

EUROJURIS INFORMERER

Nr. 3/2018 - 24. årgang

Arbeidsliv og arbeidsrett





Eurojuris Norge AS er en sammenslutning av 17 selvstendige advokatfirmaer spredt over hele landet. Våre advokater bistår næringslivet, organisasjoner, det offentlige og privatpersoner med alle typer juridiske tjenester. Advokatfirmaene i Eurojuris Norge har en sterk lokal forankring og god lokalkunnskap, og de er ledende firmaer innen sine regioner. Eurojuris Norge er dessuten tilsluttet Eurojuris International, Europas ledende uavhengige nettverk av advokatfirmaer.

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

Arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter må avveies, og det er derfor behov for en forutsigbar regulering. De mer tradisjonelle spørsmål har funnet sine svar; men utvikles også med tiden. Ett eksempel her er ytringsfrihet, som er et evig tema med en sterk forankring i demokratihensyn. Hva en arbeidstaker kan si og mene, kan utfordre arbeidsgiver, og lojalitetsplikten kan sette grenser.

Sakene på samfunnets dagorden påvirker jussen og utvikler denne. Den senere tid har grunnleggende, relasjonelle spørsmål fått viktige stemmer gjennom #metoo-kampanjen. Det er selvsagt at ingen skal oppleve krenkelser på arbeidsplassen. Kravene til et forsvarlig arbeidsmiljø er lovfestet, og det er presisert at arbeidstakers integritet og verdighet skal ivaretas. Varslingsregelverket, som ble gjort gjeldende fra sommeren 2017, skal blant annet påse at slike krenkelser avdekkes og saksbehandles korrekt.

I år har de aller fleste dessuten hørt om personvern og GDPR. Innføringen av dette EU-direktivet har ført til bevisstgjøring og rutineskjerpelse i alle bedrifter. Også arbeidsretten påvirkes, siden arbeidstakers personopplysninger krever vern.

Disse emnene og mye annet kan du lese om i dette heftet.

I Eurojuris Norge har vi mange advokater med særskilt høy kompetanse innen arbeidsliv og arbeidsrett. De rådgir og bistår både arbeidsgivere og arbeidstakere i mangfoldet av sakstyper og problemstillinger. Gjennom deres arbeid høstes erfaringer som deles i nettverket, og som benyttes til ytterligere å øke kvaliteten på våre tjenester. Vi håper tekstene skaper forståelse og kommer til nytte. Ved spørsmål til artiklene eller annet kan advokatene i Eurojuris Norge selvsagt kontaktes for mer informasjon.

God lesing!

Bjarte Røyrvik
Styreleder i Eurojuris Norge AS

Besøk vår hjemmeside
www.eurojuris.no
Utgivelsesdato: Oktober 2018

	Side
Omstruktureringer og forholdet til de ansatte <i>Advokat Guri Haarr og advokatfullmektig Ulrik Haukali</i>	4
Utsendingsdirektivet og allmenngjøringsloven <i>Advokatfullmektig Bjørnar Solberg Brandtzæg</i>	12
Varslinger om arbeidsmiljø og faktaundersøkelser <i>Advokat Benjamin Törnroos og advokat (H) Sigrun Sagedahl</i>	19
GDPR i et HR-perspektiv – personopplysninger på arbeidsplassen <i>Advokat Lise M. Østensjø Waage</i>	27
Særlig uavhengig stilling <i>Advokat Bjørn Jacobsen</i>	35
Den vanskelige ytringsfriheten <i>Advokat Dag Olav Riise</i>	44
Når er det nok? Oppsigelse på grunn av mangelfull arbeidsutførelse <i>Advokatene Nils Kristian Sveaas og Hans Erdvik</i>	52
Arbeidsgivers styringsrett når arbeidstaker ikke klarer å følge med i utviklingen <i>Advokat Anders Gustavsen</i>	65
Svensson Nøkleby Advokatfirma	71

Omstruktureringer og forholdet til de ansatte

Av advokat Guri Haarr og advokatfullmektig Ulrik Haukali
guri.haarr@projure.no og ulrik.haukali@projure.no



Guri Haarr er partner og advokat i Projure Advokatfirma DA i Stavanger. Hun er en del av Projures faggruppe for arbeidsrett og bistår hovedsakelig arbeidsgivere.



Ulrik Haukali er advokatfullmektig i Projure Advokatfirma. Han er en del av Projures faggruppe for arbeidsrett, og kan bistå i arbeidsrettslige problemstillinger for både arbeidsgivere og arbeidstakere.

1. INNLEDNING

God omstillingsevne er viktig. Selv om tiden for de tunge nedbemanningsprosessene etter oljekrisen synes å være over, har flere bedrifter behov for å gjøre endringer i virksomhetens drift og organisasjon. En virksomhet kan ha som mål å øke effektivitet og lønnsomhet, mens en annen begrunner behovet for omstilling i markedstilpasing.

Omstruktureringer antar ulike former. I noen tilfeller endres organisasjonen, mens aktiviteten beholdes. I andre tilfeller skilles deler av virksomheten ut og overføres til et annet selskap ved fisjon/fusjon eller outsourcing. Når ansatte overføres til en annen arbeidsgiver som følger av slike tiltak, utløses regler om virksomhetsoverdragelse. Disse reglene skal sikre at arbeidstakerne beholder vilkårene i ansettelsesavtalen etter overføringen til ny arbeidsgiver.

Uavhengig av bakgrunn eller behovet for omstrukturering, må arbeidsgiver ta hensyn til de verneregler og spilleregler som følger av lover og tariffavtaler. Disse setter rammer for arbeidsgivers

handlerom og stiller krav til fremgangsmåten for prosessen.

I denne artikkelen skal vi redegjøre for arbeidsmiljølovens muligheter og begrensninger for endring av organisasjon og vilkår. I første del redegjør vi for den prosessen arbeidsgiver må gjennom før iverksettelse av en omstrukturering. I siste del gir vi eksempler på tiltak innenfor og utenfor styringsretten i forbindelse med omorganiseringprosesser.

2. DEN ARBEIDSRETSLIGE DELEN AV OMSTRUKTURERINGSPROSESSER

Første steg i en omstruktureringsprosess er det forarbeidet som gjøres av arbeidsgiver. Når en virksomhet omstruktureres, ligger det implisitt i det at på en eller annen måte vil det forekomme endringer som påvirker arbeidstakerne. Dette stiller krav om involvering av de ansatte og deres tillitsvalgte så tidlig som mulig. Det stiller dessuten krav om å følge prosessene for oppsigelser når endringene kan bli så store at ansatte ender opp med andre stillinger enn de hadde før (ofte omtalt som endringsoppsigelser).



Vår erfaring tilsier at desto grundigere prosess fra første stund, desto bedre resultat og mindre risiko. Detaljert dokumentasjon for prosessen og vurderingene underveis sikrer forankring i ledelsen og blant de ansatte og underbygger sakligheten av tiltakene i arbeidsmiljølovens forstand.

Omstruktureringsprosesser forberedes av administrasjon og ledelse og forankres i styret, jf. blant annet styrets plikt etter aksjeloven § 6-12 til å sørge for en forsvarlig organisering

av virksomheten. I styrereferatet som initierer prosessen, beskrives virksomhetens planer og behov framover med utgangspunkt i gjeldende situasjon basert på f.eks. kalkyler og analyser av marked og økonomi.

I norsk rett involveres ansattes representanter allerede på dette stadiet av prosessen. Det følger av arbeidsmiljølovens (aml.) kapittel 8 at arbeidsgivere som sysselsetter minst 50 ansatte, har plikt til å informere om og drøfte spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold

Første steg i en omstruktureringsprosess er det forarbeidet som gjøres av arbeidsgiver. Vår erfaring tilsier at desto grundigere prosess fra første stund, desto bedre resultat og mindre risiko.

med arbeidstakernes tillitsvalgte. Den samme plikten til å involvere de ansattes representanter følger av aml. § 15-2 når omstruktureringen kan resultere i oppsigelser av minst ti ansatte i løpet av 30 dager. Vi erfarer at det kan være fordelaktig å invitere tillitsvalgte og verneombud til et uformelt møte, før man innkaller til formelle drøftelser.

Dersom omstrukturingsplanene omfatter nedleggelse av en bedrift som har hatt minst 30 ansatte i løpet av de siste 12 måneder, skal det sendes melding til fylkeskommunen etter omstillingslova § 3. Fylkeskommunen innkaller deretter bedriftsledelsen, kommunen, Innovasjon Norge, NAV og ansattes representanter til drøftelser for å vurdere mulighetene for fortsatt drift samt kompensasjons- og omstillingsmuligheter for de ansatte ved en nedleggelse. Bedriften kan ikke treffe endelig avgjørelse om nedleggelse før 30 dager etter at fylkeskommunen har mottatt meldingen. For tariffbundne virksomheter følger plikten i tillegg av hovedavtaler og tariffavtaler, og den inntreffer «så tidlig som mulig», jf. f.eks. Hovedavtalen LO-NHO §§ 9-4 (ved omlegging av driften) og 9-5 (ved fusjon, fisjon, salg og nedleggelse).

I drøftelsene gjennomgås grunnlaget for omstruktureringen og ledelsens foreløpige vurderinger og tenkte prosess. Deretter drøftes

forslag til ny organisasjon, tiltak og omfanget av endringene. Når informasjonen som gis på dette stadiet, er fortløpig, bør tillitsvalgte samt ledere og andre involverte ansatte signere på taushetserklæringer.

Drøftelsene med de ansattes representanter er en god anledning til å vurdere og dokumentere hvilke typer kompetanse bedriften har og trenger framover. Når bedriften har dårlig oversikt over egen kompetanse og mange ansatte, er det hensiktsmessig å gjennomføre en egen prosess med kartlegging av ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold. En god oversikt over interne ressurser bidrar til at bedriften kan treffe gode avgjørelser om hvordan selskapet skal legge opp arbeidet. I tillegg vil kartleggingen bidra til at utvelgelsen av eventuelle overtallige gjennomføres på et saklig grunnlag.

Dersom omstruktureringen utløser behov for å meddele oppsigelser eller endringsoppsigelser, drøftes utvelgelseskrets og utvelgelseskriterier, og partenes syn protokollføres. Etter at drøftelser med tillitsvalgte er gjennomført, kan det være behov for individuelle drøftelser. Vi vil senere i artikkelen redegjøre for hvilke tiltak som krever individuelle drøftelser, og når arbeidsgiver ensidig kan gjøre endringer uten å involvere arbeidstaker i beslutningsprosessen. Kort fortalt vil endringer som ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett,

En god oversikt over interne ressurser bidrar til at bedriften kan treffe gode avgjørelser om hvordan selskapet skal legge opp arbeidet. Utvelgelsen av eventuelle overtallige kan da gjennomføres på et saklig grunnlag.



kreve individuelle drøftelser. Drøftelsene gjennomføres i tråd med aml. § 15-1 og protokollføres. Etter drøftelsesmøtene oppdateres kartleggingsskjema ved behov. Slik bygges en saklig prosess stein for stein.

Når bedriften vurderer kostnadssparende tiltak, kan det tenkes at man finner det mer lønnsomt å kjøpe f.eks. regnskaps tjenester enn å fortsette å ha regnskapsfunksjonen internt. Outsourcing av støttefunksjoner er blitt mer og mer vanlig. Arbeidsgiver må imidlertid være oppmerksom på at outsourcing kan føre til at reglene om virksomhetsoverdragelse kan få anvendelse.

Virksomhetsoverdragelse anses å foreligge når en selvstendig enhet overføres til en ny arbeidsgiver som fortsetter driften etter overføringen. Den vesentligste virkningen av at en outsourcing anses for å være en virksomhetsoverdragelse, er at arbeidstakerne i den aktuelle enheten automatisk overføres til ny arbeidsgiver. Vi går ikke nærmere inn på de spesielle reglene om virksomhetsoverdragelse, men nevner at aml. kapittel 16 om virksomhetsoverdragelse stiller selvstendige informasjons- og drøftelseskra.

2.1 Oppsummering

En prosess som oppfyller arbeidsmiljølovens saklighetskrav når omstruktureringen medfører oppsigelser eller endringsoppsigelser, kan inneholde følgende hovedtrinn:

- Styremøte for igangsettelse av prosess
- Administrasjonens forslag
- Møte med tillitsvalgte
- Allmannamøte
- Skriftlig melding/innkalling tillitsvalgte
- Melding NAV/fylkeskommunen
- Drøftelsesmøte med tillitsvalgte
- AMU-behandling
- Eventuelle frivillige løsninger/sluttvederlagsordninger
- Administrasjonens foreløpige utvelgelse
- Individuelle drøftelsesmøter
- Presentasjon av resultatet for tillitsvalgte
- Tilbud ledige stillinger og ny vurdering overflødig
- Styremøte med endelig beslutning
- Oppsigelser

2.2 Eksempler på tiltak innenfor og utenfor arbeidsgivers styringsrett

Som ledd i en omorganisering kan arbeidsgiver ha behov for å gjennomføre tiltak som griper inn i de enkelte arbeidsavtaler eller i mer generelle ordninger for de ansatte. Det kan være tale om å endre innholdet i stillinger eller fjerne dem helt, eller det kan være tale om å endre lønnsvilkår, pensjonsavtaler, bonusordninger og generelle frynsegoder. Virksomheten opererer da i grenseområdet mellom det arbeidsgiver ensidig kan beslutte, og de tilfeller hvor endringene i arbeidsavtalene er så omfattende at det krever saklig grunnlag som for en oppsigelse. I det siste tilfellet må arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler følges for å gjennomføre endringene.

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke eksplisitt grensene for arbeidsgivers ensidige styringsrett. I rettspraksis er styringsretten definert som en «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet», men det må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolking og utfylling av arbeidsavtalene «må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen»

Ved omorganiseringer kan det være behov for å flytte avdelinger eller stillinger geografisk. Det er vilkårene i arbeidsavtalen og den geografiske avstanden som bestemmer om de ansatte må finne seg i dette eller ei.

(Nøkk-dommen). I en annen dom (Seinvakt-dommen) uttaler Høyesterett at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan endre avtalebestemmelser som «ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet».

I forbindelse med omorganiseringer kan det være behov for å flytte avdelinger eller stillinger geografisk. Om dette er noe de ansatte må finne seg i eller ikke, avhenger av vilkårene i arbeidsavtalen og den geografiske avstanden. En ansatt i Stavanger må normalt ikke finne seg i at arbeidsgiver flytter stillingen til Kristiansand, men hun kan måtte akseptere at arbeidsstedet flyttes innenfor Stavanger-regionen.

Det klare utgangspunktet er at arbeidsgiver ikke ensidig kan gjøre endringer i arbeidstakers lønn. Likevel kan ansattes lønnsnivå bli endret i forbindelse med en omstrukturering, for eksempel ved at arbeidstakere innplasseres i nye stillinger på et lavere nivå etter en saklig oppsigelsesprosess. Spørsmålet er om det også kan tenkes situasjoner der det er adgang til å endre lønnsnivået selv om stillingsinnhold og -ansvar forblir det samme.

I en dom fra Gulating lagmannsrett i 2017 (LG-2017-79660-2) fikk Apply medhold i å



gjennomføre tvungen lønnsreduksjon overfor en ansatt i forbindelse med en endringsoppgivelse. Lagmannsretten la til grunn at stillingen var den samme som før, men med redusert lønn. Sakligheten ble vurdert i lys av selskapets dårlige økonomiske situasjon, og det ble vektlagt at øvrige ansatte og ledere hadde godtatt en frivillig lønnsreduksjon samt at man forventet en økonomisk effekt av reduksjonene. Saken gjaldt som nevnt en endringsoppgivelse som gikk ut på endring av lønn, ikke arbeidsoppgaver, og krevde etter lagmannsrettens vurdering svært gode grunner. Dommen legger betydelig vekt på den økonomiske situasjonen selskapet befant seg i, og den forventede effekten tiltaket ville ha. Det ble også tillagt vekt at selskapet som helhet var tjent med tiltaket, da også eierne hadde tilført betydelige midler på grunn av den vanskelige situasjonen, samt at arbeidstaker ble ansett for stilltiende å ha akseptert endringen.

Etter vårt syn åpner dommen for at det i visse krevende situasjoner for virksomheten kan foretas endringsoppgivelse med reduksjon i lønn uten endring i arbeidsoppgaver.

Et annet spørsmål er om arbeidsgiver kan gjøre endringer i pensjons- og bonusordninger eller kutte i generelle frynsegoder som ikke gis i form av kontanter, f.eks. avis, bompengefordeler, bredbånd og telefon. Endringsadgangen beror på en tolkning av arbeidsavtalen, tariffoverenskomster og lov.

Det er klart at slike frynsegoder som oftest verken «definerer» eller er «vesentlige for arbeidsforholdet». Det må vurderes om godene til den enkelte ansatte «særpreger» arbeidsforholdet. Dersom f.eks. praksis har vært at alle ansatte på samme ledernivå har rett til et avisabonnement, taler det mot at godet særpreger arbeidsforholdet til den enkelte leder. På den andre side vil det stille seg annerledes dersom godet ikke ensidig er etablert av arbeidsgiver, men fremforhandlet i individuelle lønnsamtaler. Da er det nærliggende at den ansatte har berettigede forventninger til at vilkåret ikke ensidig kan kuttes av arbeidsgiver.

Man må også se hen til arten av godet. For goder som mobil og bredbånd er tanken ofte at arbeidstaker bruker telefonen i jobbsammenheng.

og at det er et behov for å jobbe hjemmefra. Rett til gratis avisabonnement bygger gjerne ikke på tilsvarende særskilt begrunnelse. Da er det en nærliggende slutning at avisabonnementet ikke er like vernet som mobilabonnementet. Når det gjelder bredbånd, er dette blitt så vanlig i norske husstander at det ikke lenger har samme begrunnelse som mobil i jobbsammenheng. Generelt tilsier samfunnsutviklingen og opplevde nedgangstider at bedriftene er mindre tilbøyelige enn før til å gi ansatte frynsegoder som avisabonnement og bredbånd slik at disse lettere kan fjernes. For at en avgjørelse om fjerning av frynsegoder skal ha saklig grunnlag, må den uansett ikke være vilkårlig. Dersom godet er av mer kollektiv art, bør også fjerning av godet være kollektivt.

