksbehandlingsreglene ikke er oppfylt.

Kravet til saklig saksbehandling omhandler både hvordan et arbeidsforhold blir fulgt opp underveis, som for eksempel ved bruk av advarsler og dokumentasjon og de mer formelle reglene knyttet til oppsigelsen.

I det videre vil jeg starte med å behandle de formelle saksbehandlingsreglene, deretter de prosessuelle for å så ta for meg bevisets stilling, rettslig faktisk grunnlag og betydningen av advarsler gitt arbeidstaker underveis i et ansettelsesforhold.

Det anses hensiktsmessig på bakgrunn av forskjeller i dansk og norsk rett på dette område og behandle de hver for seg, før det vil foretas en sammenligning.

5.2 Formelle saksbehandlingsregler

Etter norsk rett stilles det flere krav til saksbehandlingsreglene knyttet til en oppsigelse. Saksbehandlingsreglene har en nær tilknytning til saklighetskravet etter norsk rett.

Overordnet stilles det krav til at oppsigelsen skal være skriftlig, jf. AML §15-4, første ledd.

Når det kommer til skriftlighet nevnes det for ordens skyld, at etter begge lands rett, stilles det krav til en klar eller uttrykkelig oppsigelse, som den som går til opphør av arbeidsforholdet må sørge for kommer til mottakers kunnskap.⁵⁹

Allerede før en oppsigelse blir avgitt, stiller norsk lovgiver krav om at en mulig oppsigelse skal drøftes med arbeidstaker. Dette er hjemlet i AML §15-1. Slik det fremgår av bestemmelsen skal en oppsigelse drøftes «så langt det er praktisk mulig» med arbeidstaker. Dersom arbeidstaker ønsker det kan også tillitsvalgte være med, eller annen tillitsperson eller advokat. I praksis vil en særlig oppfordring av virksomheten til arbeidstaker om å la seg bistå av tillitsvalgt eller annen tillitsperson, være av betydning. Dette for å sikre saksbehandlingen, ivareta arbeidstakervernet, kontradiksjon og det vil kunne fungere som en trygghet for arbeidstaker som kanskje opplever prosessen krevende og hvor tillitsperson vil ivareta arbeidstakers interesser.

Det fremgår av ordlyden i bestemmelsen at listen for å gjennomføre drøftelsesmøte er høy. Unntaksvis skal det være forhold på arbeidstakers side som gjør det svært utfordrende å gjennomføre.

Drøftelsesplikten henger sammen med bevisvurderingen og faktiske forhold.

Drøftelsesplikten skal sikre kontradiksjon, ved at arbeidstaker skal få muligheten til å uttale seg fra sitt perspektiv før endelig beslutning fattes. En avgjørelse basert på feil grunnlag vil kunne medføre at oppsigelsen er usaklig begrunnet, og det er dermed viktig at saken er godt belyst og at avgjørelsen er tatt ut ifra korrekt grunnlag.

Innholdet i drøftelsesplikten fremgår av bestemmelsens annet ledd hvor det framgår at både grunnlaget for oppsigelsen og en eventuell utvelgelse skal drøftes.

Etter norsk rett stilles det i lovgivningen flere krav til innholdet i en oppsigelse.

Det fremgår av AML §15-4 krav om å opplyse om retten til å kreve forhandlinger og reise søksmål. Dette vil sikre arbeidstaker prosess dersom arbeidstaker mener oppsigelsen er

⁵⁹ Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 154

usaklig begrunnet. Fristene for å kreve forhandling og reise søksmål skal også fremgå av oppsigelsen, i tillegg til hvem som er arbeidsgiver og rett saksøkt.

Arbeidstaker har også en rett til å fortsette i stillingen etter reglene i AML §§17-3, 17-4 og 15-11. Oppsummert vil retten til å stå i stilling omfatte forhandlings- og saksgangstiden.

Dersom oppsigelsen er begrunnet i virksomhetens forhold skal oppsigelsen også inneholde opplysninger om fortrinnsrett, og dersom virksomheten tilhører et konsern inneholde opplysninger om hvilke selskaper som omfattes, etter AML §14-2.

Etter begge lands rett er det egne saksbehandlingsregler knyttet til masseoppsigelser. Det avgrenses mot å behandle dette i denne avhandlingen.

Retten til å stå i stilling er særegent for norsk rett. Etter dansk rett opphører arbeidsforholdet ved oppsigelsesfristens utløp.

Etter dansk rett behandles oppsigelse som hovedregel uten særlige formkrav.

Overordnet kan det allikevel legges til grunn et krav til at oppsigelsen skal være skriftlig. Det fremgår av FUL §2, stk. 7. I praksis anses skriftlighet som en streng bevisbyrderregel, og ikke et gyldighetskrav.⁶⁰

Dansk lovgivning stiller ikke krav til gjennomføring av drøftelsesmøte slik som det gjør etter norsk rett, eller for den saks skyld informere arbeidstaker om at vedkommende vurderes sagt opp. Det legges heller ikke opp til at arbeidsgiver trenger å drøfte en oppsigelse med tillitsrepresentanter eller organisasjoner. Det er i praksis vanlig at det stilles krav til en orientering om oppsigelse i kollektive overenskomster.⁶¹

Saksbehandlingsreglene vedrørende masseoppsigelser og ansettelsesforhold i offentlig sektor behandles noe videre. Da det behandles etter forvaltningslovens og masseafskedigelsesloven, avgrenses det mot å behandle dette i denne avhandlingen.

⁶⁰ Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 153

⁶¹ Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 154

Det fremgår generelt lite informasjon om saksbehandlingsregler i den danske litteraturen, dette til forskjell fra Norge som i større grad innehar saksbehandlingsregler tilknyttet oppsigelse.

5.3 Prosessuelle saksbehandlingsreglene og domstolsadgang

Når det oppstår tvist av opphøret av et arbeidsforhold gjøres det på bakgrunn av at arbeidstaker mener oppsigelsen ikke er saklig begrunnet.

Selv om det i dansk rett ikke foreligger en drøftelses- og forhandlingsplikt kan det likevel være tilfelle hvor arbeidstaker mener at oppsigelsen er usaklig begrunnet og ønsker å påberope seg dette.

I dansk rett følger flere prosessuelle saksbehandlingsregler av kollektive overenskomster.⁶² Dette er det avgrenset mot å behandle.

Arbeidstaker vil kunne ha anledning til å få prøvd sin sak for en domstol. Avhengig av overenskomst og annen individuell avtale vil tvisten kunne løses ved faglig voldgift eller i Arbeidsretten, dette er likt i Norge og Danmark. Det er hvert lands rettspleielov som regulerer behandlingen av sivile saker.

Det er frister arbeidstaker må forholde seg til for å påberope seg en usaklig begrunnet oppsigelse.

Etter AML §17-4 første ledd er søksmålsfristen på åtte uker fra forhandlingenes avslutning, og i tilfeller hvor arbeidstaker kun fremmer krav om erstatning er søksmålsfristen på seks måneder. Dersom det ikke er gjennomført forhandling er søksmålsfristen som en hovedregel innen utløpet av oppsigelsestiden.

⁶² Knudsen & Kristiansen, 2022, s. 163

5.4 Bevisets stilling og faktisk grunnlag

Uavhengig av hvem som påberoper seg en oppsigelse, vil bevisbyrden ligge hos den påberopende part. Det er derfor en streng bevisbyrderregel at oppsigelsen er skriftlig.

Utover selve oppsigelsen vil det være virksomheten som er ansvarlig for og nærmest å bevise det grunnlag som en oppsigelse baserer seg på.⁶³

Et praktisk eksempel kan nevnes hvor virksomheten går til oppsigelse av arbeidstaker på bakgrunn av påstand om at arbeidstaker har begått tyveri på arbeidsplassen. I så henseende er det virksomheten som er nødt til å bevise tyveriet og dokumentere den saksbehandlingen som blir foretatt. Det vil dermed være opp til arbeidstaker å motbevise påstanden.

I tilfeller hvor bakgrunnen for oppsigelse ikke er dokumentert stilles det spørsmålstegn ved det faktiske forhold og rettssikkerheten for arbeidstaker.