Når det gjelder bonusordninger, behandlet Eidsivating lagmannsrett i 2014 (LE-2014-102965) en sak hvor to arbeidstakere i Arcus AS anla søksmål med krav om utbetaling av bonus. Det fremgikk av arbeidsavtalen at arbeidsgiver hadde ensidig adgang til å endre bonusordningen. De ansatte bestred ikke endringsadgangen som sådan, men gjorde gjeldende at arbeidsgiver ikke kunne påberope seg vilkår eller endringer som ikke var kommunisert til de ansatte. Lagmannsretten var uenig og kom til at arbeidsgiver i dette tilfellet hadde vid endringsadgang og stor grad av skjønn ved vurdering av om bonus for det enkelte år skulle utbetales, så fremt beslutningen var saklig begrunnet og ikke innebar forskjellsbehandling.

Lagmannsretten har flere prinsipielle uttalelser om den vide adgang arbeidsgiver har til å endre bonusordninger, og hva den ansatte må tåle hva gjelder utøvelse av styringsrett i forbindelse med bonusordninger fra arbeidsgiver. Lagmannsretten la til grunn at arbeidsgiver hadde «full endringskompetanse og adgang til å benytte stor grad av

skjønn med hensyn til om og på hvilke vilkår bonus skal utbetales. Arbeidsgivers kompetanse er bare begrenset av kravet til saklighet ved vurderingen, og av at beslutningen ikke innebærer diskriminering».

Uttalelsen kan ikke tolkes dithen at arbeidsgiver ikke har kompetanse til å gjøre endringer i en bonusordning hvor dette ikke er nevnt i arbeidsavtalen. Utvilsomt vil imidlertid et skriftlig forbehold om endringer gi arbeidsgiver større handlingsrom.

Lagmannsretten uttaler videre at:

«Bonusordningen må i dette tilfellet anses som en ren påskjønnelse fra arbeidsgivers side, og har ikke preg av å utgjøre «provisjon» eller annen matematisk beregnet avlønning eller «overtidsgodtgjørelse» som er nært knyttet til de ordinære lønnsbetingelser. I en slik situasjon må arbeidsgivers adgang til å foreta skjønsmessige vurderinger av om bonus skal gis, være vid, også selv om dette bygger på forhold som først blir synbare ved gjennomgangen av årsregnskapet, det vil si forhold som først blir kjent etter utløpet av bonusåret, eller andre forhold som de ansatte ikke har vært kjent med.»

Synspunktet om at bonusordninger som hovedregel er underkastet arbeidsgivers styringrett, underbygges av uttalelsen ovenfor. Lagmannsretten trekker også en parallell til tipsordningen i Theatercafe-dommen. Indirekte kan uttalelsen fra lagmannsretten tolkes slik at bonusordninger som ikke er nært knyttet til ordinært vederlag for arbeidsutførelse, ikke anses som «vesentlige for arbeidsforholdet». Annerledes vil det selvfølgelig stille seg om det er en individuelt fremforhandlet bonusordning som da «særpreger» den aktuelle arbeidsavtalen.



Utsendingsdirektivet og allmenngjøringsloven

Av advokatfullmektig Bjørnar Solberg Brandtzæg
bsb@halvorsenco.no



Bjørnar Solberg Brandtzæg startet i august 2018 som advokatfullmektig i Advokatfirmaet Halvorsen & Co på Lillestrøm. Han er nyutdannet fra Universitetet i Bergen og inngår i firmaets forretningsjuridiske faggruppe.

1. INNLEDNING

For å forstå arbeidsrettens hele bilde, må man være bevisst på at den tematisk kan deles i to. Den individuelle delen omhandler arbeidstakers og arbeidsgivers plikter i et konkret arbeidsforhold. Herunder faller reglene om oppsigelsesvern, arbeidstidsbestemmelser og arbeidskontrakter. Den kollektive arbeidsretten omfatter reglene om tariffavtaler og arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjonene. Man skiller dermed mellom individets stilling overfor den konkrete arbeidsgiver og en gruppes stilling overfor en gruppe arbeidsgivere.

I tillegg har den kollektive arbeidsretten et eget tvisteorgan, Arbeidsretten, som utelukkende behandler spørsmål av kollektiv arbeidsrettslig karakter. Arbeidsretten som særorgan har en sammensetning som skiller seg fra de ordinære domstolene, ved at partene selv er representert som meddommere. Dette medfører at partene har større innflytelse enn hva den individuelle arbeidstaker vil ha ved ordinær domstolsbehandling.

Sentralt i den kollektive arbeidsretten står tariffavtalen. En tariffavtale er i § 1 i lov om arbeidstvister av 27. januar 2012 definert som «en avtale mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold». Tariffavtaler skiller seg således fra den individuelle arbeidsavtalen ved at det er arbeidstakerne i fellesskap som gjennom sin fagforening har inngått avtalen.

Et særpreg ved den kollektive arbeidsretten er at den har et internasjonalt tilsnitt. I en stadig mer globalisert verden, hvor særlig EU har vært pådriver for fri flyt av arbeidskraft på tvers av landegrensene, har det norske arbeidslivet blitt mer og mer flerkulturelt.

I denne artikkelen vil jeg ta en nærmere titt på to sentrale lover i denne sammenheng. EUs utsendingsdirektiv og allmenngjøringsloven har begge som formål å regulere vilkårene for utenlandske arbeidstakere. Dette er et tema som er særlig aktuelt fordi det er ventet å komme endringer i utsendingsdirektivet innen kort tid. Disse endringene kan potensielt ha stor innvirkning på det norske arbeidslivet og forståelsen av allmenngjøringsloven.

2. TARIFFAVTALENS STILLING I NORGE

Tariffavtalens stilling i dagens arbeidsliv bærer preg av godt organiserte arbeidsgiver- og arbeidstakerorganisasjoner. Dette medfører at om lag 70 % av alle arbeidstakere er omfattet av en tariffavtale, enten direkte eller indirekte. At noen kan være omfattet av bestemmelsene i en tariffavtale uten å være organisert, følger av prinsippet om ufravikelig overfor uorganiserte arbeidstakere.

Den første arbeidsrettsdommen om dette ble avsagt allerede i 1922 i forbindelse med en maskinstreik. Virksomheten måtte som følge av streiken gå til oppsigelse av de ansatte. Da streiken var avblåst, gjenopptok virksomheten



arbeidet og tok inn både organiserte og uorganiserte arbeidstakere. De organiserte hadde i henhold til tariffavtale bedre lønnsvilkår enn de uorganiserte. Arbeidstakerorganisasjonen stevnet arbeidsgiver inn for Arbeidsretten med påstand om at arbeidsgiver var pliktig til å lønne de organiserte og uorganiserte likt. Arbeidstakerorganisasjonen vant enstemmig. Arbeidsretten argumenterer med at hvis de organiserte skal konkurrere med de uorganiserte, vil førstnevnte tape kampen når de uorganiserte kan lønnes under tariffnivå.

3. EØS-AVTALEN

Med inntoget av europeisk arbeidskraft på det norske arbeidsmarkedet oppstod det nye utfordringer. Den reguleringen av arbeidsinnvandring som staten tidligere hadde hatt enevelde over, ble nå delvis overtatt av EU og dets regime. Siden 1975 hadde det vært et krav om arbeidstillatelse for europeiske arbeidere, med unntak for de nordiske landene. Dette innebar at myndighetene førte en vesentlig kontroll over utsendte arbeidstakere. I tillegg var det frem-

EUs utsendingsdirektiv og allmenngjøringsloven har begge som formål å regulere vilkårene for utenlandske arbeidstakere.

forhandlet en avtale mellom LO og NHO med retningslinjer for fremgangsmåten for behandling av lønns- og arbeidsvilkår mv. ved søknader om å bruke utenlandsk arbeidskraft for en tidsbegrenset periode.

Med «de fire friheter» ble det norske markedet åpnet opp for Europa, og utenlandske arbeidere kunne fritt søke arbeid her. Dette bød på en del utfordringer. Kostnads- og lønnsnivået i det norske arbeidsmarkedet ligger høyere enn en del andre europeiske land. Frykten var derfor stor for at det ville skje en konkurransevridding til fordel for utenlandske arbeidere med mye lavere lønnskrav enn norske arbeidstakere.

I tillegg var man redd for at utenlandske arbeidstakere skulle bli utsatt for sosial dumping, med lønninger vesentlig lavere enn de minstelønns-satser som er fremforhandlet i tariffavtalene til de forskjellige bransjene.

4. ALLMENNGJØRINGSLOVEN

Med de europeiske strømmingene i emning ønsket lovgiver å være i forkant av den nye situasjonen. Allerede i 1991 startet derfor Kommunaldepartementet forberedelsene til en ny lov. I høringsnotatet gikk departementet inn for en ny regel om fastsettelse av en norsk minstelønn. Arbeidstakerorganisasjonene, særlig LO og YS, var sterkt imot dette. I stedet for ønsket de en ordning som gjorde tariffavtaler allmenngyldige. Etter en politisk dragkamp vant arbeidstakerorganisasjonene frem med sitt krav.

Lov om allmenngjøring av tariffavtaler av 4. juni 1991 trådte i kraft 1. januar 1994, samtidig med EØS-avtalen. Lovens formål kommer til uttrykk i § 1, hvor det fremgår at:

«Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har, og å hindre konkurransevridding til ulempe for det norske arbeidsmarkedet.»

Opprinnelig var ikke konkurransevridding en del av formålsbestemmelsen. Dette ble inntatt i lovendring 19. juni 2009, men innebar ingen realitetsendring. Det var kun en presisering av det allerede underliggende formålet.

Tariffnemnda hjemles i § 3. Den oppnevnes av kongen og består av en leder og fire andre faste medlemmer. To av medlemmene skal representere arbeidstaker- og arbeidsgiverinteressen.

Nemnda er et uavhengig kollegialt forvaltningsorgan, som etter krav fra arbeidslivsorganisasjonene fatter vedtak om allmenngjøring. For å sikre tilstrekkelig representasjon fra de berørte parter, oppnevnes det et medlem fra den organisasjonen som fremmer krav overfor nemnda, og ett medlem fra dens tariffmotpart.

Hvis et krav vinner frem, gis det forskrift om at en tariffavtale helt eller delvis er allmenngjort. De nærmere vilkårene for å ta et krav til behandling følger av § 5.

Et sentralt vilkår er at Tariffnemnda bare kan treffe vedtak hvis det er:

«dokumentert at utenlandske arbeidstakere utfører eller kan komme til å utføre arbeid på vilkår som samlet sett er dårligere enn det som gjelder etter landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke.».

Bestemmelsen må leses i lys av lovens formål og i tariffavtalenes egenart. En tariffavtale bygger som alle andre avtaler på avtalefriheten. De forutsetter en viss grad av frivillighet, og i utgangspunktet kan ingen tvinges inn i dem. Dette ville vært et inngrep i den private autonomien, som i så fall krever hjemmel i lov.

Det er ikke gitt at enhver utenlandsk arbeider har dårligere vilkår enn norske arbeidere, og dokumentasjonsvilkåret er således en sikkerhets-



ventil mot slike urimelige resultater som tvinger arbeidstakere inn i en tariffavtale de ikke ønsker.

Hva som ligger i vilkåret «dokumentert», er en vanskelig grensedragning. Bestemmelsen er ny ved lovendringen i 2009, men det fremgår av forarbeidene at det ikke er ment å være noen vesensforskjell fra det som tidligere var § 1-1.

Hvordan bestemmelsene i allmenngjøringsloven skal tolkes, står Tariffnemnda i stor grad for selv. Vedtakene de fatter, vil derfor kunne tjene som en kilde til tolking. I vedtak om delvis allmenngjøring av overenskomst for elektrofagene i 2015 uttaler de således følgende:

«Det må etter loven være tilstrekkelig at det gjøres overveiende sannsynlig at det innenfor

Med «de fire friheter» ble det norske markedet åpnet opp for Europa, og utenlandske arbeidere kunne fritt søke arbeid her. Dette bød på en del utfordringer.

vedkommende tariffområde finnes utenlandske arbeidstakere som arbeider på vilkår som ikke er likeverdige med hva norske arbeidstakere har. Det kan ikke legges til grunn noe krav om kvalifisert sannsynlighet. Det kreves at det for nemnda fremstår som mer sannsynlig enn det motsatte at lovens vilkår er oppfylt.»

Hvis det finnes flere landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, er det nødvendig med en gjennomgang av samtlige. Det er bare hvis vilkårene til de utsendte arbeidstakerne er dårligere enn alle andre, at Tariffnemnda kan fatte vedtak om allmenngjøring.

Innholdet av Tariffnemndas vedtak reguleres av § 6, hvor det fremgår at:

«Vedtak om allmenngjøring etter § 5 kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår. I særlige tilfeller kan Tariffnemnda fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn det som følger av tariffavtalen.»

Bestemmelsen stiller krav om at Tariffnemnda må gå konkret til verks i sin vurdering. I hver enkelt sak må det tas stilling til hvilke punkter i tariffavtalen som skal allmenngjøres for at arbeidstakerne skal være sikret «likeverdig lønns- og arbeidsvilkår». En nærmere presisering av dette følger av forarbeidene, nemlig at det bare er de «viktigste bestemmelser om arbeidsforholdet» som kan allmenngjøres. Dette er de såkalte normative bestemmelsene. Et vedtak om allmenngjøring kan ikke omfatte de kollektive bestemmelsene om f.eks. partsforhold, forhandlinger, tillitsvalgte mv. Dette sikrer at allmenngjøringen ikke gir tariffavtalen et mer «omfattende anvendelsesområde enn det som er nødvendig». Et slikt nødvendighetsvilkår er i tråd med EU-rettens proporsjonalitetsprinsipp.

Hvis tariffavtalen ikke har bestemmelser som egner seg for allmenngjøring, må Tariffnemnda ha verktøy som gjør de i stand til å oppfylle lovens formål. Det er dermed hjemmel i § 6 til å fastslå andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som følger av tariffavtalen. Særlig bestemmelser om minstelønn vil være aktuelt, men også bestemmelser om arbeidstid er viktig.

5. UTSENDINGSDIREKTIVET

EUs direktiver er sekundærlovgivning, noe som innebærer at de skal tolkes i lys av traktatsbestemmelsene. Litteraturen er klar på at de ikke er ment å være en form for lex specialis i EU/EØS-retten. Deres viktigste funksjon er at de pålegger medlemsstatene å tilpasse sitt lovverk til direktivene. Direktivene fungerer dermed som et styringsverktøy på et detaljert nivå, og Europakommisjonen, Ministerrådet og Europaparlamentet kan dermed utøve lovgivningsmyndighet.

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 96/71/EF av 16. desember 1996 om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting, eller «*utsendingsdirektivet*» for enkelthetsens skyld, har sitt utspring i traktaten om den europeiske unions virkemåte artikkel 56.

Virkeområdet til direktivet fremgår av artikkel 1, hvor det i punkt 1 følger at:

«Dette direktiv får anvendelse på foretak som er etablert i en medlemsstat, og som i forbindelse med tjenesteyting over landegrensene sender ut arbeidstakere i samsvar med nr. 3 til en medlemsstats territorium.»

Det relevante, og som følger av punkt 3, er at arbeidstakeren fortsatt må være underlagt foretaket man er utsendt fra. En arbeidstaker som f.eks. er ansatt i en norsk avdeling av et utenlandsk selskap, vil selvsagt være underlagt arbeidsmiljølovens regime, uavhengig av statsborgerskap.



Artikkel 2 definerer begrepet «utsendt arbeidstaker». Definisjonen favner bredt og omfatter enhver:

«arbeidstaker som i et begrenset tidsrom utfører arbeid på territoriet til en annen medlemsstat enn den stat der vedkommende til vanlig arbeider».

Arbeidstakerbegrepet skal forstås i henhold til arbeidstakerbegrepet i vertsstaten.

Det grunnprinsippet utsendingsdirektivet bygger på, er at en «hard kjerne» av mottakerstatens

nasjonale lønns- og arbeidsvilkår også skal få anvendelse overfor den enkelte utsendte arbeidstaker, på tross av at han ikke har statsborgerskap i den staten han er utsendt til.

Denne «harde kjerne» av regler fremgår av artikkel 3. Det gjelder regler om arbeids- og hviletid, minste antall feriedager med lønn, minstelønn og overtidsbetaling, vilkår for utleie av arbeidstakere, HMS-regler, vernetiltak for gravide og forbud mot diskriminering.

Det grunnprinsippet utsendingsdirektivet bygger på, er at en «hard kjerne» av mottakerstatens nasjonale lønns- og arbeidsvilkår også skal få anvendelse overfor den enkelte utsendte arbeidstaker, selv om at han ikke har statsborgerskap i den staten han er utsendt til.

Ut fra artikkel 3 må det legges til grunn at utsendingsdirektivet er et såkalt minimumsdirektiv. Det er derfor ingenting i veien for at medlemsstatene vedtar mer omfattende og gunstigere regler, jf. artikkel 3 punkt 7. Det er heller ikke tvilsomt at hvis lovgivningen i den utsendte arbeidstakers hjemstat er gunstigere, skal disse komme til anvendelse. Direktivet er aldri ment å redusere det sosiale vernet man ellers har.

Selv om direktivet krever at statene tilpasser sin lovgivning, slik at de er i samsvar, innebærer ikke dette at utsendingsdirektivet pålegger statene å vedta lover hvis reglene på annen måte blir tilfredsstillende fulgt. Et eksempel på dette er regler om minstelønn. I Skandinavia har vi ikke regler om minstelønn, men de sterke fagforeningstradisjonene og høy grad av tariffdekning innebærer at det i faktisk og praktisk forstand likevel gjelder en minstelønnsnorm. Direktivet tar hensyn til dette ved at minstelønn defineres i samsvar med nasjonal lovgivning «og/eller praksis» i det landet arbeidstakeren er utsendt til.

6. FORHOLDET MELLOM ALLMENNGJØRINGSLOVEN OG UTSENDINGSDIREKTIVET

Utsendingsdirektivet og allmenngjøringsloven har tilsynelatende et sammenfallende formål. De skal forhindre sosiale ulikheter gjennom arbeidslivsreguleringer og samtidig søke å bevare konkurransedyktigheten til statens arbeidstakere gjennom regulering av lønn- og arbeidsvilkår. En vesensforskjell er i måten de gjør dette på. Utsendingsdirektivet er som nevnt et minimumsdirektiv, og vil dermed bare sikre utsendte arbeidstakere et minste vern. I land med minstelønnsregler hvor tariffdekningen er høy, slik som i Belgia, er utsendingsdirektivet mindre egnet til å oppnå sitt formål fordi tariffavtalene sikrer arbeidstakerne relativt mye høyere lønn en minstelønnsbestemmelsene gjør. Av denne

grunn er bruken av allmenngjøring i Belgia stor.