Grunnleggende for saklighetsvurderingen er at faktiske forhold blir lagt til grunn, i motsetning til uriktig grunnlag. Dokumentasjon er vesentlig med tanke på bevisets stilling.

Oppsigelsen må baseres på et saklig og faktisk grunnlag og det er virksomheten som har bevisbyrden for at saksbehandlingen er rettmessig og saklig.⁶⁴

5.5 Advarsel

Etter min oppfatning anvendes advarsel som standard praksis både i norsk og dansk arbeidsliv, som en mellomting mellom oppsigelse og normal utførelse av avtalte arbeidsoppgaver. Ved for eksempel en uenighet, brudd på arbeidsavtalen eller rutiner, hvor handlingen anses å ikke være av slik karakter at opphør eller bortvisning/avskjed er aktuelt, kan advarsel brukes for å irettesette arbeidstaker, i tillegg til at forholdet blir dokumentert.

Arbeidsmiljøloven eller funktionærloven stiller ingen krav til advarsel for at en oppsigelse anses saklig begrunnet.

⁶³ Skjønberg et al, 2017, s. 470

⁶⁴ Skjønberg et al, 2017, s. 438

Advarsel eller tidligere forhold vil derimot kunne ha innvirkning på vurderingen, beroende på en helhetsvurdering.

Advarsel er dermed ikke en saksbehandlingsregel, men kan være av betydning for oppsigelsens saklighet. Saklighetsvurderingen er en helhetlig og individuell vurdering hvor flere forhold skal vektes.

Det synes også å foreligge en allmenn feiloppfatning, i hvert fall i norsk arbeidsliv, at et visst antall advarsler vil føre til en oppsigelse. I tråd med saklighetsvurderingen skal hver oppsigelse vurderes individuelt, basert på arbeidsforholdet som en helhet. To streker under svaret når det kommer til bruk av advarsel er ikke forenelig med saklighetskravet.

Hvorvidt tidligere advarsel skal få betydning for senere forhold eller oppsigelse avhenger av en helhetsvurdering, men retten legger til grunn at det kan ha en betydning.

I Rt. 2002 s. 273, som omhandlet en avskjed av en professor på bakgrunn av seksuell trakassering. Retten uttalte at advarslene som var gitt til han var av betydning for saklighetsvurderingen. Dette legges også til grunn i flere avgjørelsen. Blant annet Rt. 2001 s. 1589 og Rt. 2001 s. 1362.

Formålet med en advarsel er todelt. Det vil både gi arbeidstaker en mulighet til å forbedre og innrette seg, og det vil dokumentere at hendelsen advarselen omfatter faktisk har skjedd med tanke på beviskrav.⁶⁵ En tidligere advarsel vil kunne få betydning, samtidig som det vil få mindre betydning i tilfeller hvor arbeidstaker har innrettet seg og sies opp grunnet andre forhold.

Etter dansk rett anvendes advarsel tilsvarende som etter norsk rett. Det fremgår av rettspraksis. En advarsel kan brukes for å irettesette eller korrigere atferd hos funksjonæren, og som nevnt ovenfor i tilfeller som ikke danner grunnlag for oppsigelse eller bortvisning/avskjed.

Retten har også i dansk rett lagt til grunn at advarselen kan bortfalle i tilfeller hvor virksomheten har forholdt seg passivt. Denne passivitetstanken går ut på tilfeller hvor det

⁶⁵ Skjønberg, 2017, s. 429

det er et stort tidsrom mellom handling konsekvens. Dette fremgår a rettspraksis, jf. U 1985 101 H.

Virksomhetens posisjon i forhold til en advarsel tenker jeg også vil være av betydning når det kommer til hvilken vekt en advarsel skal få. Dersom arbeidstaker mottar advarsel basert på ferdigheter, må også virksomhetens opplæringsplikt vektes.

U 1972.143 V er en viktig avgjørelse på området og gir gode føringer på bruk av advarsel. Faktum i saken var en arbeidstaker som over tid fikk advarsler for samme forhold, som var alkoholinntak. Selv om byretten slo fast at bortvisning i den saken ikke var berettiget, var det begrunnet i bevisets stilling. Byretten legger vekt på

Det er praksis etter begge lands rett at en advarsel kan gis muntlig og skriftlig, men det anbefales, i likhet med en oppsigelse, at den gis skriftlig på bakgrunn av beviskravet. En muntlig vil kunne ha en viss personalpolitisk effekt, men det vil være vanskelig å bruke i en oppsigelsesvurdering senere nettopp på bakgrunn av beviskravet.