Forholdet mellom utsendingsdirektivet og allmenngjøringsloven kan dermed sies å være mindre tett enn det fremstår. Det er nok holdepunkter for å si at direktivet spiller en passiv rolle i Norge, og at uten allmenngjøringslovens aktive rolle, vil ikke direktivet oppnå sitt formål. Allmenngjøringsloven går dermed vesentlig lenger enn det utsendingsdirektivet gjør. Effektiviteten i lovverket gjør seg til kjenne gjennom behovsprøving, slik at allmenngjøringsloven hjemler konkrete tiltak for å oppnå både lovens og direktivets formål.

7. VEIEN VIDERE

Utsendingsdirektivet som et minimumsdirektiv har høstet kritikk for å være ineffektivt. I bransjer med høy tariffdekning vil minimumsrettighetene i verste fall føre til sosial dumping. Kritikken har særlig kommet fra arbeidstakerorganisasjonene. Som en konsekvens av dette fremmet Europakommisjonen et endringsforslag i 2016. Sommeren 2018 vedtok rådet de foreslåtte endringene, og de ligger nå til undertegning.

De viktigste punktene i endringen er at det skal etableres et prinsipp om «lik lønn for likt arbeid på samme sted». Lønnsbegrepet skal endres fra «minstelønn» til «lønn og annen godtgjørelse», noe som er et skritt vekk fra dagens minimumsbeskyttelse og i retning likebehandling.

I tillegg kommer det inn en ny regel om at hvis utsendingsperioden varer over 18 måneder, skal alle de arbeidsrettslige reglene i vertslandet, unntatt regler om stillingsvern, konkurranseklausuler og pensjonsordninger, gjelde for den utsendte arbeidstakeren. Dette betyr at hvis det allerede på utsendingstidspunktet blir klart at oppholdet vil vare mer enn 18 måneder, skal reglene i vertslandet gjelde fra første dag.

Varslinger om arbeidsmiljø og faktaundersøkelser

Av advokat Benjamin Törnroos og advokat (H) Sigrun Sagedahl
sigrun.sagedahl@projure.no og benjamin.tornroos@projure.no



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



Benjamin Törnroos er advokat i Projure Advokatfirma. Hans hovedarbeidsområde er arbeidsrett, hvor han bistår både arbeidsgivere og arbeidstakere.

Undersøkelser viser at samfunnsnyttene av varslinger er stor, og vi har mange kjente store saker som avdekker alvorlige straffbare handlinger som f.eks. korrupsjon. De fleste varslinger gjelder imidlertid dårlig arbeidsmiljø eller destruktiv ledelse, som selvsagt også kan være veldig alvorlig for de som er involverte. Men noen ganger misbrukes varslingsreglene av ansatte som ønsker omkamper om saker der man er uenig med ledelsen, og/eller i egen personalsak. Det er særdeles viktig at den som undersøker varslingssaker, har inngående kunnskap om disse grensene og om andre hensyn som er viktige å ivareta.

Advokat Benjamin Törnroos og partner/advokat (H) Sigrun Sagedahl, begge i advokatfirmaet Projure, har gjennomført flere faktaundersøkelser i forbindelse med varslinger fra ansatte, og tar i denne artikkelen opp noen av de hensyn som må ivaretas.

1. NÅR GJELDER VARSLINGSREGLENE I ARBEIDSLIVET?

Reglene om varsling i arbeidslivet er i dag inntatt i arbeidsmiljølovens kap. 2A, som fastsetter at arbeidstaker og innleid har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold», og at fremgangsmåten ved varslingen må være «forsvarlig».

Kapittelet fastsetter også at gjengjeldelse mot en varslar er forbudt, og det har bestemmelser med krav til utarbeidelse av varslingsrutiner.

I november 2016 nedsatte regjeringen et utvalg for å foreta en helhetlig gjennomgang av varslingsreglene for å vurdere om det var behov for endringer eller andre tiltak. Regjeringen ønsket at hensynet til både den som varslar, og den eller de det varsles om, skulle bli tilstrekkelig ivaretatt. Frøstrup-utvalget la den 15. mars 2018 fram den offentlige utredningen «Varsling - verdier og vern, en utredning om varsling i arbeidslivet» (NOU 2018:6).



Varslingsutvalget peker i hovedkonklusjonen på at det kan være særdeles krevende for den som varsler, og at den som varsler i mange tilfeller finner det uholdbart å bli værende i arbeidsforholdet, selv om det er funnet kritikkverdige forhold og det har vært varslet på forsvarlig måte. Dette har vi også sett flere tilfeller av i media.

Utvalget sier de har erfart at reglene vi i dag har om varsling kan oppfattes uklare, og at det er behov for en presisering og utdyping i loven

snarere enn endring i reglens innhold. De helt sentrale begrepene «kritikkverdige forhold» og «forsvarlig fremgangsmåte» er ikke definert i lovteksten og kan derfor være vanskelig å forstå for både varslere og arbeidsgivere. Utvalget foreslår derfor en klargjøring slik at det blir enklere å forstå hvilke forhold varslingsreglene gjelder, og hvordan man bør gå fram når man varsler.

Selv om NOU 2018:6 har lavere rettskildevikt som såkalt «etterarbeider» til gjeldende lov, vil vi likevel fremheve at utvalget er tydelig på at klage

«Utvalget foreslår også at det, i samsvar med gjeldende rett, skal fremgå av loven at klage som kun gjelder misnøye med eget arbeidsforhold ikke i seg selv er grunnlag for varsling.»

på eget arbeidsforhold ikke omfattes av varslingsreglene, og vi siterer fra s. 14:

«Utvalget foreslår også at det, i samsvar med gjeldende rett, skal fremgå av loven at klage som kun gjelder misnøye med eget arbeidsforhold ikke i seg selv er grunnlag for varsling.» (vår understrekning).

For vår egen del har vi erfart at det kan være en vanskelig skjønsmessig grense mellom hva som er et generelt arbeidsmiljøproblem og den enkelte ansattes misnøye med egen situasjon. Det samme kan gjelde grensen mellom faglig uenighet og f.eks. spørsmål om det foreligger brudd på etiske retningslinjer. Vi erfarer også at enkelte ledere nærmest kan bli «lammet» av saker som egentlig ikke er varslingssaker, men ansattes omkamper om personalsaker, eller omkamper om forretningsmessige beslutninger.

På den andre siden ser vi også at arbeidsgivere ikke alltid tar inn over seg den sårbare situasjonen en varsler befinner seg i, og at både varslere og den de varsles mot, har behov for å bli ivarettatt. Vi er derfor positive til utvalgets forslag om at reglene bør tydeliggjøres, og at omsorgsplikten bør fremheves. Dette er særlig viktig siden utvalget har funnet at det typetilfellet det varsles mest om, er organisatoriske prosesser som kan ramme det psykososiale arbeidsmiljøet.

Utvalget foreslår også en egen lov om varsling, og at det oppnevnes et varslingsombud og en varslingsnemnd.

Som ledd i utredningsarbeidet ga utvalget Oslo Economics i oppdrag å vurdere om det var mulig å beregne samfunnsnyten av varsling. Deres funn og konklusjoner oppsummeres i utredningen s. 32 med at man takket være varsling har fått bedre arbeidsmiljø, bedre ivaretagelse av helse, miljø og sikkerhet, bedre kunde-/brugerbehandling og en mer velfungerende økonomi og høyere skatteinntekter enn vi ville hatt uten varsling. De

viser også til at avdekkingen av forhold gir en indirekte nytte ved å forebygge andre kritikkverdige forhold. De peker imidlertid på kostnadene med varsling, også i de tilfeller hvor det ikke har skjedd noe kritikkverdig.

Vår erfaring er at det er helt sentralt at det innledningsvis gjøres en forundersøkelse for å avdekke om det forholdet det varsles om, faller inn under begrepet «kritikkverdig» slik at videre behandling av en sak kan tilpasses.

2. NÆRMERE OM BEGREPET KRITIKKVERDIGE FORHOLD I AML § 2 A-1

Begrepet «kritikkverdige forhold» i arbeidsmiljøloven § 2 A-1 er som nevnt over ikke nærmere definert i lovteksten.

Det følger av forarbeidene til § 2 A-1, Prop. 72 L (2016-2017) at bestemmelsen i hovedsak tilsvarer tidligere bestemmelse i aml. § 2-4 som ble opphevet med det nye kapittelet 2A.

I forarbeidene til § 2-4, Ot.prp.nr. 84 (2005-2006) punkt 4.5.2.2. Kritikkverdige forhold, er det uttalt følgende:

«Hva som menes med kritikkverdige forhold er ikke helt klart.»

.....Det bør imidlertid tas utgangspunkt i Ot.prp. nr.49/2004-2005) s. 305 om hvordan begrepet «kritikkverdige forhold» skal forstås.

De kritikkverdige forhold det varsles om kan være relatert til for eksempel arbeidsmiljøet. Andre forhold det kan tenkes varslet om er ukultur, korrupsjon, ulovligheter samt uetisk eller skadelig aktivitet.

Dette betyr at for det første omfattes straffbare forhold (økonomisk kriminalitet, miljøkriminalitet, vold, brudd på helse-, miljø- og sikkerhetsregler, osv.). For det andre omfattes andre ulovlige forhold som ikke er straffbare. For det tredje omfattes antakelig brudd på andre etiske normer.

I samme Ot. prp. s. 50 uttales det:

«Begrepet kritikkverdige forhold gjelder for det første opplysninger om kriminelle (dvs. straffesanksjonerte) forhold og mislighold av andre lovbestemte påbud eller forbud. Det samme gjelder brudd med virksomhetens etiske retningslinjer. Her bør det imidlertid være tale om rutiner som er tydelig uttalte og som er nedfelt i skriftlige dokumenter som er gjort kjent for ansatte og ledelse. I tillegg omfattes alminnelige etiske standarder som det er bred tilslutning til i samfunnet. Hva som er kritikkverdig bør fortolkes i lys av at forholdene normalt bør ha en viss allmenn interesse før arbeidstaker kan gå ut med dem. Forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdige ut fra egen politisk eller etisk overbevisning omfattes dermed ikke av bestemmelsen.»

I Kommentartutgaven til arbeidsmiljøloven, 2. utgave 2013, Jan Fougner med flere, presiseres det at det er en nedre grense:

«Forarbeidene påpeker at det finnes en nedre grense for «kritikkverdige forhold», ved at «forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdige ut fra egen politisk eller etisk overbevisning», ikke omfattes. Det må her trekkes en grense mot uenighet om faglige spørsmål på arbeidsplassen, og

prinsippet om arbeidsgivers styringsrett i ledelse av arbeidet.

I rapporten «Monika-saken. Arbeidsgivers håndtering av Robin Schaefer's varsling» (2015), utarbeidet av advokatfirmaet Wiersholm, s. 75 er dette oppsummert slik:

«Ytringer som gjelder faglig uenighet faller ... utenfor varslingsreglenes anvendelsesområde. Uenighet om utøvelse av styringsrett, samarbeidsproblemer og krangler, faller som det klare utgangspunkt også utenfor.»

Som nevnt over vil uenighet om utøvelse av styringsrett, samarbeidsproblemer og krangler som hovedregel falle utenfor hva som anses som «kritikkverdige forhold» i varslingsbestemmelsen. Det er likevel en skjønsmessig grense mot forhold som kan anses som trakassering eller utilbørlig adferd, og som vil utgjøre et brudd på arbeidsmiljøloven § 4-3 (3), og da også vil kunne være et «kritikkverdig forhold».

3. KRAV TIL DET PSYKOSOSIALE ARBEIDSMILJØET – AML § 4-3(3)

Den relevante delen av denne bestemmelsen lyder slik:

«Hva som er kritikkverdig bør fortolkes i lys av at forholdene normalt bør ha en viss allmenn interesse før arbeidstaker kan gå ut med dem. Forhold som arbeidstaker mener er kritikkverdige ut fra egen politisk eller etisk overbevisning omfattes dermed ikke av bestemmelsen.»



«4-3. Krav til det psykososiale arbeidsmiljøet

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

Begrepet «trakassering» er heller ikke definert i lovteksten, og begrepet må tolkes på vanlig måte ved gjennomgang av rettskildene. I lovens forarbeider; Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 325 er det uttalt:

«Trakassering skal anses å finne sted når en uønsket adferd finner sted med den hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet,»

Som det fremgår her, er mobbing ikke inntatt som et eget begrep i arbeidsmiljøloven. Mobbing anses å være omfattet av begrepet «trakassering».

Arbeidstilsynet definerer trakassering og mobbing på følgende måte:

«Det er trakassering når en eller flere personer gjentatte ganger over tid blir utsatt for negative handlinger fra en eller flere personer. Dette kan for eksempel være uønsket seksuell oppmerksomhet,

plaging, utfrysing, fratakelse av arbeidsoppgaver, eller sårende fleiping og erting. Videre bør det være en ubalanse i styrkeforholdet, slik at den som blir trakassert må ha vanskelig for å forsvare seg. Vi snakker ikke om trakassering dersom to omtrent like sterke personer kommer i konflikt, eller når det dreier seg om en enkeltstående konfliktepisode.»

[...]

Mobbing og trakassering kan ha mange former. Blant annet å bli utelukket fra det sosiale nettverket på jobben, stadig bli forbigått eller oversett når oppgaver skal utdeles, bli uriktig eller overdrevet beskyldt for dårlig arbeid, eller ertet, fleipet med og latterliggjort.

Alle vil iblant oppleve slike forhold. Slike episoder er uheldige, men for å kalle det mobbing må det skje gjentatte ganger og over tid. Er det som skjer vondt og vedvarende, noe som ikke går over av seg selv, så skal det tas på alvor. Da er det lov - og rett - å si ifra.»

Denne beskrivelsen samsvarer med måten trakassering/mobbing er definert i rettspraksis.



I en dom fra Gulating Lagmannsrett, LG-2003-4666, uttales følgende om trakassering:

«Loven gir ingen hjelp ved vurderingen av hva som er trakassering og retten er derfor henvist til en konkret vurdering. Etter rettspraksis **kreves det klart klanderverdige forhold både med hensyn til hva som sies og gjøres, og når det gjelder betydningen for den ansatte.** For å holde arbeidsgiver ansvarlig må det således konstateres kritikkverdige forhold. Den som utviste dette må eller burde ha kjent til at dette var galt eller kunne skade, og at den annen part var sårbar. Det kreves bevis for enkelte episoder. En episode ikke er nok og ubehagelig oppførsel er heller ikke tilstrekkelig.» (vår utheving)

Fra Høyesteretts praksis kan vi f.eks. vise til Rt-1993-616, hvor førstvoterende viste til følgende definisjon av mobbing:

«f.eks. trakassering, plaging, utfrysing eller sårende erting og fleiping ... som forekommer gjentatte ganger **over en viss tidsperiode**».

Vi gjør oppmerksom på at begge disse sakene gjelder spørsmålet om hva som er terskelen for at en arbeidsgiver skal bli **erstatningsansvarlig** overfor den som er trakassert. Det er ofte i

denne sammenheng spørsmål om trakassering behandles i domstolen. Terskelen for erstatningsansvar er ikke nødvendigvis den samme som terskelen for hva som anses som et kritikkverdig forhold etter varslingsreglene.

Ingen ledere er perfekte. De fleste tar av og til en dårlig beslutning, eller de kan gjøre lederjobben dårlig. Dette er imidlertid ikke «kritikkverdige forhold» i varslingsreglenes forstand. Forhold det varsles om, som etter sin karakter ikke faller inn under varslingsreglene, bør behandles på ordinær måte av ledelsen. Det er viktig at ledelsen ikke blir styringslammet av «varslinger» som ikke gjelder «kritikkverdige forhold» slik begrepet defineres i § 2 A-1.

4. NÅR STYRINGSRETTEEN MØTER FORBUDET MOT GJENGJELDELSE

Det følger av arbeidsmiljøloven § 2 A-2 at gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler i samsvar med loven, er forbudt.

Beslutninger som i utgangspunktet anses å ligge innenfor styringsretten, kan bli vurdert som en gjengjeldelse hvis beslutningen faktisk er en

reaksjon på varslingen, og ikke ellers har en saklig grunn. Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden.

Miljøarbeider-dommen (LA 2009-57115) illustrerer dette. Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde varslet om kritikkverdig lederstil hos en av sine overordnede. Han ble etter dette strøket fra vikariater og turnuslister, og han ble senere også strøket fra en prosess om midlertidig ansettelse i en annen avdeling. Selv om behovet for og valg av vikarer i utgangspunktet ligger inn under styringsretten, la retten til grunn at vedkommende ikke ville ha opplevd en så stor utestengelse hvis det ikke var for varslingen. Vi ser av rettspraksis at det foretas en konkret vurdering av om arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at handlinger er saklig begrunnet i andre forhold.

5. FORSVARLIG VARSLING

Det er ikke rom for å gå grundig inn på dette temaet i denne artikkelen. Men vi ønsker å understreke at poenget med varsling er å nå fram til noen som har myndighet til å gjøre noe med forholdet, og poenget er at disse ikke må være kjent med forholdet fra før av. Det er etter vårt syn ikke forsvarlig hvis et varsel sendes ut til mange ansatte som ikke har noen innflytelse til å gjøre noe, for eksempel hvis det sendes ut til mange ansatte på samme nivå som en selv er på, eller til underordnede. Da bærer varslingen heller preg av å skape uro, eller kanskje til og med et forsøk på å inngå allianser mot den omvarslede.

6. GRUNNLEGGENDE RETTSPRINSIPPER I FORBINDELSE MED FAKTAUNDERSØKELSER

Mange virksomheter har i dag plikt til å ha, og har også, rutiner for varsling. Men det er ikke så ofte at disse rutinene inneholder noe konkret om saksbehandlingen etter at et varsel er mottatt.

Det finnes ingen egen lov som fastsetter saksbehandlingsregler for behandlingen av en varslingssak. Men vi har en del grunnleggende rettsprinsipper, herunder personvernlovgivningen

(kjent som GDPR) som gir både varsler, omvarslede og tredjepersoner rettigheter.

Advokater som er faktaundersøkere, bør også følge advokatforeningens retningslinjer for private granskninger så langt de passer i det konkrete tilfellet. Dette gir en stor sikkerhet for at saksbehandlingen vil være upartisk og rettfærdig for de undersøkelsen omhandler.

a. Upartiskhet og kompetanse

Det er helt avgjørende at de som undersøker en sak, enten man nå kaller det faktaundersøkelse eller granskning, er upartiske i forhold til varsler og den omvarslede.

Vår erfaring er at jo nærmere toppledelsen den omvarslede er, desto viktigere er det å få hjelp fra eksterne faktaundersøkere.

Faktaundersøkerne må ha kompetanse innen det tema det varsles om. Varsles det om brudd på arbeidsmiljøloven, bør undersøkerne ha god kompetanse både på å tolke denne loven, de bør være flinke til å avdekke faktum og dessuten være gode på den konkrete subsumsjonen (rettsregelens anvendelse på faktum).

I arbeidsmiljø saker er det ofte ulike oppfatninger om faktum. Faktaundersøkerne må derfor ha kompetanse om bevisbyrderegler.

b. Hensynet til kontradiksjon

Det er et grunnleggende rettsprinsipp at den som anklages for noe, skal få anledning til å bli kjent med anklagen og imøtegå den. Detaligraden av informasjon til den omvarslede, ikke minst tidspunkt for informasjon må avveies mot hensynet til selve undersøkelsen.

c. Hensynet til personvern - GDPR

Når det sendes et varsel, vil dette i arbeidsmiljø saker inneholde personopplysninger om varsleren (dennes vurderinger) og om den

omvarslede, og i begge tilfeller vil opplysningene være «registrert». Begge vil da ha vern etter personvernlovgivningen. Det samme gjelder tredje- personer som avgir «sine» personopplysninger i forbindelse med faktaundersøkelsen.

Det er ikke mulig å behandle alle sider av personvernopplysninger i denne artikkelen, men vi kan påpeke at utgangspunktet er at arbeidsgiver har taushetsplikt om personopplysninger om sine ansatte. Men i en varslingssak er det kryssende interesser mellom ulike verneverdige interesser: personvernet til alle involverte, det samfunnsmessige behovet for at ansatte skal tørre å varsle og gi riktig forklaring, risikoen for gjengjeldelse og ikke minst den omvarsledes rett til kontradiksjon. Det siste hensynet står særlig sterkt.

I arbeidsmiljø saker vil hovedinnholdet i varslingen ofte basere seg på uttalelser fra varsleren selv, eventuelt på henvisning til hva andre ansatte har opplevd. Når det ikke er mulig å finne andre dokumenterbare fakta, er vi av den oppfatning at det ikke er mulig å gjennomføre en faktaunder-

søkelse uten at de aktuelle ansatte står fram med navn og hendelse. Kontradiksjonsprinsippet tilsier at den omvarslede bør få innsyn i de episodene, eller i alle fall typetilfellene, vedkommende anklages for. Det må gjøres en konkret vurdering i hver enkelt sak der de kryssende rettslige hensyn avveies mot hverandre.

7. ARBEIDSGIVERS OMSORGSPLIKT FOR BÅDE VARSLER OG OMVARSELEDE

Når det varsles om dårlig arbeidsmiljø, er det allerede konflikt mellom noen ansatte. Vi ønsker å benytte denne anledningen til å minne om at arbeidsgiver har en omsorgsplikt, både overfor varslere som ofte kan være i en sårbar posisjon, men også overfor den omvarslede.

Selv om det omvarslede forholdet ikke etter sin karakter anses om et «kritikkverdig forhold» etter varslingsreglene, så har arbeidsgiver et initiativansvar overfor ansatte som måtte være i konflikt. Det er viktig at arbeidsgiver tar dette ansvaret og er tydelige på sine forventninger overfor ansatte, eventuelt henter inn profesjonell hjelp til å løse konflikter.

Ingen ledere er perfekte. De fleste tar av og til en dårlig beslutning, eller de kan gjøre lederjobben dårlig. Dette er imidlertid ikke «kritikkverdige forhold» i varslingsreglenes forstand.

GDPR i et HR-perspektiv – personopplysninger på arbeidsplassen

Av advokat Lise M. Østensjø Waage
lise.waage@eurojuris.no



Lise M. Østensjø Waage er partner i Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund AS og hun er firmaets personvernansvarlig. Hun arbeider ellers særlig med fast eiendoms rettsforhold og insolvens.

Alle arbeidsgivere behandler personopplysninger om de ansatte og plikter da, som ellers, å følge personvernregelverket. EUs personvernforordning, «GDPR», trådte i kraft i Norge 20. juli 2018 og skjerper kravene til håndtering av personopplysninger. Denne artikkelen gjennomgår praktiske konsekvenser av GDPR fra et HR-perspektiv.

1. OVERORDNET – PERSONVERN OG GDPR

Personvernregelverket gjelder kun når man «behandler personopplysningen». Det er derfor viktig å ha klart for seg hva «personopplysning» og «behandling» er. Med personopplysning menes «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar ...person», for eksempel bankkonto, fingeravtrykk eller alder. Også passeringsinformasjon fra adgangskontrollsystemer, føringer i timeregistreringssystemer og eventuelle arbeidsrettslige advarsler er aktuelle personopplysninger i arbeidsforhold.

En e-postadresse som inneholder ansattes navn (fornavn.etternavn@arbeidsgiver.no), vil også være en personopplysning.

GDPR sonderer mellom ordinære og «særlige kategorier av» personopplysninger, hvor sistnevnte er underlagt strengere krav. Dette gjelder blant annet opplysninger om sykdom og helse, etnisk opprinnelse, religion og straffbare forhold.

Arbeidsgivere bør merke seg at også opplysning om fagforeningsmedlemskap er «særlige» opplysninger. I dagligtale omtales slike opplysninger som regel som «sensitive personopplysningen».

«Behandling» av personopplysninger omfatter enhver tenkelig operasjon med opplysningene, for eksempel å samle inn, lagre, endre, slette eller å overføre opplysningene til andre. For å gjøre dette må man ha «behandlingsgrunnlag». Det kan være en avtale eller et samtykke, eller for eksempel at behandlingen er nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse.

En virksomhet kan aldri lovlig behandle personopplysninger i større utstrekning enn nødvendig. Videre plikter virksomheter å sikre at personopplysninger de behandler, er korrekte og tilgjengelige, og at de behandles konfidensielt.

2. KORT OM HVA SOM ER ENDRET OG KRAV TIL INTERNKONTROLL

GDPR skjerper kravene til bedriftenes egenkontroll, og har samtidig innført et skyhøyt bøtenivå for overtredelser. En del plikter fulgte allerede av personopplysningsloven av 2000. Erfaring viser imidlertid at de færreste bedrifter oppfylte kravene i den loven. For virksomheter som enda ikke har etablert dokumenterte personvern-rutiner, haster det med å få dette på plass.



Gjennom internkontroll plikter alle virksomheter å kartlegge egen bruk av personopplysninger, eksisterende rutiner og hva som eventuelt mangler. Bedriftene må sikre at de har behandlingsgrunnlag for personopplysningene de håndterer, og de må ha gode nok interprosedyrer. Fra et HR-perspektiv er det særlig viktig å kartlegge håndtering av ansattes og jobbsøkeres personopplysninger.

3. GDPR UNDER REKRUTTERING

Potensiell arbeidsgiver har behandlingsgrunnlag for å innhente informasjon om jobbsøkerne i den grad som er nødvendig og relevant for stillingen. Søker man etter barnehagemedarbeider eller advokatfullmektig, kan arbeidsgiver for eksempel kreve vandelsattest, men ikke at jobbsøker leverer bilde eller oppgir vitale mål. Motsatt antas det å være uproblematisk å kreve bilde og vitale mål i utlysning av stilling som fotomodell. Da vil man imidlertid neppe kunne etterspørre straffetutskrift.

Den som personopplysningene gjelder, skal informeres om dette. Jobbsøkere skal blant

annet informeres om hvilken informasjon som innhentes, hvordan personopplysningene lagres, hvem som er personvernansvarlig, lagringstid og om opplysningene deles videre. De nye personvernreglene legger større vekt på at informasjonen må være enkel og lettfattelig.

Informasjonen kan gis i utlysningstekst eller som henvisning til en personvernerklæring eller nærmere informasjon på virksomhetens nettsted.

Personopplysninger om jobbsøkerne kan aldri lagres i lengre tid enn nødvendig. Hva som er nødvendig lagringsperiode, beror på om den aktuelle søker ble ansatt eller ikke.

3.1 Jobbsøkere som ikke blir ansatt

Når én søker er ansatt, bortfaller arbeidsgivers grunnlag for å lagre søknadsdokumentasjon om de andre søkerne (som ikke nådde opp). Dette innebærer at alle kopier av søknader mv. må slettes. Sletteplikten gjelder alle medier, både dokumentasjon lagret på papir, elektronisk, på server eller eventuelt i e-postmapper.

Dersom arbeidsgiver ønsker å beholde en kandidats søknadsdokumenter etter at en annen er blitt ansatt, krever dette nytt behandlingsgrunnlag. I praksis sikres dette ved å be kandidaten samtykke til fortsatt lagring. Mange søkere ønsker dette, for å kunne komme i betraktning for fremtidige stillinger. Et slikt samtykke må være skriftlig, må angi avtalt lagringstid, og må angi at søker når som helst kan tilbakekalle samtykket.

3.2 Jobbsøkere som blir ansatt

For søkeren som ble ansatt, kan arbeidsgiver oppbevare søknadsdokumentene (CV, attester og vitnemål) i personalmappen gjennom hele ansettelsesforholdet. For annen dokumentasjon fra ansettelsesprosessen, avhenger lovlig lagringstid av hva som anses nødvendig. Dette må vurderes konkret. En kredittsjekk eller vandelsattest som er blitt innhentet, må normalt slettes ved ansettelsen. For slike opplysninger anses det tilstrekkelig for arbeidsgiver å dokumentere at slik informasjon er innhentet og klarert.

Er det innhentet referanser eller personlighets-tester, antas det normalt at dette kan lagres på

personalmappen ut prøvetiden. Slik dokumentasjon må altså slettes ved prøvetidens utløp. Dokumentasjonen anses ikke lenger relevant dersom den ansatte har fått fortsette ansettelsesforholdet etter prøvetidens utløp.

3.3 Krav til personvernrutiner hos arbeidsgiver

Arbeidsgiver må sikre at kun ansatte som er direkte involvert i rekrutteringsprosessen, gis tilgang til opplysninger om jobbsøkere. Tilgang må begrenses både til elektronisk dokumentasjon og papirbaserte søknader, slik at kun rekrutterende ledere og involverte HR-medarbeidere har innsyn. Arbeidsgiver må være ekstra påpasselig med sensitiv informasjon, for eksempel om straffbare forhold eller handikap. Arbeidsgivere bør ha rutiner for tilgangsbegrensning av søknadsdokumentene.

Videre bør bedriften ha rutiner for sletting av søknadsdokumentasjon etter gjennomført ansettelsesprosess (ref. punkt 3.1 og 3.2). Velger bedriften å innhente samtykke for fortsatt lagring, må man ha rutiner for oppfølging og sletting ved utløp av avtalt lagringstid.

Sletteplikten gjelder alle medier, både dokumentasjon lagret på papir, elektronisk, på server eller eventuelt i e-postmapper.



Dersom bedriften benytter et rekrutteringsbyrå, vil byrået sannsynligvis behandle personopplysninger på bedriftens vegne. I så fall anses rekrutteringsbyrået som «databehandler» for bedriften, og det må inngås en databehandleravtale. Avtalen skal sette rammene for rekrutteringsbyråets behandling av personopplysninger på virksomhetens vegne, og bør for eksempel sikre at byrået ikke kan selge kandidatens kontaktinformasjon til annonsører.

4. GDPR OVERFOR ANSATTE

Arbeidsavtalen gir arbeidsgiver behandlingsgrunnlag for å behandle de ansattes personopplysninger. Også her kan man kun behandle de personopplysninger som er nødvendige som følge av ansettelsesforholdet. Arbeidsgiver må for øvrig følge dokumentasjonskrav blant annet etter bokførings-, skatte- og folketrygdlovgivningen, og vil ha lovlig behandlingsgrunnlag også for dette.

4.1 Personalmappen

Informasjon om en ansatt lagres ofte i en personalmappe. Denne inneholder typisk arbeidsavtale, jobbsøknad og CV, referater fra medarbeider-

samtaler, kurs- og kompetansebevis, lønnsjusteringer og eventuelle arbeidsrettslige advarsler.

Utgangspunktet er at slik dokumentasjon kan lagres gjennom hele ansettelsesforholdet. For informasjon av negativ karakter, for eksempel arbeidsrettslige advarsler eller ilagt ordenstraff, må utgangspunktet likevel modereres. En advarsel kan ikke lagres om den er så gammel at den åpenbart ikke lenger kan gi grunnlag for restriksjoner mot den ansatte. Etter så lang tid har advarselen ikke lenger noen funksjon, og anses ikke lenger nødvendig for arbeidsgiver å lagre. En del virksomheter har rutiner om at advarsler skal slettes etter fem år, dersom det ikke i mellomtiden har kommet opp nye tilsvarende forhold. Dette antas å gi et greit utgangspunkt, men må vurderes konkret for det enkelte tilfellet.

4.2 Bruk av bilder av ansatte

Mange arbeidsgivere ønsker å presentere de ansatte med bilde på hjemmesiden og i markedsføringsmateriell. Siden dette sjelden er en nødvendig konsekvens av arbeidsavtalen, må

arbeidsgiver ha samtykke fra den ansatte til dette. Uten samtykke vil arbeidsgiver mangle behandlingsgrunnlag for å bruke bildet. I så fall risikerer arbeidsgiver bøter fra Datatilsynet.

Kravet om samtykke gjelder kun for profilbilder, dvs. portrett av en enkelt ansatt. Situasjonsbilder (der en ansatt er avbildet sammen med andre i jobbrelatert situasjon), krever i utgangspunktet ikke samtykke fra alle som er avbildet. Også her bør imidlertid arbeidsgiver utvise skjønn og sørge for samtykke dersom en ansatt er særlig i fokus.

For at et samtykke skal være gyldig, må det være frivillig avgitt, med informasjon om at samtykket når som helst kan tilbakekalles. En ansatt som ikke samtykker, skal ikke bli møtt med sanksjoner eller kritikk. Det kan stilles spørsmål ved om frivillighetskravet er oppfylt dersom arbeidsgiver ber den nyansatte signere ansettelsesavtale og samtykke samtidig. I en slik situasjon vil den ansatte kunne føle seg presset til å signere i frykt for ellers ikke å få jobben.

4.3 Tilgangsbegrensning og informasjon

Arbeidsgiver må sikre at bare ansatte som har saklig behov for det, har tilgang til andre ansattes

personopplysninger. Dette vil typisk være regnskaps- eller HR-medarbeidere. I praksis sikres dette ved å oppbevare eventuell papirdokumentasjon i avlåste skap, og å sørge for adgangsbegrensning også for elektroniske personalmapper og annen dokumentasjon.

De ansatte må informeres om hvordan arbeidsgiver behandler deres personopplysninger. Slik informasjon kan praktisk gis i en personvern-erklæring eller personalhåndbok. Arbeidsgiver må blant annet informere de ansatte om hvem som er virksomhetens behandlingsansvarlig (leder), eventuelt personvernombud, hvordan opplysningene sikres, hvor lenge de lagres, og om opplysningene deles.

Dersom det foretas logging eller overvåking av ansatte, er det særlig viktig å informere om dette. Dersom arbeidsgiver for eksempel har videoovervåking eller GPS-sporing av arbeidsbiler («flåtestyring»), er dette opplysninger de ansatte har krav på å få. Ved slik overvåking stiller også arbeidsmiljøloven krav til saksbehandlingsrutiner, drøfting med tillitsvalgte og varsling.

Av hensyn til informasjonssikkerhet er arbeids-

Arbeidsgiver må sikre at bare ansatte som har saklig behov for det, har tilgang til andre ansattes personopplysninger.

giver pålagt å ha sikkerhetslogg av IT-systemet. Slik logging begrenses som regel til å registrere brukers IP-adresse og på-/avloggingsaktivitet på system eller applikasjon. Både IP-adresse og påloggingsinformasjon er å anse som personopplysninger, og de ansatte må derfor varsles også om slik logging. Normalt lagres slik informasjon «anonymt» (uten å knyttes til en bestemt person) og slettes løpende, slik at man kun når det avdekkes et konkret sikkerhetsproblem, sjekker hvilken bruker problemet er knyttet til. I så fall må bedriften følge regelverket for innsyn i ansattes e-post / logget informasjon i henhold til arbeidsmiljøloven.

4.4 Rutiner for lagring

Arbeidsgivers innsyn i ansattes e-post eller private område på datamaskinen er svært strengt regulert både i personvernlovgivningen og arbeidsmiljøloven. Dette kan by på praktiske problemer dersom rutinene ikke er gode nok. Et praktisk tips er å ha rutiner om at all virksomhetsrelatert informasjon skal lagres på bedriftens fellesområde, og at firmaets e-postadresser kun skal benyttes til jobbrelatert korrespondanse. Dette sikrer at virksomhetssensitiv informasjon ikke kun er tilgjengelig for en enkelt ansatt, men for alle som måtte trenge den. Videre unngår arbeidsgiver merarbeid med å måtte gjennomgå den ansattes e-postkonto ved avslutningen av arbeidsforholdet, ref. punkt 5.1. Dersom den ansatte likevel skulle bruke e-postadressen til privat korrespondanse, bør dette lagres i en egen mappe merket «privat».

4.5 De ansattes innsynsrett

De ansatte har innsynsrett i egne personopplysninger og i egen personalmappe. De kan også kreve å motta alt arbeidsgiver har registrert om dem i «elektronisk, overførbart og lesbart format».

Dette kravet til dataportabilitet er nytt ved GDPR. Den ansattes innsynsrett er samtidig utvidet og omfatter nå også arbeidsgivers eventuelle interne notater og vurderinger. Arbeidsgivere bør derfor nå være mer bevisst enn tidligere på hva de lagrer.