Betydningen av en eldre advarsler kan vektes både i arbeidsgivers passivitet og arbeidstakers tilpasning. Dersom arbeidstaker har innrettet seg advarselens innhold kan det ikke anses saklig å gi forholdet særlig vekt i en oppsigelsessak senere. I tilfelle hvor virksomheten forsømmer sine plikter og holder seg passiv, som for eksempel på bakgrunn av tidsrommet eller forsømmelse av sine plikter.

5.6 Virkninger ved brudd på saksbehandlingen

Drøftelsesplikten i forhold til saklighetskravet er å anse som en ordensregel. Det innebærer at i tilfeller hvor det har vært nødvendig, for eksempel på bakgrunn av arbeidstaker forhold, kan det være nødvendig å gå til oppsigelse selv om det ikke er avholdt drøftelsesmøte. I tilfeller hvor uteblitt drøftelsesmøte er avgjørende for utfallet taler dette for at oppsigelsen heller ikke er saklig.

5.7 Sammenligning

Etter begge lands rett stilles det krav til at oppsigelsen skal være skriftlig, på bakgrunn av beviskravet. Det anses å være en streng bevisbyrderregel. Utenom hvordan begge lands rett forholder seg til oppsigelsens skriftlighet, er saksbehandlingsreglene noe som vesentlig skiller landene fra hverandre.

Hverken drøftelsesplikten, retten til å stå i stilling mens forhandlinger pågår eller fortrinnsrett kommer til anvendelse i dansk lovgivning.

Kapittel 6 Virkninger ved usaklig oppsigelse

I tilfeller hvor arbeidstaker påberoper seg en usaklig begrunnet oppsigelse vil dette få konsekvenser for begge parter. I dette kapitlet vil det foretas en fremstilling av virkninger en usaklig begrunnet oppsigelse har for partene. I det videre vil godtgjørelse, erstatning og gjeninntreden behandles. Det vil foretas en sammenligning av begge lands rett avslutningsvis.

6.1 Godtgjørelse

Etter dansk rett vil arbeidstaker ha krav på en kompensasjon, en såkalt godtgjørelse, på bakgrunn av en usaklig begrunnet oppsigelse. Kravet om godtgjørelse fremgår av FUL §2b. Ved oppsigelse av en funksjonær som ikke anses rimelig begrunnet i enten virksomheten eller funksjonærens forhold, «skal arbejdsgiveren udrede en godtgørelse», jf. 1. pkt.

Selve fastsettelsen fremgår av bestemmelsens annet pkt. Godtgjørelsen etter funktionærloven fastsettes på bakgrunn av ansiennitet i virksomheten og øvrige omstendigheter.⁶⁶ Godtgjørelsen kan ikke overstige den ansattes lønn for en periode som svarer til halvparten av oppsigelsestiden som fremgår av funktionærlovens alminnelige oppsigelsesregler, henholdsvis FUL §§2, stk. 2 og 3. Det er på den annen side ingen minimumsgrense for godtgjørelsen.⁶⁷

⁶⁶ Andersen et al, 2020, s. 847

⁶⁷ Andersen et al, 2020, s. 847

Det legges til grunn at ordlyden må tolkes dithen at det er lovens alminnelige oppsigelsestid som benyttes i beregningen, og ikke en eventuelt lengre avtalt oppsigelsestid.⁶⁸

I FUL §2b, siste pkt. Og stk. 2 listes det tre unntak til hovedregelen i første ledd for fastsettelse av godtgjørelsen. Godtgjørelsen kan utgjøre inntil tre måneders lønn hvor funksjonæren ved oppsigelse har fylt 30, inntil fire måneders lønn hvor funksjonæren har vært ansatt i mist ti år og utgjøre inntil seks måneders lønn hvor funksjonæren har en uavbrutt ansettelsestid på 15 år.⁶⁹

Funksjonærloven opplister et utvidet godtgjørelseskrav, jf. FUL §2a. Hvor arbeidstaker med en ansettelsestid på henholdsvis 12 eller 17 år sies opp, skal det ved fratreden gis et beløp tilsvarende henholdsvis 1 og 3 måneders lønn. Dette kommer i tillegg til de alminnelige godtgjørelsesreglene. Regelen gjelder på bakgrunn av ansiennitet og er uavhengig av alder.⁷⁰

Bestemmelsene i loven, deriblant §2b er ufravikelig, som innebærer at vilkår dårligere enn loven oppstiller ikke kan avtales, jf. FUL §21.