Arbeidsgiver bør videre ha rutiner for håndtering av innsynsbegjæringer fra ansatte, med retningslinjer for hvem som er ansvarlig og hvordan begjæringene skal følges opp. Hva som skal utleveres, kan i noen tilfeller bero på en avveining mot forretningshemmeligheter og taushetsbelagt informasjon. Bedriftens rutiner for innsynsbegjæringer bør ivareta dette.

De ansattes rett til innsyn har også en IT-teknisk side: Virksomhetens IT-løsninger bør bidra til at etterspurte personopplysninger lett kan fremskaffes og leveres elektronisk til den ansatte. Også dette kravet til «innebygd personvern» er nytt ved GDPR.

5. GDPR NÅR ANSATTE SLUTTER

Når en ansatt slutter, opphører ansettelsesavtalen. I utgangspunktet bortfaller da arbeidsgivers behandlingsgrunnlag for å behandle vedkommendes personopplysninger. Arbeidsgiver er likevel pålagt å oppbevare en del dokumentasjon, blant annet etter bokføringslovgivningen. I tillegg kan arbeidsgiver ha «berettiget interesse» til å oppbevare informasjon, f.eks. ved tvist om oppsigelse eller avskjed, ref. punkt 5.2.

Det er viktig at bedrifter har gode rutiner for å slette dokumenter og sikre virksomhetsinformasjon når ansatte slutter.

5.1 Datautstyr og brukertilganger

Arbeidsgiver må senest siste arbeidsdag sikre at ansatte returnerer alt utstyr (mobil, PC, adgangs-



kort, nøkler, eventuelt firmakort mv.). Dette handler både om IT-sikkerhet og tilgangskontroll til virksomheten. Mange arbeidsgivere lar den som slutter, beholde telefon eller PC, gjerne uten å reflektere over sikkerhetsrisikoen ved dette. Skal dette være aktuelt, er det viktig at IT-leverandøren først sletter innholdet på sikker måte.

Den ansattes brukerkonti-/tilganger må også stenges når vedkommende slutter. Det bør legges inn fraværsmelding på e-postkonto med informasjon om nytt kontaktpunkt, for å sikre at ikke informasjon som sendes per e-post, går tapt. Kontoen og fraværsmeldingen må ifølge Data-tilsynet avsluttes etter en «kort periode». En periode på 1 måned anses helt klart akseptabel i den forbindelse.

Før den ansatte slutter, må arbeidsgiver sørge for at han eller hun gjennomgår e-postkonto og privat område på PC og sletter all privat informasjon. Like viktig er det å sikre at ingen virksomhetsrelatert informasjon kun er lagret lokalt hos den ansatte. Den ansatte må sørge for at all slik informasjon lagres på fellesområdet. Poenget

her er å unngå at det blir liggende informasjon på tidligere ansatts IT-utstyr som arbeidsgiver ikke får tilgang til.

Disse prosessene forenkles om den ansatte har fulgt rutiner om at alt som er firmarelatert skal lagres på fellesområdet. I så fall kan innhold på PC/telefoner slettes, uten at noe går tapt. Alternativt kan arbeidsgiver siste arbeidsdag be den ansatte bekrefte skriftlig at all privat informasjon er slettet. I så fall antas at terskelen for arbeidsgivers innsyn i den tidligere ansattes e-post / private område vil bli senket noe, ref. punkt 4.4. Prosedyrene for innsyn må likevel følges.

I tilfeller der det inngås sluttavtale med en ansatt, anbefales det at avtalen angir at all privat informasjon er slettet.

5.2 Personalmappen og bilder

Også personalmappen må gjennomgås og ryddes når en ansatt slutter. Mange arbeidsgivere synder her og oppbevarer mapper på alle tidligere ansatte, gjerne over flere tiår.

Utgangspunktet er at all informasjon som ikke er nødvendig, må slettes siste arbeidsdag. Dette gjelder blant annet den opprinnelige jobbsøknaden og CV, informasjon om fagforeningsmedlemskap og dokumentasjon om lønnsforhandlinger. Vi får ofte spørsmål om hvor raskt slik informasjon må slettes, og om dette må skje «på dagen». I praksis regnes det som tilstrekkelig om virksomheten sørger for dette «innen rimelig tid». I den grad man oppbevarer informasjon etter at en ansatt har sluttet, er det imidlertid ekstra viktig å sørge for at dette tilgangsbeholdes.

Eventuelle profil-/portrettbilder av de ansatte til bruk på hjemmeside e.l. må slettes når arbeidsforholdet avsluttes. Dette bør skje siste arbeidsdag, da det ikke kan legges til grunn at den ansattes samtykke fortsatt gjelder etter at ansettelsesforholdet er slutt. Situasjonsbilder kan man imidlertid normalt beholde (ref. punkt 4.2).

For annen informasjon må det vurderes konkret hva det er nødvendig og forsvarlig å beholde.

Er det grunn til å tro at det kan oppstå arbeidsrettssak om opphøret av arbeidsforholdet, må arbeidsgiver åpenbart kunne beholde personalmappen, med dokumentasjon om ureglementert fravær og arbeidsrettslige advarsler mv. I slike tilfeller har arbeidsgiver en berettiget interesse til å oppbevare dokumentasjonen frem til alle søksmålsfrister er utløpt. I tilfeller der ansettelsesforholdet er avsluttet ved avskjed, kan det argumenteres for at arbeidsgiver bør kunne beholde informasjon om dette i virksomhetens levetid, for å unngå risiko for at vedkommende skulle bli ansatt på nytt.

6. OPPSUMMERING

GDPR skjerper plikten til å ha en dokumentert internkontroll på personvernområdet. Alle virksomheter anbefales å ha skriftlige rutiner for de forhold som er gjennomgått i denne artikkelen. Advokatfirmaene i Eurojuris Norge bistår mange virksomheter med kartlegging og utarbeidelse av slike rutiner.

GRUNNPRINSIPPER FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER

- All behandling av personopplysninger krever *behandlingsgrunnlag*.
- Man kan aldri behandle personopplysninger i større omfang enn *nødvendig*.
- Man må sikre personopplysningenes *konfidensialitet, integritet og tilgjengelighet*.

Dette innebærer at

- o registrerte opplysninger må være korrekte (integritet)
- o opplysningene må ikke tilflyte uvedkommende (konfidensialitet)
- o opplysningene må være tilgjengelige når man trenger den (tilgjengelighet).

- Man plikter å dokumentere rutiner som sikrer at personvernet ivaretas – *dokumentert internkontroll*

Særlig uavhengig stilling

Av advokat Bjørn Jacobsen
bjacobsen@eurojuris.no



Bjørn Jacobsen begynte som ny partner i Svensson Nøkleby Advokatfirma i Drammen i januar 2018. Han har tidligere vært advokat/partner hos Brækhus Advokatfirma i Oslo, advokat i NHO Service og i advokatfirmaet Wiersholm. Bjørn Jacobsen har lang erfaring og spisskompetanse innen arbeidsrett.

1. INNLEDNING

Arbeidsmiljølovens karakter av sosial verneavgivning kommer klart til uttrykk i kapittel 10, som gjennomfører EUs arbeidsdirektiv (Direktiv 2003/88/EF) i norsk rett. Kapitlet regulerer blant annet arbeidstidens lengde, grenser for overtid, overtidsbetaling, daglig og ukentlig arbeidsfri, pauser, søndagsarbeid og nattarbeid. Grunntanken er å sette maksimale grenser for arbeidsbelastning, slik at arbeidstakerne sikres tilfredsstillende hvile og fritid. Regelverket er imidlertid komplekst og skaper ofte hodebry både for arbeidsgivere og advokater.

Høyesteretts dom i den såkalte reisetidsaken (HR-2018-1036-A) illustrerer kompleksiteten. Etter en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen samt behandling i tre instanser, er det fremdeles usikkert om reisetid for arbeidstakere som reiser på oppdrag for arbeidsgiver, er arbeidstid i lovens forstand.

Regelverkets kompleksitet og store betydning for arbeidsgivers utnyttelse av arbeidskraft, innebærer at unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 10-12 får stor betydning. Det fremgår av bestemmelsens første og andre ledd at hovedtyngden av bestemmelsene i kapittel 10 ikke kommer til anvendelse for arbeidstakere i *ledende eller særlig uavhengig stilling*. For slike ansatte gjelder kun bestemmelsene i § 10-2 første, andre

og fjerde ledd. Det vil si at arbeidstidsordningen ikke må utsette arbeidstakeren for «*uheldige*» fysiske eller psykiske belastninger. I tillegg gjelder det visse særrettigheter for arbeidstakere som arbeider om natten, er over 62 år eller har vektige velferdsgrunner. Denne artikkelen tar sikte på å belyse hva som menes med en særlig uavhengig stilling i arbeidsmiljølovens forstand.

2. HVA MENES MED SÆRLIG UAVHENGIG STILLING?

2.1 Arbeidsavtalen

Det er innledningsvis grunn til å understreke at hva som formelt sett er avtalt, ikke vil være avgjørende. Det at det fremgår av en arbeidsavtale at stillingen anses som særlig uavhengig, vil i høyden være et moment i helhetsvurderingen som skal foretas. Det avgjørende vil alltid være de reelle underliggende forhold.

Det er heller ikke et krav at det fremgår av arbeidsavtalen at stillingen er særlig uavhengig for at unntaksbestemmelsen skal kunne anvendes. Dersom det ikke er tatt inn en bestemmelse om uavhengighet i arbeidsavtalen, men arbeidstakeren reelt sett har en slik særlig uavhengig stilling, vil vedkommende ikke være omfattet av arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. Merk at arbeidsavtalen i en slik situasjon likevel kan inneholde bestemmelser om arbeidstid og overtidsbetaling som kan gi arbeidstaker rettigheter



tilsvarende lovens. Det er også verdt å merke seg at Arbeidstidsutvalget i NOU 2016:1 har foreslått at det skal fremgå av arbeidsavtalen at stillingen er særlig uavhengig (eller ledende) dersom unntaksbestemmelsen skal anvendes. Dagens borgerlige regjering har ikke fulgt opp dette forslaget.

2.2 Ordlyd og forarbeider

Ordlyden «særlig uavhengig stilling» tilsier at det skal nokså mye til før arbeidstakeren har en

tilstrekkelig grad av uavhengighet. Språklig sett tilsier ordlyden videre at arbeidstaker må kunne styre sin arbeidshverdag i ganske stor grad.

I Ot.prp. 49 (2004-2005) side 181 og 322 slås det fast at bestemmelsen er ment å omfatte arbeidstakere som «ikke har en ledende stilling», men som likevel «har overordnede og ansvarsfulle stillinger». Det er videre presisert at det ikke er tilstrekkelig å kunne kontrollere egen arbeidstid og/eller ha en fleksibel arbeidstid. For å kunne oppfylle kravet til

Det understrekes at det som formelt sett er avtalt, ikke vil være avgjørende. Det avgjørende vil alltid være de reelle underliggende forhold.

en særlig selvstendig stilling må arbeidstaker etter forarbeidene ha en «tydelig og åpenbar «selvstendighet» eller «uavhengighet» i hvordan og til hvilken tid arbeidsoppgaver organiseres og gjennomføres». På side 181 vises det i den forbindelse til NHOs høringsuttalelse:

«dette dreier seg om arbeidstakere som selv prioriterer sine oppgaver. De bestemmer selv hva de skal gjøre, hva som skal delegeres til andre, når arbeidet skal gjøres og hvordan arbeidet skal utføres.»

Uttalelsene i forarbeidene tilsier at det skal nokså mye til før en arbeidstaker kan sies å ha en særlig uavhengig stilling. Det illustreres ved at det er understreket at prosjektmedarbeidere som «utgangspunkt» ikke vil ha en slik særlig uavhengig stilling. Etter lovgivers oppfatning vil slike prosjektmedarbeidere som i utgangspunktet har stor frihet, reelt sett bli styrt av omgivelsene sine, og da spesielt utviklingen i prosjektet.

Det fremgår for øvrig av Ot.prp. 49 (2004-2005) side 322 at det ikke er ment å «ligge noe vesentlig annet i» begrepet «særlig uavhengig» enn i begrepet «særlig selvstendig» som ble benyttet i den tilsvarende bestemmelsen i 1977-loven. Forarbeider og rettspraksis etter 1977-loven vil derfor fremdeles være relevant.

Det fremgår av Ot.prp. nr. 41 (1975-76) at unntaksbestemmelsen for særlig selvstendige stillinger ble tatt inn som følge av høringsinnspill fra enkelte arbeidsgiverorganisasjoner og Forbruker- og administrasjonsdepartementet (som var engstelig for at samtlige statsansatte ville komme inn under arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser). Høringsinstansene mente at det var behov for å unnta mer enn bare ansatte i rent overordnede stillinger. NAF fremhevet at en rekke funksjonærgrupper selv vurderer og avgjør behovet for overtidarbeid, og at omfanget av

dette overtidsarbeidet er vanskelig å avgjøre på forhånd av arbeidsgiver. Høringsinstansene ga også uttrykk for at dette var arbeidstakergrupper med høy fastlønn eller med fast overtidsgodtgjøring.

Departementet foreslo deretter å utvide unntaksbestemmelsen fra kun å gjelde arbeid av ledende art til også å omfatte særlig selvstendige stillinger. Det er verdt å merke seg at de opprinnelige forarbeidene i svært liten grad drøfter innholdet i denne utvidelsen. I merknadene til forslaget til ny bestemmelse uttales det på side 59 følgende:

«Unntaket omfatter videre arbeidstakere som ikke innehar lederfunksjoner, men som likevel har overordnede og ansvarsfulle stillinger. Som eksempel på slike arbeidstakere kan nevnes en ansatt advokat i et forsikringsselskap. I grensetilfellene vil det være naturlig å legge avgjørende vekt på om vedkommende selv kontrollerer sin arbeidstid. En arbeidstaker som er underlagt fast kontroll med hensyn til arbeidstida, vil det således neppe være naturlig å unnta fra arbeidstidsbestemmelsene, selv om han har visse lederfunksjoner».

Det er etter min oppfatning rimelig å legge til grunn at lovgiver ikke ønsket å utvide unntaksbestemmelsen vesentlig. Lovgiver ønsket antagelig å unnta stillinger som har ansvarsområder og selvstendighet tett opp mot det lederstillinger typisk vil ha (konsernadvokat), men som ikke inkluderer ledelse av underordnede ansatte.

2.3 Rettspraksis

Tatt i betraktning unntakets store betydning for den enkelte arbeidstaker, foreligger det relativt lite rettspraksis om unntaksbestemmelsen. Høyesterett har ikke tatt stilling til forståelsen av bestemmelsen. Den sparsomme rettspraksisen er noe overraskende da en arbeidstaker i prinsippet kan rette et overtidskrav tre år tilbake i tid, noe som kan utgjøre et høyt beløp.



I gjennomgangen nedenfor er det trukket frem enkelte dommer. Utvalget er ikke uttømmende, men dommene illustrerer godt og på ulike vis en praktisk tilnærming til problemstillingen.

I RG-2013-1175 tok Gulating lagmannsrett stilling til om en seniorrådgiver for innkjøp i et oljeserviceselskap hadde en særlig uavhengig stilling. I motsetning til tingretten kom lagmannsretten til at seniorrådgiveren ikke hadde en særskilt selvstendig stilling. Arbeidsgivers anke til Høyesterett ble nektet fremmet. Arbeidstakeren var innplassert i en stillingsgruppe med fastlønn uten rett til overtidsgodtgjørelse, men med rett til seks ekstra fridager i året.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i uttalelsene i Ot.prp. nr. 49 82004-2005). Lagmannsretten gikk deretter gjennom stillingsbeskrivelsen til arbeidstakeren, men understreket at det var den «konkrete utføring av arbeidet» som var avgjørende. Lagmannsretten fant at arbeidstaker i praksis ble tilkalt i prosjekter, og at han ved slutføring av et prosjekt ble tilordnet et nytt prosjekt. Arbeidstakers oppgaver knyttet til kvalitetssikring

av leveranser innebar at han representerte bedriften utad, men at han ikke hadde fullmakt til å disponere rettslig eller økonomisk på vegne av arbeidsgiveren. Lagmannsretten la videre vekt på at oppgavene til arbeidstakeren ikke skilte seg nevneverdig fra oppgavene til andre i innkjøpsorganisasjonen, selv om han hadde en annen tittel og var innplassert i staben i konsernet.

Lagmannsretten uttalte deretter at retten spesielt la vekt på at arbeidstaker måtte ta de oppdrag han ble tildelt, og at han ikke styrte oppdragene eller oppdragsmengden. Han kunne heller ikke gi oppgaver til andre, og han hadde ikke mulighet til å be om bistand uten at dette var klart med prosjektledelsen. Lagmannsretten konkluderte med at oppgavene til arbeidstaker var prosjektstyrt og dermed også tidsstyrt:

«fastsatte milepæler i prosjektet var bestemmende for kva oppgaver som måtte løysast til ei kvar tid»

At arbeidstakeren kunne stoppe farefullt arbeid eller stoppe arbeid på grunn av andre avvik, kunne etter lagmannsrettens oppfatning ikke føre til at han hadde en særlig uavhengig stilling.

Lagmannsrettens drøftelse må sies å samsvare godt med uttalelsene i forarbeidene. Dommen viser at det skal nok så mye til før en arbeidstaker kan sies å ha en særskilt uavhengig stilling dersom vedkommende arbeider i prosjekter:

Hålogaland lagmannsrett tok i RG-2008-1204 også stilling til et krav om overtidsbetaling. Arbeidsgiver drev elektrisk installasjonsarbeid og rettet seg særlig inn mot slik installasjon på flyplasser. Arbeidstaker hadde arbeidet seg opp i bedriften fra stillingen som hjelpearbeider. Han tok fagbrev som elektromontør i bedriften før han etter hvert gikk over i stillingen som ingeniør/prosjektleder med spesielt ansvar for flyplassbelysning. Lagmannsrettens flertall konkluderte med at han ikke hadde en særskilt selvstendig stilling.

Etter en gjennomgang av uttalelsene i forarbeidene, viste lagmannsretten til en uttalelse fra Arbeidstilsynet om tilsynets praktisering av bestemmelsen:

«Når det gjelder graden av selvstendighet har Arbeidstilsynet vektlagt at arbeidstakerne selv må kunne vurdere og avgjøre behovet for egen arbeidsinnsats og stå relativt fritt til selv å bestemme når de skal arbeide. Vi har således lagt til grunn at denne

type ansettelsesforhold vil ha klare likhetstrekk med selvstendige oppdragstakere. Det vil for eksempel omfatte arbeidstakere som selv i stor grad kan påvirke sine arbeidsoppgaver og arbeidstakere som har et selvstendig ansvar i virksomheten og som i den forbindelse kan treffe selvstendige avgjørelser.»

Lagmannsretten la til grunn at Arbeidstilsynets praksis hadde rettskildemessig betydning da tilsynet etter 1977-loven var tillagt tvisteløsningsmyndighet på området. Etter 2005-loven har Arbeidstilsynet kun en veiledende rolle. Uttalelsen fra Arbeidstilsynet gir et signal om at Arbeidstilsynet har praktisert unntaket meget strengt. For ordens skyld understrekes det at det foreligger en god del praksis fra Arbeidstilsynet. Formatet for denne artikkelen tillater ikke en nærmere gjennomgang av denne praksisen.

Lagmannsretten la til grunn at arbeidstaker brukte ca. 30 % av arbeidstiden på å kalkulere anbud. Beregningene ble forelagt daglig leder, men daglig leder kontrollerte i liten grad beregningene. Daglig leder begrenset seg til å avgjøre hvilken fortjenestemargin virksomheten skulle legge seg på i anbudene. Arbeidstaker hadde derimot ingen myndighet til å avgjøre om bedriften skulle inngi

Språklig sett tilsier ordlyden «særlig uavhengig stilling» at arbeidstaker må kunne styre sin arbeidshverdag i ganske stor grad.

anbud. Lagmannsrettens flertall mente at arbeidet med å kalkulere anbud var rutinepreget.

Underforstått synes det som om lagmannsrettens flertall har ment at dette trakk i retning av at stillingen ikke var unntatt arbeidstidsbestemmelsene i loven. Dette er noe overraskende da arbeidstaker synes å ha utført arbeidet selvstendig og uten nevneverdig kontroll eller instruks. Anbudskalkulasjonene var også svært viktige for bedriftens økonomiske resultater.

De øvrige 70 % av tiden brukte arbeidstaker på å følge opp prosjekter på flyplasser. Han var ofte, men ikke alltid, prosjektleder for prosjektene. Arbeidet besto både i å delta på møter med Avinor (oppdragsgiver) og i fysisk montørarbeid. Lagmannsretten fant at arbeidstaker hadde liten grad av selvstendig beslutningsmyndighet, særlig fordi tekniske spesifikasjoner og fremdrift var fastsatt i anbudsdokumentene. At arbeidstakeren hadde myndighet til å fremme krav for tilleggsarbeider på vegne av bedriften, synes lagmannsrettens flertall å legge liten vekt på. Lagmannsretten oppsummerte arbeidstakers rolle til å være en slags arbeidsformann for montørene og underentreprenørene.

Retten trekker frem arbeidstakers mulighet til å påvirke arbeidsoppgaver, utførelsen av disse, tidspunkt for utførelsen av arbeidsoppgavene, faktisk beslutningsmyndighet og graden av «overordenhet».

Lagmannsrettens flertall la videre vekt på at arbeidstakeren hadde en normalarbeidstid fra kl 07.30 til 15.30. Selv om han hadde mulighet for å avspasere, ble denne muligheten i liten grad benyttet på grunn av stort arbeidspress. Dette er vel for øvrig en virkelighet svært mange ledere og andre ansatte med utpreget selvstendige stillinger vil kjenne seg igjen i. Lagmannsrettens flertall fant at arbeidstiden var styrt av prosjektets fremdrift, ikke av arbeidstakers egne vurderinger eller ønsker om når det var ønskelig eller hensiktsmessig å arbeide. Flertallet fant det heller ikke avgjørende at arbeidstakers fastlønn i alle fall opprinnelig tok høyde for at arbeidstaker ikke skulle ha rett til overtidsbetaling.

Av nyere rettspraksis foreligger det blant annet tre tingrettsavgjørelser av interesse.

Oslo tingrett fant i TOSLO-2014-135604 at en medarbeider i Carnegie hadde en særlig selvstendig stilling, og at hans krav på overtidsbetaling derfor ikke kunne føre frem. Rettens drøftelse skiller seg på enkelte punkter fra tilnærmingen lagmannsrettene la til grunn i ovennevnte saker.

Arbeidstaker var ferdig utdannet fra NHH i 2008.



Etter tre år som aksjeanalytiker begynte han som medarbeider i Investment Banking/Corporate Finance-avdelingen til Carnegie. Arbeidstaker må følgelig sies å være nokså ung og uten særlig lang yrkeserfaring da konflikten oppstod. Arbeidstaker var en av ca. 20 medarbeidere i avdelingen. Det fantes ingen stillingsinstruks eller beskrivelse, og arbeidstaker hadde ingen særskilt tittel. Retten la til grunn at bedriften hadde en utpreget flat struktur, og at arbeidstakers oppgaver og ansvar i stor grad var avhengig av arbeidstakers tidligere erfaring med den enkelte kunde eller bransje. Selv om han hadde kort ansiennitet, var oppgavene og ansvaret nokså likt det de øvrige medarbeidere hadde i avdelingen. Oppgavene var kunderettet og innebar innsalg av og oppfølging av ulike transaksjoner.

Det som er særlig interessant, er tingrettens uttalelser om ytre rammebetingelser:

«Retten understreker at det at arbeidsforholdet styres av ytre rammebetingelser som i noen grad begrenser arbeidstakerens mulighet til å styre arbeidstiden selv, er ikke ensbetydende med at stillingen ikke er særlig uavhengig i bestemmelsens

forstand. Det er de indre rammebetingelser, og hvor stramme disse er, som er avgjørende for om unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.»

Det er vanskelig å forstå hva retten egentlig legger i dette, og hva som egentlig menes med indre rammebetingelser. Etter undertegnedes oppfatning bærer avgjørelsen preg av at finansbransjen er spesiell og på mange måter skiller seg fra store deler av arbeidslivet for øvrig.

Drammen tingretts tilnærming i TDRAM-2015-106508 avviker markant fra Oslo tingretts tilnærming. Spørsmålet i saken var om en tidligere salgssjef i et firma som leverte medisinsk utstyr til sykehus, hadde en ledende eller særlig uavhengig stilling. Retten fant at han verken hadde en ledende eller særlig uavhengig stilling.

Retten tok utgangspunkt i at unntaksbestemmelsen tar sikte på arbeidstakere i overordnede og ansvarsfulle stillinger. Retten la til grunn at han i sin arbeidshverdag i stor grad styrte sin arbeidstid og reisevirksomhet. Det var ikke bestridt at han hadde fullmakt til å bestille varer, og at han hadde

omfattende kundekontakt. Det var også enighet om at hans kollega i liten grad kontrollerte eller overprøvde arbeidstakers arbeid. Dette var likevel ikke avgjørende for tingretten:

«Det kan således ved vurderingen av om stillingen til A er ledende eller særlig uavhengig ikke legges avgjørende vekt på at A selv planla sine egne arbeidsoppgaver, reise og til en viss grad arbeidstid. A sin arbeidsbyrde og behovet for arbeidsinnsats ble uansett styrt av ytre omstendigheter som kundeetterspørsel, fremdriften i større installasjonsprosjekter og lignende».

Retten la til grunn at det var et stort arbeidspress i bedriften, og at alle aktiviteter skulle registreres i programmet «SuperOffice», slik at bedriften til enhver tid var oppdatert på den ansattes gjøremål. Retten synes også å ha lagt noe vekt på at lønnsnivået var moderat sett opp mot arbeidstakerens betydelige arbeidsinnsats. I motsetning til avgjørelsen fra Oslo tingrett legger Drammen tingrett her listen svært høyt for når en arbeidstaker skal sies å ha en særskilt selvstendig stilling.

Den siste dommen som skal omtales, avsa Sandefjord tingrett sommeren 2018 (TSAFO-2017-155167). Arbeidstakeren fremmet i saken krav om overtidsbetaling, men fikk ikke medhold av retten. Arbeidstakeren arbeidet ved Torp-avdelingen til et bilutleieselskap.

Det var uenighet mellom partene om arbeidstaker var ansatt som «Station Manager» eller som en vanlig bilutleier. Arbeidsavtalen ga ingen veiledning. Rettens flertall fant at arbeidstakeren reelt sett hadde fungert som avdelingsleder, og at han hadde en særlig selvstendig stilling.

Retten la vekt på at han i hovedsak var den eneste som arbeidet på avdelingen på Torp. Han hadde ansvaret for å løse problemer med kundene

og hadde for øvrig opplæringsansvar for andre arbeidstakere ved avdelingen. Flertallet mente at det var ingen som bestemte hva eller hvordan arbeidstakeren skulle skjøtte sitt arbeid. Retten la vekt på at arbeidstakeren hadde lønn på nivå med Station Managere i andre bilutleieselskaper og på et høyere nivå enn en vanlig bilutleier.

Retten la videre vekt på at han kun i begrenset utstrekning pliktet å følge instruksjoner og rapporter til arbeidsgiver. Han hadde blant annet i praksis selv tatt beslutningen om at utleiebiler ikke skulle ha påklestret reklame for bilutleieselskapet til tross for at hans overordnede hadde gitt instruks om det motsatte. Arbeidstaker mente dette ville føre til færre kunder og fjernet derfor reklamen. Retten viste også til at arbeidstaker i flere tilfeller valgte å la være å fakturere kunder for manglende drivstoff for å bevare kunderelasjonen, eller fordi han var usikker på om tanken var full da bilen ble leid ut. Retten fant at han derfor fattet selvstendige beslutninger om hva han mente var best for virksomheten, og at han bare i begrenset grad hadde plikt til å følge instruksjoner fra arbeidsgiver.

Retten la videre vekt på at arbeidstaker selv i stor grad måtte vurdere behovet for egen arbeidsinnsats, og at han i praksis hadde stor grad av fleksibilitet. Det ble vist til at de fleste leieavtaler var booket på forhånd slik at han kunne legge opp dagen til flyene kundene kom med. Han hadde videre mulighet til å samarbeide med de øvrige bilutleiefirmaene vedrørende det praktiske knyttet til utlevering av biler. Retten fant at arbeidsgiver ikke forventet tilstedeværelse hele tiden, og at arbeidstaker hadde betydelig frihet til selv å planlegge sin arbeidshverdag.

Selv om stillingen som Station Manager for et bilutleiefirma på Torp i utgangspunktet må sies å være et godt stykke fra konsernadokatstillingen



forarbeidene bruker som eksempel, illustrerer avgjørelsen den konkrete helhetsvurderingen godt. Retten trekker frem arbeidstakers mulighet til å påvirke arbeidsoppgaver, utførelsen av disse, tidspunkt for utførelsen av arbeidsoppgavene, faktisk beslutningsmyndighet og graden av «overordenhet». Sammenligner man de tre tingrettsavgjørelsene, er det kanskje denne som treffer best på vurderingstemaet lovgiver så for seg.

3. OPPSUMMERING

Ordlyd, forarbeider og i alle fall hovedtyngden av rettspraksis gir klare holdepunkter for at unntaksbestemmelsen skal tolkes strengt. Om en stilling kan sies å være særlig uavhengig eller ikke, må avgjøres etter en konkret helhetsvurdering. Gjennomgangen ovenfor viser at det særlig skal

legges vekt på tre momenter:

- Er arbeidstaker plassert høyt i bedriftens hierarki?
- Kan arbeidstaker reelt sett påvirke egen arbeidstid?
- Har arbeidstakerne myndighet til å treffe beslutninger på vegne av virksomheten?

I tillegg vil det nok i praksis også legges vekt på lønnsnivå, selv om det i rettspraksis i relativt liten grad kommer direkte til uttrykk.

I praksis benyttes unntaket antagelig langt utover det som følger av loven. Det er derfor noe overraskende at spørsmålet ikke kommer opp oftere for domstolene.

Den vanskelige ytringsfriheten

Av advokat Dag Olav Riise
dag.olav.riise@ytterbol.com



Advokat Dag Olav Riise er partner i Advokatfirmaet Ytterbøl & Co AS. Advokatfirmaet har kontorer i Fredrikstad, Sarpsborg, Moss og Halden. Riise har fagansvar for arbeidsrett, men arbeider også blant annet med generell forretningsjuss, fast eiendom og arv og skifte.

1. INNLEDNING

I likhet med andre borgere har arbeidstakere grunnlovbeskyttet ytringsfrihet. Samtidig har de lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver. Lojalitetsplikten er ulovfestet, men det er sikker rett at den setter visse grenser for arbeidstakernes frihet til å ytre seg.

Det er ikke alltid klart hvor grensen går mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt. Dette må vurderes konkret i det enkelte tilfellet ut fra en rekke ulike momenter. Vi skal se nærmere på noen av disse momentene, og vi skal også gå gjennom noen eksempler på hvor grensen er trukket i praksis.

2. UTGANGSPUNKT OG BAKGRUNN

Begrunnelsen for ytringsfrihet er blant annet at det bidrar til en best mulig opplyst debatt og styrker demokratiet. Kjernen i lojalitetsplikten er at arbeidstakeren innenfor visse grenser skal ivareta arbeidsgivers interesser.

Arbeidstakere vil ha særlig innsikt i spørsmål som berører deres arbeid, og har derfor spesielt gode forutsetninger for å bidra til at relevante opplysninger og synspunkter kommer fram i debatten. For samfunnet er dette viktig fordi arbeidstakernes bruk av egen ytringsfrihet kan bidra til å avdekke ulovlige eller kritikkverdige forhold. I offentlig virksomhet kan ansattes bruk av ytringsfriheten bidra til å sikre at allmenhetens

interesser som «eiere» av virksomheten blir ivaretatt.

Behovet for et sterkt vern for ansattes ytringsfrihet både i privat og offentlig sektor ble særskilt framhevet da Grunnloven § 100 ble endret i 2004. Det rettslige utgangspunktet er at en arbeidstaker har lov til å uttale seg også om arbeidsgivers forhold, så lenge det gjelder uttalelser som ikke er beskyttet av taushetsplikt, og hvor det går fram at arbeidstakeren uttaler seg på egne vegne.

Sivilombudsmannen understreker i en prinsipputtalelse fra 2015 at dette også gjelder «ytringer som arbeidsgiver oppfatter som uønskede, uheldige eller ubehagelige».

Da Grunnloven § 100 ble endret i 2004, ble det understreket særskilt at arbeidsgivere må respektere ansattes ytringsfrihet i praksis. I forarbeidene heter det blant annet:

«Når departementet anbefaler en grunnlovsbestemmelse som innebærer at arbeidsgivere må tåle et visst nivå av offentlig kritikk fra egne ansatte, er dette samtidig et krav om at arbeidsgivere må lære seg toleranse for uenighet og kritikk – styrke sin «dannelse» – og lære seg å bruke motinnlegg og korrigerende ytringer som viktigste virkemiddel, fremfor arbeidsrettslige tiltak mot den ansatte.»



3. YTRINGER PÅ EGNE VEGNE

Ytringsfriheten gir ikke rett til å uttale seg på vegne av arbeidsgiver. Det er retten til å ytre seg **på egne vegne** som er beskyttet blant annet av Grunnloven § 100 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 10.

Arbeidsgiver kan bestemme både **hvem** som skal uttale seg, og **hva** som skal bli sagt når uttalelsen skjer på vegne av arbeidsgiver. Dette innebærer at en arbeidstaker ikke kan fremme sine egne

synspunkter offentlig på en måte som skaper tvil om hvorvidt vedkommende uttaler seg på vegne av arbeidsgiver.

3.1 Bruk av tittel mv.

Dersom det går fram av sammenhengen at det er arbeidstakerens egne synspunkter som fremmes, vil arbeidsgiver som hovedregel ikke kunne nekte arbeidstakeren å oppgi yrkestittel eller opplyse hvor vedkommende arbeider mv.

Ytringsfriheten gir ikke rett til å uttale seg på vegne av arbeidsgiver. Det er retten til å ytre seg på egne vegne som er beskyttet.



3. 2 Ulike grenser for ulike stillinger

Hvor sterkt lojalitetsplikten begrenser ytringsfriheten, vurderes ulikt avhengig av hvilken stilling det gjelder. Arbeidstakere i ledende stillinger og arbeidstakere som ofte opptrer på virksomhetens vegne utad, vil spesielt kunne ha begrenset adgang til å ytre seg på egne vegne om arbeidsgivers forhold. Ytringsfrihetskommisjonen skrev i 1999 om dette at «*prisen man betaler for nærhet til makten er følgelig redusert ekstern ytringsfrihet*».

Motsatt er det lagt til grunn at blant annet ansatte i vitenskapelige stillinger ved universiteter og høyskoler har en særlig utvidet ytringsfrihet. Høyesterett uttalte i 2011 at dette også gjelder frihet «*til å tale ledelsen eller andre midt imot*».

4. USANNE UTSAGN

I tilfeller hvor noen bevisst framsetter uriktige påstander om faktiske forhold beskyttes ikke dette av ytringsfriheten.

Det vil ikke være illojalt å framsette påstander

som senere viser seg å være uriktige dersom vedkommende har foretatt forsvarlige undersøkelser og har vært i aktsom god tro. For ytringer som har mer preg av meninger enn av påstander om faktiske forhold er ytringsfriheten særlig sterk.

5. INTERN KRITIKK OG TJENESTEVEI

Ytringsfriheten beskytter både interne og offentlige ytringer. Takhøyden vil ofte være større for «interne» ytringer, men det er ikke et krav om at den som ytrer seg offentlig først, skal ha tatt synspunktene opp internt.

Flere av klagenes til Sivilombudsmannen kommer fra arbeidstakere som har fått korreks med krav fra arbeidsgiver om at synspunkter skal fremmes «tjenestevei» og ikke offentlig. I de fleste av disse sakene får arbeidstakerne medhold hos ombudsmannen.

Hvis en arbeidstaker først har forsøkt forgesves å ta opp en sak internt, kan det i grensetilfeller imidlertid ha betydning for rettmessigheten.

Dette vil også kunne ha betydning for vurderingen av om en ytring har vern etter arbeidsmiljølovens varslingsbestemmelser, som ikke behandles i denne artikkelen.