6.2 Erstatning

Erstatningsansvaret etter dansk rett i relasjon til usaklig oppsigelse er todelt. Det omfatter erstatning hvor arbeidstaker påberoper seg erstatning på bakgrunn av virksomhetens forhold og erstatning hvor virksomheten påberoper seg erstatning på bakgrunn av arbeidstakers forhold.

Ved grovt mislighold fra arbeidstakers side kan arbeidsgiver søke erstatning, jf. FUL §4.

På bakgrunn av avhandlingens problemstilling fokuseres det i det videre på arbeidsgivers erstatningsansvar.

En oppsigelse vil medføre et økonomisk tap for arbeidstaker som blir sagt opp, dersom vedkommende ikke påbegynner i en ny jobb med det samme. Dersom oppsigelsen erkjennes

⁶⁸ Andersen et al, 2020, s. 847

⁶⁹ Andersen et al, 2020, s. 847

⁷⁰ Andersen et al, 2020, s. 847

urimelig, vil dermed arbeidsgiver være erstatningsansvarlig for det økonomiske tap arbeidstaker lider. Dette begrunnes i det alminnelige ulovfestede erstatningsprinsipp, hvor det legges til grunn at culpøse handlinger fører til et erstatningsansvar.

En oppsigelse som erkjennes urimelig vil være et brudd på lojalitetsplikten som foreligger mellom partene, og gjør arbeidsgiver skyldig i arbeidstakers økonomiske tap og dermed nærmest til å bære dette tapet.⁷¹

Dersom det foreligger grovt mislighold fra arbeidsgivers side kan funksjonæren søke erstatning i henhold til FUL §3. Det innebærer tilfeller hvor virksomheten nekter funksjonæren å være i tjeneste eller bortviser funksjonæren, samt dersom funksjonæren hever arbeidsforholdet på bakgrunn av arbeidsgivers misligholdelse.⁷²

I praksis angår de fleste erstatningssaker i forhold til oppsigelsestvister bortvisning.

Det avgrenses mot å behandle selve erstatningsutmålingen grunnet plasshensyn og grad av relevans.

Etter norsk rett kan arbeidstaker fremme et erstatningskrav overfor virksomheten på bakgrunn av en usaklig begrunnet oppsigelse eller urettmessig avskjed, jf. AML §15-12, annet ledd og AML §15-14, fjerde ledd.

Det kan være aktuelt med erstatning ikke bare på bakgrunn av et økonomisk tap, men det kan også være relevant med en ikke- økonomisk oppreisning, såkalt erstatning for tort og svie. Dette vil også kunne være tilfellet i en oppsigelsestvist. Etter norsk rett er oppreisningskravet hjemlet i AML §15-12, annet ledd. I dansk rett er kravet hjemlet i erstatningsansvarsloven §26.

⁷¹ Nielsen, 2020, s. 396

⁷² Nielsen, 2020, s. 376

6.3 Gjeninntreden

Etter norsk rett skal en usaklig begrunnet oppsigelse eller avskjed kjennes ugyldig, jf. AML §15-12, første ledd. Vilkår som legges til grunn rent prosessuelt er at arbeidstaker må ha nedlagt påstand om dette.

Hvor en oppsigelse kjennes ugyldig er utgangspunktet at arbeidstaker skal gjeninntre i samme stilling som på opphørstidspunktet.⁷³ Dette fremgår av rettspraksis, Rt. 2009 s. 685.