6. HENSIKTENS BETYDNING

Den ansattes hensikt eller motiv for ytringen vil kunne ha betydning, samtidig som dette ofte kan være vanskelig å vurdere. Kravet til lojalitet innebærer IKKE at en arbeidstaker må godtgjøre at formålet har vært aktverdig, og det er både i juridisk teori og i lovforarbeider lagt til grunn at man bør være varsom med å legge for stor vekt på arbeidstakerens motiv.

Hvis det likevel er grunnlag for å konkludere med at et utsagn er framsatt med skadehensikt, vil det lett kunne bli bedømt som illojalt.

7. MULIGHETEN FOR SKADE

Risikoen for skade på arbeidsgivers interesser har stor betydning ved vurderingen. Sivilombudsmannen har flere ganger påpekt at det er de «legitime og saklige» interesser som skal beskyttes, og at han ikke har sett risiko for skade på disse i de aktuelle sakene. Det kan her være

forskjell på offentlig og privat virksomhet, fordi det i siste instans er allmenheten som er «eier» av offentlig virksomhet.

8. TIDSMOMENTET OG FORMEN MV.

Muntlige ytringer bedømmes ofte litt mindre strengt enn skriftlige. Det har også betydning om ytringen er spontan eller veloverveid.

Ikke alle kan uttrykke seg like elegant, og ytringsfriheten gjelder også for utsagn med uheldig form. Det kan likevel ha betydning for lojalitetsvurderingen hvilken form ytringen har kommet i, herunder om den bedømmes som unødig støtende eller har en spesielt kritisk eller polemisk tone.

9. YTRINGER OM ANNET ENN ARBEIDSGIVER

Hovedregelen er at en arbeidstaker kan ytre seg fritt om annet enn arbeidsgivers virksomhet uten at det krenker lojalitetsplikten, men det finnes unntak. Det er arbeidsgivers interesser som skal ivaretas, og det kan for eksempel tilsi begrensninger i at adgangen til omtale av arbeidsgivers forretningsforbindelser.

Hovedregelen er at en arbeidstaker kan ytre seg fritt om annet enn arbeidsgivers virksomhet uten at det krenker lojalitetsplikten, men det finnes unntak.

I en kjent sak fra 1982 opprettholdt Høyesterett avskjeden av en lektor som blant annet gjorde gjeldende synspunkter på rasespørsmål og raseblanding som ikke var i samsvar med lovverkets mål om å fremme menneskelig likeverd og toleranse. Høyesterett uttalte om læreren at det «også utenfor skolen må oppstilles visse grenser for hvorledes han kan uttale seg til offentligheten», og at både form, innhold og premisser hadde betydning for om han hadde brutt ned det omdømmet og den tilliten som var nødvendig for at han skulle være skikket som lærer.

10. NOEN EKSEMPLER

For å se hvordan de ulike hensynene veies opp mot hverandre i praksis, vil det være nyttig å se på noen eksempler på hvordan dette har blitt bedømt. Domstolene behandler sjelden saker hvor det ikke er gitt oppsigelse eller avskjed, slik at det i andre tilfeller særlig er Sivilombudsmannens uttalelser fra offentlig virksomhet som gir veiledning i konkrete saker.

10.1 Nedleggelse av skole

I en sak fra 2008 hadde en lærer engasjert seg offentlig i debatten om nedleggelse av skolen hun arbeidet ved. Hun skrev leserinnlegg og deltok på folkemøter og et ekstraordinært foreldremøte.

Grunnskolelederen i kommunen skrev i brev til rektor at lærere ikke skal delta aktivt i kampanjer for bevaring av sin skole. Brevet ble formidlet til lærerne, og rektor skrev også melding om at «lærernes meninger skal høres gjennom personalets kanaler». Da læreren ba om en klargjøring av grensene for hennes ytringsfrihet, svarte arbeidsgiver at det ikke var gitt noen instruks, pålegg eller sanksjoner i saken.

Sivilombudsmannen konkluderte med at læreren hadde vært i sin fulle rett til å uttale seg offentlig

og skrev blant annet følgende:

«Jeg har i flere uttalelser de senere år lagt til grunn at en arbeidsgiver ikke har adgang til å reagere på en ansatts ytringer, med mindre det foreligger en åpenbar risiko for skade på arbeidsgiverens legitime og saklige interesser. Offentlig ansatte har et vidt spillerom – både i form og innhold – for offentlig å gi uttrykk for sin mening, også om forhold på eget arbeidsområde og endog på egen arbeidsplass (..)

Eventuell skolenedleggelse har store konsekvenser for de ansatte, og spillerommet for å ta del i ordskiftet må derfor være stort. Lærernes synspunkter kan også være viktige for opplysningen av saken. Jeg viser i denne sammenheng til forarbeidene til grunnlovsendringen i 2004, NOU 1999: 27 side 129, der det heter:

«Hensynet til allmennheten er generelt en omstendighet som taler for stor ytringsfrihet for ansatte. Særlig er det viktig å ha for øye at kvaliteten på den offentlige debatt forringes når de som jobber konkret med de aktuelle sakene ikke får eller vil delta i ordskiftet – ikke minst gjelder dette offentlige ansatte.»

A har som ansatt på skolen særlig kunnskap om denne. (...)

Jeg kan forøvrig vanskelig se at de meninger A har gitt uttrykk for utgjør noen risiko for skade på kommunens eller skolens legitime og saklige interesser.»

Selv om kommunen anførte at arbeidsgiver ikke hadde nektet læreren å uttale seg, fikk handlemåten kritikk av ombudsmannen:

«Når grunnskolelederen i brev til A finner at det foreligger «særlig grunnlag» som kan begrunne begrensninger i ytringsfriheten i denne saken, og at kommunen derfor henstiller lærerne om å benytte «demokratiske kanaler», kunne det for mottakeren vanskelig forstås annerledes enn at



hun etter kommunens syn ikke kunne ytre seg fritt i den konkrete saken. (...) At ord som «instruks», «pålegg» eller «direktiv» ikke er brukt, og at det ikke er varslet eller brukt konkrete sanksjoner for å hindre A i å uttale seg, kan ikke endre inntrykket av at skoleledelsen forsøkte å hindre lærerne i å uttale seg på foreldremøtet.»

Det er i denne sammenheng av betydning at en arbeidstaker normalt vil legge stor vekt på arbeidsgiverens syn på hva de ansatte kan og ikke kan foreta seg.

10.2 Sykehjemslegens synspunkter på budsjettet

I 2013 uttalte en sykehjemslege seg kritisk om et forslag om kutt i omsorgsbudsjettet og mulig nedleggelse av sykehjemsplasser. Legen uttalte seg først til avisen og skrev deretter et leserinnlegg. Innlegget var undertegnet med vedkommendes navn samt «fastlege og sykehjemslege». Han fikk en skriftlig tilrettevisning, hvor det blant annet ble påpekt

at «faglig uenighet omkring interne prosesser bør søkes løst tjenestevei».

Leserinnelegget var signert med stillingsbetegnelsen, men ombudsmannen kom til at det etter en samlet vurdering ikke var grunn til å oppfatte innlegget som skrevet på vegne av kommunen, og at ytringene lå innenfor det som legen kunne argumentere med offentlig på egne vegne. Det var derfor ikke rettslig grunnlag for tilrettevisningen.

Uttalelsen er interessant blant annet fordi den vurderer særskilt betydningen av at ledere deltar i debatt om eget arbeidsfelt:

«Om ledere eller personer i stillinger med stor faglig tyngde opptrer illojalt ved å delta i den offentlige debatten med kritiske ytringer om eget arbeid eller fagområde, må vurderes konkret. As ytringer fremstod som saklige og relevante. Som utgangspunkt bør en sykehjemslege kunne ytre seg offentlig om spørsmål som har stor samfunnsmessig betydning innenfor eget arbeidsområde, også politiske prioriteringer.»

10.3 Kokkens leserbrev

En kokk på et supply-fartøy fikk i 2002 medhold av Gulating lagmannsrett i at det ikke var oppsigelsesgrunn at han i et leserinnlegg i en avis hadde kritisert rederiets disposisjoner i julehelgen. Lagmannsretten mente at innlegget framsto som en privat mishagsytring, og at det var lite sannsynlig at det ville føre til skade for arbeidsgiver.

10.4 E-post var avskjedsgrunn

Høyesterett behandlet i 2003 en sak hvor arbeidstakeren hadde fått avskjed blant annet fordi han hadde sendt en e-post med «grove beskyldninger» om alvorlige straffbare økonomiske forhold mot navngitte personer i ledelsen i et selskap hans arbeidsgiver hadde nær forbindelse med. Lagmannsretten konkluderte med at avskjeden var urettmessig, men Høyesterett var ikke enig. Høyesterett understreket at «*man (må) innen rimelige grenser akseptere kritiske ytringer både innad i en bedrift og utad*», men kom til at arbeidstakerens ytringer i denne saken likevel lå utenfor det akseptable.

Høyesterett la vekt på at beskyldningene «*helt savnet grunnlag i reelle forhold*», og at e-posten

innebar spredningsfare utenfor organisasjonen selv om beskyldningene «bare» ble sendt til andre innenfor samme konsern.

10.5 Facebook-innlegg

Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at skriftlige ytringer bedømmes litt strengere enn muntlige. Samtidig vet vi at terskelen for å ytre seg blant annet på Facebook kan være ganske lav for mange, og at formen kan være ganske direkte på sosiale medier.

Borgarting lagmannsrett behandlet i 2017 en sak hvor en polititjenestemann hadde fått avskjed på grunn av hans aktiviteter på Facebook. Retten påpekte at gyldigheten av avskjeden måtte bero på en vurdering av hensynet til den ansattes ytringsfrihet veid opp mot lojalitetsplikten i arbeidsforholdet. At ytringene var framsatt på Facebook kunne etter lagmannsrettens syn ikke føre til at arbeidstakerens ytringer ble bedømt mildere:

«A har anført at sjargongen på Facebook er røff og grovkornet og at dette må tillegges vekt med den konsekvens at ytringsrommet blir større. Lagmannsretten er ikke enig i det. De kravene som må stilles til politifolks atferd, er ikke annerledes på

Det har tradisjonelt vært lagt til grunn at skriftlige ytringer bedømmes litt strengere enn muntlige.



Facebook enn i andre sammenhenger der de ytrer seg overfor et større publikum.»

Også i denne saken ble spredningsfaren tillagt vekt:

«As ytringer, som har et stort omfang, er fremsatt i et forum med stort spredningspotensial. Etter at han ble gitt en advarsel av Det sentrale ansettelsesrådet, endret A sin profil på Facebook fra åpen til lukket. Det innebærer i utgangspunktet at det er færre som kan se innlegg og kommentarer på hans profil. Etter det opplyste har A omkring 2 000 venner på Facebook. Hans ytringer og kommentarer er følgelig tilgjengelige for et stort antall personer som igjen kan dele informasjonen. Det er således fortsatt tale om et stort forum med tilgang for mange mennesker. I et så vidt stort forum som det her er tale om, må A, som andre i politiet, utvise varsomhet med hvordan han uttrykker seg og omtaler grupper eller enkeltpersoner.»

Dommen ble anket til Høyesterett, men anken ble ikke tillatt fremmet.

11. OPPSUMMERING

Klarleggingen av hvor grensen går for arbeidstakeres rett til å ytre seg, må skje konkret basert på en rekke ulike hensyn, hvor også andre momenter enn de som er gjennomgått ovenfor vil kunne ha betydning. Vekten av de ulike momentene vil kunne variere, men utgangspunktet er at arbeidstakere har ytringsfrihet, og at arbeidsgiver ikke står fritt til å begrense denne. Dersom arbeidstakeren overskrider grensen, kan dette føre til advarsel og i mer alvorlige tilfeller oppsigelse eller avskjed.

Et generelt inntrykk er likevel at ganske mange arbeidsgiverrepresentanter fortsatt legger for stor vekt på hensynet til arbeidstakeres lojalitet til overordnede og til organisasjonen som sådan, og til at organisasjonen skal framstå strømlinjeformet utad. Til tross for uttalelsene ved revisjonen av Grunnloven i 2004 er det en jevn strøm av saker som viser at ulike former for reglementer og praksis med å reagere på ytringer begrenser ansattes reelle ytringsfrihet mer enn det er formelt grunnlag for.

Når er det nok?

Oppsigelse på grunn av mangelfull arbeidsutførelse

Av advokatene Nils Kristian Sveaas og Hans Erdvik
nks@advtofte.no og he@advtofte.no



Nils Kristian Sveaas er advokat i Advokatfirma Tofte DA i Kristiansand. Sveaas bistår både private og offentlige virksomheter med arbeidsrettslige spørsmål. Hans primære fagområder er arbeidsrett, kontraktsrett og tvisteløsning.



Hans Erdvik er advokat og partner i Advokatfirma Tofte. Han bistår en rekke private og offentlige virksomheter innenfor bl.a. selskapsrett, kontraktsrett og arbeidsrett. Han har også vært rådgiver i en rekke saker i tilknytning til arbeidsforhold.

I. BAKGRUNN

En arbeidsavtale bygger på prinsippet om ytelser-mot-ytelser. Arbeidstakeren mottar lønn i bytte mot å utføre nærmere bestemte arbeidsoppgaver for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har ikke bare rett til å kreve at arbeidsoppgavene faktisk blir utført. Som i ethvert annet avtaleforhold har arbeidsgiver også rett til å stille krav til selve kvaliteten på utførelsen av arbeidsoppgavene. Disse kravene kan komme til uttrykk direkte i arbeidsavtalen, som f.eks. krav om et bestemt resultat, eller de kan følge mer indirekte av arbeidsforholdet, f.eks. et krav om alminnelig god effektivitet og nøyaktighet.

På samme måte som dårlig økonomi hos virksomheten og alvorlige pliktbrudd kan føre til oppsigelse av arbeidstaker, kan også arbeidstakers mangelfulle arbeidsutførelse gi arbeidsgiver et saklig grunnlag for å gå til oppsigelse. Rettspraksis viser imidlertid at terskelen for å gå til oppsigelse på dette grunnlaget er relativt høy.

I denne artikkelen skal vi se nærmere på arbeidsgivers adgang til å si opp arbeidstakere på grunn

av mangelfulle arbeidsprestasjoner, og hvordan arbeidsgiver bør gå frem i slike saker. Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan komme til uttrykk på flere måter. Vi avgrenser mot arbeidstakers vilje til samarbeid og illojalitet samt tilfeller hvor arbeidstaker ikke innehar den kompetansen og de egenskapene han/hun har forsikret overfor arbeidsgiver ved ansettelsen.

2. NÆRMERE OM VILKÅRENE FOR OPPSIGELSE

2.1 Hva betyr «saklig grunn»?

Det grunnleggende kravet for å si opp en arbeidstaker er at det foreligger en *saklig begrunnelse*, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Dersom oppsigelsen ikke er saklig begrunnet, vil den være ulovlig.

Det kan ikke avgjøres generelt hva som anses som en saklig oppsigelsesgrunn. Det må gjøres en konkret vurdering av hver enkelt sak. Det betyr at en oppsigelse kan være saklig når det gjelder én arbeidstaker, men ikke nødvendigvis når det gjelder en annen. Dette kommer godt til uttrykk i en dom fra Høyesterett fra 3. juni 2009



– den såkalte «Webredaktørsaken». Saken gjaldt riktignok oppsigelse for et litt annet pliktbrudd enn det som er temaet for denne artikkelen, men utgangspunktet er det samme. Høyesterett uttalte følgende om kravet til «saklig grunn»:

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

opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»

Kravet til en skjønnsmessig og individuell vurdering gjør det av og til vanskelig å vite sikkert om det er tilstrekkelig grunnlag for å gå til oppsigelse. På den annen side gjør disse overordnede spørsmålene at det kan tas hensyn til den sosiale utviklingen i samfunnet ved vurderingen. Det som ble ansett som en saklig oppsigelse på 1960-tallet, trenger med andre ord ikke være det i 2018, og motsatt.

En oppsigelse må være saklig begrunnet, ellers er den ulovlig.

2.2 Når foreligger det en mangelfull arbeidsprestasjon?

Det første arbeidsgiver må ta stilling til, er om det i det hele tatt foreligger en mangelfull arbeidsprestasjon. At noe er mangelfullt forutsetter en eller annen form for avvik fra det som kan kreves og/eller forventes fra arbeidstakeren. Det er derfor nødvendig å kartlegge hvilke krav det kan stilles til arbeidstakerens arbeidsinnsats og/eller arbeidsresultat. Når disse kravene er klarlagt, kan det tas stilling til om, og i hvilket omfang, arbeidstakers arbeidsprestasjon avviker negativt.

Fordi arbeidsforholdet er et kontraktsforhold, må vurderingen av hvilke krav og forventninger som kan stilles til arbeidstaker, ta utgangspunkt i det som er avtalt mellom partene. Arbeidsavtalen er det mest sentrale dokumentet i denne sammenheng, men arbeidsoppgaver, krav og forventninger kan også være nærmere beskrevet i en egen stillingsinstruks.

Dersom arbeidsavtalen eller stillingsinstruksen ikke i tilstrekkelig grad inneholder en presis beskrivelse av de arbeidsoppgaver som ligger til stillingen, og hvordan disse skal utføres, må avtalen utfylles. Opplysninger om stillingen kan f.eks. fremgå av stillingsannonsen, arbeidstakerens søknadsbrev eller opplysninger gitt under ansettelsesprosessen. Flere virksomheter har også inntatt ulike krav og forventninger til arbeidsutførelsen i et felles arbeidsreglement.

I tillegg til virksomhetens interne dokumenter vil kravene til arbeidstaker også kunne fastlegges i medhold av lov, rettspraksis, bransjepraksis og rimelighetsbetraktninger. Sentralt her vil være arten av arbeidsoppgavene, stillingsnivå og lønn. Over tid vil disse momentene også få gradvis mer vekt på bekostning av arbeidsavtalen, som ofte vil være et flere år gammelt dokument.

2.3 Når kan den mangelfulle arbeidsprestasjonen gi «saklig grunn» for oppsigelse?

2.3.1 Avviket fra normalforventningen

Ikke enhver svikt i arbeidstakerens prestasjoner kan gi grunnlag for oppsigelse. Arbeidsgiver kan kun kreve en normal arbeidsytelse fra arbeidstaker. Det er avviket fra normalforventningen som er utgangspunktet for oppsigelsesvurderingen.