Ved en oppsigelse etter norsk rett er det vanlig at arbeidstaker står i stilling, på bakgrunn av retten til å stå i stilling under forhandlinger og/eller prosess, jf. AML §15-11. Ved avskjed vil ikke dette være tilfelle.⁷⁴ Hvor arbeidstaker ikke har stått i stilling vil det være aktuelt å gjeninntre til arbeidet. Loven lister også opp et unntak hvor det etter påstand fra arbeidsgiver kan bestemmes at arbeidsforholdet opphører hvor det vil være «åpenbart urimelig», jf. AML §15-12, første ledd.

Tilsvarende bestemmelse finnes ikke etter dansk rett.

6.4 Sammenligning

Etter dansk lovgivning fremgår det et krav om godtgjørelse når funksjonæren blir sagt opp. En tilsvarende bestemmelse finnes ikke i den norske arbeidsmiljøloven. I tillegg vil man etter dansk rett ha krav på erstatning, dette i likhet med norsk rett. Dansk rett innehar ikke regler om ugyldighet og dermed gjeninntredelse slik som etter norsk rett.

Etter norsk rett er virkningene ved usaklig oppsigelse erstatning og gjeninntredelse i stilling. Hvor et opphør av arbeidsforholdet etter dansk rett vil kunne medføre godtgjørelse og erstatning, vil den oppsagte arbeidstaker ikke få sin stilling tilbake. Et hensyn som kan være relevant i den forbindelse er tillitsforholdet som ligger til grunn. Hvor virksomheten har gått til oppsigelse av arbeidstaker, uavhengig av resultat, vil tillitsforholdet være brutt og det anses kanskje lite hensiktsmessig å skulle ha en nær relasjon som et arbeidsforhold innebærer.

⁷³ Skjønberg et al, 2017, s. 481

⁷⁴ Skjønberg et al, 2017, s. 481

Kapittel 7 Avslutning/konklusjon

Avhandlingen har hatt som formål å forsøke og avklare gjeldende rett på oppsigelsesvernets område etter dansk og norsk rett.

Største forskjellene etter begge lands rett er oppsigelsesvernets stilling og regulering.

Etter dansk rett er ikke oppsigelsesvernet lovregulert på samme måte som i Norge. I Danmark er reguleringen stort sett overlatt til arbeidslivets parter hvor mye av reguleringen fremgår av kollektive overenskomster. Det lovregulerte oppsigelsesvernet for funksjonærer har vært sammenligningsgrunnlaget i denne avhandling mot oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven i norsk rett. Reglene i funksjonærloven gjelder kun funksjonærer som jobber mer enn åtte timer i gjennomsnitt per uke. Arbeidsmiljøloven omhandler nesten alle arbeidstakere og innehar en bredere regulering av hele ansettelsesforholdet og oppsigelsesvernet.

Oppsigelsesvernet, med tanke på utviklingen vernet har hatt i begge lands rett, ser det ut til at Danmark beveger seg sakte mot en tilnærmet oppsigelsesvern som etter norsk rett og det kan tenkes at man ser i praksis over tid.

På nåværende tidspunkt er oppsigelsesvernet svakere i dansk rett og legger det i mye større grad opp til arbeidslivets parter og virksomheten selv å vurdere ansettelsesforhold uten tilsvarende lovregulering som i Norge.

Det er en forutsetning for å gå til oppsigelse av arbeidstaker at vedkommende har vært ansatt uavbrutt i virksomheten i minst ett år og bringes kun til opphør ved et forvarsel. Dette er ikke tilstrekkelig for en gyldig oppsigelse. Det stilles krav til en saklig begrunnet oppsigelse. Ved opphør av arbeidsforhold med en varighet på under ett år vil funksjonæren ikke ha rett på godtgjørelse. Oppsigelsesreglene knyttet til varsel gjelder selv ved ansettelse under ett års varighet. Etter norsk rett er det ikke et tilsvarende krav til ansettelsestid for å påberope seg en usaklig begrunnet oppsigelse.

De største ulikheter som er avdekket i denne avhandlingen er knyttet til saksbehandlingsreglene. Særlig retten til drøftelse, forhandlinger og retten til å stå i stilling underveis i tvisteprosessen og gjeninnsettelse ved usaklig begrunnet oppsigelse. Dette er særegent for norsk rett og fremgår ikke av dansk rett.

Etter dansk rett vil en usaklig begrunnet oppsigelse ikke bli kjent ugyldig og funksjonæren har heller ikke rett til å stå i stilling etter endt oppsigelsestid mens saken er under tvistebehandling. Etter dansk rett vil en funksjonær hvor oppsigelsen er kjent usaklig begrunnet ha krav på erstatning og en godtgjørelse. Størst risiko for arbeidsgiver er det økonomiske perspektiv etter dansk rett, da konsekvensene ved usaklig oppsigelse er av økonomisk karakter.

Dansk rett har også en mer matematisk tilnærming til fastsettelsen av erstatning og godtgjørelse enn det er i norsk rett. Etter norsk rett vil også den usaklige oppsagte arbeidstaker ha rett erstatning.

Når det kommer til grunnlaget for oppsigelse og saklighetsvurderingen tar begge lands rett utgangspunkt i forhold på virksomhetens og arbeidstakers forhold og vurderingsmomentene er i stor grad de samme.

Når det kommer til utvelgelsesvurderingen etter dansk rett er hovedforskjellen at det stilles større frihet til virksomhetens skjønn i forhold til hvilke arbeidsforhold som ønskes opphørt.

Kapittel 8 Litteraturliste

Andersen, L. S., Lauridsen, L., Petersen, L. L., Ratkovic, S., Thune, T. C. & Ulrich, M. (2020). *Funktionærret*. (6. utg.). København: Djøf Forlag.

Knudsen, K. N. & Kristiansen, L. W. (2022) *Ansættelsesret* (1. utg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Munk- Hansen, C. (2022). *Retsvidenskabsteori* (3. utg.). København: Djøf Forlag.

Nielsen, R. (2020). *Dansk arbejdsret* (4. utg.). København: Djøf Forlag.

Skjønberg, A. N., Hognestad, E. & Hotvedt, M. J. (2017). *Individuell arbeidsrett* (2. utg.). Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS.

8.1 Lover og bekendtgørelser

Arbejdsmiljøloven av 17. Juni 2005 nr. 62

Erstatningsansvarsloven, Bekendtgørelse om erstatningsansvar, LBKG nr. 1070 av 24. august 2018

Funktionærloven, Bekendtgørelse af lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer, LBK nr. 1002 af 24. august 2017

Ligebehandlingsloven, Bekendtgørelse om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse mv. LBK nr. 645 af 8. juni 2011

Lov om ansættelsesbeviser og visse arbejdsvilkår, nr. 501 av 16. mai 2023

Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) av 16. juni 2017 nr. 51

8.2 Forarbeider

Prop. 14 L (2022-2023)

Lovvedtak 41 (2022-2023)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

8.3 Domsregister

Rettsoversikt

UfR 1968.782 H

UfR 1983.344 H

UfR 2003.1660 H

UfR 1991.814 SH

UfR 2006.1660 V

UfR 2002.2626/2 H

UfR 1972.143 V

UfR 1985 101 H

UfR 1977.54 H

Afskedigelsesnævnets avgjørelser

Kjennelse av 4. august 2009, sak.nr. 1151/03

Vestre Landsrets dommer

Vestre Landsrets dom av 3. oktober 2002, B-2495-01

Sø- og Handelsrettens dommer

Sø- og Handelsrettens dom av 21. juli 1985, F 18-84

Østre Landsrets dommer

Østre Landsrets dom av 17. desember 1998, B-2315-97

Østre Landsrets dom av 21. april 2006, B-2270-05

Norges Høyesterett

Rt. 1962 s. 888

Rt. 1966 s. 393

Rt. 1992 s. 2023

Rt. 1995 s. 227

Rt. 2001 s. 1589

Rt. 2001 s. 1362

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2011 s. 1674

HR-2018-880-A

HR-2019-424-A

HR-2022-390-A

Agder lagmannsrett

RG 1993 s. 1007

Anslag

Ordtelling

Statistikk:

Sider	69
Ord	17 840
Tegn (ikke mellomrom)	103 349
Tegn (med mellomrom)	121 093
Avsnitt	652
Linjer	2 104

☒ Ta med fotnoter og sluttnoter

Lukk