Spørsmålet om hvor stort avviket fra normalnivået må være før det berettiger oppsigelse, har vært behandlet i flere rettsavgjørelser, og utgangspunktet er klart – det skal mye til for å si opp en arbeidstaker på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner. En oppsummering av rettspraksis gis blant annet i Jan Fougner m.fl. – Arbeidsmiljøloven. Kommentaarutgave – 3. utgave side 897:

«Hva man kan forvente av arbeidsinnsats vil variere, men den må ligge betydelig under det normale før det kan reageres med oppsigelse.»

Tilsvarende i Atle Sønsteli Johansen m.fl. – Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis – side 714:

«Hvis oppsigelsen er begrunnet med sviktende arbeidsinnsats, må arbeidstakerens prestasjoner ligge markert under det en arbeidsgiver bør kunne regne med(...)»

Borgarting lagmannsretts dom av 19. mai 2008 kan også brukes som eksempel:

«(...) Oppsigelsene av C, B og A er alle begrunnet med mangelfulle arbeidsprestasjoner fra deres side. For at en oppsigelse på dette grunnlag skal være saklig, må det etter fast praksis være tale om en markert svikt i arbeidsprestasjonene, og denne svikten må ikke være helt forbigående. At det må være tale om en markert svikt, innebærer for det



første at mangelen må være påviselig. Den må kunne konstateres på grunnlag av de saksforhold lagmannsretten finner bevist. For det andre må det være tale om en tydelig svikt i forhold til hva arbeidsgiver med rette kan forvente på grunnlag av de arbeidsforhold som foreligger i bedriften.»

Det følger av det ovennevnte at det kreves et markert eller betydelig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse før det kan reageres med oppsigelse. Terskelen er med andre ord høy. Mindre avvik, f.eks. noe lavere effektivitet og enkelte slurv og

småfeil, vil normalt måtte aksepteres. Det er med andre ord ingen oppsigelsesgrunn at arbeidsgiver kan finne en bedre kvalifisert arbeidstaker.

Dette prinsippet ble nedfelt allerede i Frostating lagmannsretts dom av 10. november 1955. Saken gjaldt oppsigelse av en fabrikkarbeider i en ullvarefabrikk. Arbeidstakeren hadde eneansvaret for farging av ulltekstiler, og det oppstod fra tid til annen feil med fargingen av tekstilene, både med hensyn til fargekode og fargens holdbarhet. Etter arbeidsgivers oppfatning var det nødvendig

«Hvis oppsigelsen er begrunnet med sviktende arbeidsinnsats, må arbeidstakerens prestasjoner ligge markert under det en arbeidsgiver bør kunne regne med.»

å skaffe en fagmann med bedre kvalifikasjoner for å hevde seg i den stadig tøffere konkurransen. Ønsket om en bedre fagmann var imidlertid ikke en saklig oppsigelsesgrunn:

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

Et annet eksempel på grensedragningen mellom en saklig og usaklig oppsigelse er Eidsivating lagmannsretts dom av 19. januar 1996. Saken gjaldt en arbeidstaker som ble oppsagt fra stillingen som lagermedarbeider på grunn av mangelfulle registreringer av inn- og uttak fra lageret, samt mangelfulle varetellinger. Om arbeidstakerens ytelse uttalte lagmannsretten:

«(...) synes [det] på det rene at A, i forbindelse med vareopptelling sommeren 1994, ikke fulgte ledelsens instruksjoner om at alle varer skulle telles. (...) Etter vareopptellingen ble det avdekket at A dels hadde lest notater om antall gjenværende

av de forskjellige varetyper, istedenfor å telle hver enkelt enhet. På bakgrunn av dette ble det foretatt kontrolltelling som viste avvik fra As tall. Lagmannsretten legger til grunn at differansen dels skyldes feiltelling, dels ukurans og dels at A for enkelte kollis vedkommende unnlot å telle, og i stedet stolte på de tall som var notert om gjenværende antall. Dette er et forhold som må bebreides A.»

Etter arbeidsgivers oppfatning var arbeidstakerens ytelse til hinder for å drive lageret effektivt. Lagmannsretten tok ikke direkte stilling til denne påstanden, men konkluderte med at det ikke var grunnlag for noen oppsigelse:

«Ut fra en samlet vurdering av hva som er fremkommet, både når det gjelder pakking/forsendelse og telling av varer, finner lagmannsretten at As arbeidsprestasjoner nok ligger noe under hva arbeidsgiver kan forvente, men at svikten ikke er av en slik art og omfang at det er saklig grunn for oppsigelse (...).»

Selv om terskelen for oppsigelse på grunnlag av manglende arbeidsprestasjoner er høy, er det ikke snakk om noe vesentlighetskrav. Vesentlig kontraktsbrudd, herunder også vesentlig prestasjonssvikt, reguleres av andre bestemmelser i

Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er hvor alvorlig prestasjonssvikten er, både med hensyn til art og omfang.



loven, og vil etter omstendighetene kunne gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-16. Så strengt kan ikke kravet til oppsigelse forstås. Poenget må være at mangelfulle arbeidsprestasjoner ikke kan brukes som grunnlag for oppsigelse uten at det er klart at han/hun ikke lenger makter å fylle den stillingen han/hun sitter i.

At det ikke eksisterer noe vesentlighetskrav, kommer klart til uttrykk i Borgarting lagmannsretts dom av 13. mars 2013 («Kontorleders»):

«(...) Arbeidsprestasjonen må imidlertid ligge betydelig under det som arbeidsgiver bør kunne forvente, uten at det kan oppstilles noe krav om at arbeidsprestasjonen skal være vesentlig mangelfull.»

2.3.2 Relevante momenter i saklighetsvurderingen

En rekke ulike momenter vil spille inn ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn til å gå til oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner:

Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er hvor alvorlig prestasjonssvikten er, både med hensyn til art og omfang. For eksempel vil brudd på sentrale HMS-bestemmelser i virksomheten,

hvor det er risiko for eget eller andres liv og helse, være klart mer alvorlig enn manglende produktivitet. Tilsvarende gjelder omfanget av prestasjonssvikten. Desto større avvik det er snakk om, desto mer aktuelt er det å reagere med en oppsigelse.

En enkeltstående feil og mangel vil ofte ikke være tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. Et arbeidsforhold vil normalt være et langvarig kontraktsforhold. Arbeidsgiver må derfor ta høyde for at en arbeidstakers innsats og prestasjoner kan variere over tid. Men er det snakk om jevnlig og langvarig svikt, vil også mindre alvorlige prestasjonsmangler kunne berettigge oppsigelse.

Illustrerende er avgjørelsen fra Hålogaland lagmannsrett datert 26. mars 2010. Saken gjaldt avskjed av en deltidsansatt hotellresepsjonist som jevnlig gjorde en rekke feil av betydning for hotelldriften. Arbeidstakeren hadde blant annet flere ganger uriktig opplyst kunder om at hotellets rom var utleid, glemt å registrere inn gjester i hotellets datasystem og slått inn feil kontantbeløp i kassen. Lagmannsretten var ikke enig med arbeidsgiver i at den mangelfulle arbeidsytelsen



berettiget avskjed. Etter rettens syn var det imidlertid ikke tvil om at hotellet hadde saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet med oppsigelse:

«Det er lagmannsrettens inntrykk at A ikke behersket store deler av sine arbeidsoppgaver og at han heller ikke maktet å lære seg hvordan disse skulle utføres, spesielt gjaldt det oppgaver tilknyttet kasse og dataanlegg. (...) As arbeidsutførelse som beskrevet ovenfor utgjør arbeidsprestasjoner markert under det normale og det arbeidsgiver med rimelighet kan forvente.»

Ved vurderingen av om mangelfulle arbeidsprestasjoner kan gi saklig grunn til oppsigelse vil også virksomhetens størrelse og arbeidstakerens stilling være relevante momenter. Generelt skal det mer til å si opp en ansatt hvor de negative følgene av hans/hennes sviktende arbeidsprestasjoner uten større problemer kan avdempes av medarbeiderne. Motsatt dersom stillingen er sentral, selvstendig og uavhengig, som for eksempel en lederstilling. For slike stillinger er det i rettspraksis fastslått at det kan stilles særlig strenge prestasjonskrav. Et eksempel er Høyesteretts avgjørelse av 30. juni 1997.

Saken gjaldt avskjedigelse av selskapets administrerende direktør for økonomiske misligheter. Om kravet til ledere uttalte en samlet Høyesterett:

«Vilkåret for å gi en arbeidstaker avskjed er etter arbeidsmiljøloven § 66 nr 1 at arbeidstakeren "(...) har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen". Selv om bestemmelsen ikke uttrykkelig sonderer etter arbeidstakerens stilling, er det på det rene at det må stilles særlige krav til en leder. Det samme forhold vil altså lettere kunne anses som "grovt pliktbrudd" eller "vesentlig mislighold" når arbeidstakeren har en ledende stilling enn når det gjelder en underordnet, jf blant annet Rt-1993-300. Dette har sammenheng både med det særlige behovet for tillit til en leder, og med den signaleffekt en leders handlemåte har overfor andre ansatte.»

I tillegg til mer objektive vurderingskriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges ved vurderingen. Dette følger blant annet av Høyesteretts avgjørelse fra 10. desember 2003, som riktignok gjaldt fortrinnsrett og spørsmålet om arbeidstaker var

«skikket» for stillingen. Høyesteretts uttalelse har imidlertid overføringsverdi også for spørsmålet om oppsigelse på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner:

«(...) Jeg ser det som klart – slik også partene er enige om – at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstageren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen. Det kan for eksempel gjelde evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, eller overtalelsevner i relasjon til en stilling som selger. A anfører at personlige egenskaper ikke kan tas i betraktning utover dette. En slik forståelse av bestemmelsen er jeg ikke enig i. Hvis en arbeidstager for eksempel skaper store samarbeidsvansker, eller skaper et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte, må det etter min mening være relevant i vurderingen av arbeidstagerens skikket.»

I tillegg til personlig egnethet vil det også ha betydning for saklighetsvurderingen om arbeidstaker kan bebreides for den mangelfulle arbeidsprestasjonen. Her er det imidlertid viktig å være klar over at skyld ikke er noe vilkår for oppsigelse. Saklighetskravet er objektivt, og manglende arbeidsprestasjoner kan føre til oppsigelse selv om arbeidstakeren gjør så godt han/hun kan.

Men dersom arbeidstakeren kan bebreides, er dette imidlertid et viktig moment når det i det enkelte tilfellet skal vurderes om oppsigelsen er saklig begrunnet.

Graden av skyld hos arbeidstaker ble sentralt i den såkalte «Regnskapsfører»-dommen fra Borgarting lagmannsrett av 19. mai 2008. Saken gjaldt oppsigelse av tre kommunale mellomledere for mangelfull kontroll med forvaltningen av psykisk utviklingshemmedes midler, som igjen hadde ført til misbruk av kontoene. Lagmannsretten uttalte om dette:

«Samlet sett er det flertallets syn at B er betydelig å bebreide for måten han utførte arbeidet som seksjonssjef på. Hans fagansvar gjaldt spesielt tiltakene for funksjonshemmede i bydelen. Selv om disse tiltakene omfattet langt mer enn forvaltningen av beboermidler, er hans arbeidsområde så spesielt definert at det er der ansvaret for den mer detaljerte implementeringen av rutinene og kontroll naturlig hører hjemme.»

Et sentralt spørsmål i tilknytning til arbeidstakers mer subjektive forhold, er om svikten i arbeidsprestasjonene er av mer midlertidig eller permanent karakter. Dersom det til tross for opplæring og advarsler ikke er et realistisk håp om bedring,

I tillegg til mer objektive kriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges.

er det liten grunn for arbeidsgiver å vente på nye misligholdstilfeller før det gis oppsigelse. Også dette var tema i «Regnskapsfører»-dommen:

«Flertallet tilføyer at A gjennomgående har vist liten forståelse for at hennes arbeidsutførelse har vært mangelfull, slik at utsiktene til bedring av arbeidsprestasjonene fremsto som begrenset.»

2.3.3 Betydningen av arbeidsgivers forhold

Det følger av rettspraksis at også arbeidsgivers forhold har betydning for om en arbeidstaker kan sies opp som følge av mangelfull arbeidsutførelse. Selv om arbeidstaker har levert markert under normalforventningen, kan arbeidsgiver være avskåret fra å gå til oppsigelse dersom arbeidsgiver selv helt eller delvis er å bebreide. Det kan for eksempel være at arbeidsgivers opplæring eller instruksjoner er mangelfulle, at arbeidstakers arbeidsmengde er for stor, eller at arbeidsgiver svikter under manglende tilrettelegging av arbeidshverdagen.

Gjennom arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven har arbeidsgiver en rekke plikter overfor arbeidstaker. Sentralt i så måte er at det er arbeidsgivers ansvar å sette arbeidstaker i stand til å utføre de arbeidsoppgaver som ligger til stillingen. Dette kan utledes av lojalitetsplikten i kontraktsforholdet, men det foreligger også en lovfestet plikt for arbeidsgiver å tilrettelegge og gi opplæring når det gjelder sikkerhet, jf. arbeidsmiljøloven § 3-2, samt ved endringer i arbeidstakers arbeids situasjon, jf. § 4-2 annet ledd bokstav e.

Arbeidsgiver har også en plikt til å følge opp arbeidstakerne. Dersom arbeidsgiver merker at en arbeidstaker ikke presterer som forventet, bør dette tas opp med arbeidstaker på et så tidlig tidspunkt som mulig. En slik irettesettelse eller advarsel gir arbeidsgiver deretter et særlig ansvar for å legge til rette for at arbeidstakeren får mulighet til å rette opp i den mangelfulle arbeidsprestasjonen.

I saker om oppsigelse på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner er en vanlig innvending fra arbeidstaker at han/hun ikke tidligere er gitt noen advarsler. En saklig oppsigelse forutsetter imidlertid ikke at det er gitt en advarsel, verken muntlig eller skriftlig. Samtidig kan én eller flere advarsler for tilsvarende forhold være med på å underbygge oppsigelsesgrunnlaget. En gjennomtenkt og godt utformet advarsel innebærer at vedkommende ikke bare er gjort uttrykkelig oppmerksom på hvor langt arbeidspikten går, men også at han/hun vil bli sagt opp eller avskjediget dersom pliktene ikke overholdes fremover. Terskelen for oppsigelse er da noe lavere ved senere og gjentatte pliktbrudd.

Dersom advarselen gjøres skriftlig, vil den samtidig tjene som dokumentasjon på at arbeidsgiver har reagert på den mangelfulle arbeidsprestasjonen. Dersom arbeidstakeren velger å prøve gyldigheten av oppsigelsen for domstolene, vil slike skriftlige og tidsnære bevis ofte være sentrale beviser.

2.3.4 Interesseavveining

I saker som gjelder oppsigelse grunnet mangelfulle arbeidsprestasjoner – som i enhver annen oppsigelsessak – skal det foretas en interesseavveining. Kjernen i interesseavveiningen er virksomhetens behov for oppsigelse mot de ulemper oppsigelsen medfører for arbeidstakeren. I Høyesteretts dom av 13. desember 2011 ble vurderingstemaet beskrevet på følgende måte:

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

I interesseavveiningen vil det på virksomhetens side særlig være konsekvensene av misligholdet



som er sentralt. Dersom arbeidstakerens mangelfulle arbeidsprestasjoner påfører bedriften et økonomisk tap og/eller svekket renommé, vil dette trekke i retning av oppsigelse. Det samme gjelder dersom prestasjonssvikten påfører medarbeiderne en urimelig ekstrabelastning, eksempelvis gjennom overtid.

På motsatt side vil hensynet til arbeidstakerens alder, ansiennitet og sosiale hensyn være sentrale momenter. Lang ansiennitet i en virksomhet kombinert med høy alder tilsier at arbeidsgiver

må gi arbeidstakeren større slingsringsmonn og kan kreve noe lavere arbeidsytelse, likevel slik at dette naturligvis avhenger av hvilken stilling vedkommende har.

Ulike sosiale hensyn kan tilsi at det vil være en for streng reaksjon å gå til oppsigelse. Det kan for eksempel være at arbeidstakeren har et særlig tungt forsørgeransvar, og at utsiktene til ny jobb er små. Sykdom vil også kunne bidra til arbeidstakers byrde og bli utslagsgivende ved den endelige vurderingen av om oppsigelsen er saklig.

I tillegg til mer objektive kriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges.



Det vil normalt anses som en grov saksbehandlingsfeil å ikke foreta en helhetlig interesseavveining før oppsigelse gis. Det kan således være lurt å dokumentere denne skriftlig. Samtidig er det en kjensgjerning at personlige forhold har mindre vekt i saker om prestasjonssvikt enn ved oppsigelser på grunnlag av virksomhetens forhold.

Borgarting lagmannsretts dom av 13. mars 2013 («Kontorleder») er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse av en 56 år gammel kontorleder ved et museum, som på oppsigelsestidspunktet var alvorlig syk. Lagmannsretten opprettholdt imidlertid oppsigelsen:

«A har anført at hennes personlige forhold må tillegges vekt ved saklighetsvurderingen, og det er flertallet enig i. At A gjennomgikk en vanskelig periode med alvorlig sykdom og at hun er i en alder hvor det ikke er lett å skaffe seg ny jobb, er imidlertid ikke tilstrekkelig til å sette saklighetsvurderingen i et annet lys.»

2.4 Kort om oppsigelse i prøvetid

Normalt vil en arbeidstaker bli ansatt med en prøvetid på seks måneder i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-6, hvor det står:

«Blir arbeidstaker som skriftlig er ansatt på en bestemt prøvetid, sagt opp, må oppsigelsen være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet.»

Formålet med prøvetiden er, slik det indirekte følger av ordlyden, at arbeidsgiver skal få teste ut arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, hans/hennes faglige dyktighet og pålitelighet innenfor en bestemt tidsperiode på maksimalt seks måneder. Dersom det avdekkes mangler ved arbeidstakerens arbeidsprestasjon i denne perioden, vil det være lettere å gå til oppsigelse enn etter prøvetidens utløp. I rettspraksis er dette beskrevet som at terskelen for å gå til oppsigelse i prøvetiden er «noe – ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder», se f.eks. Høyesteretts avgjørelse av 24. januar 2011. I disse sakene er det også vanlig at domstolene viser varsomhet med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av om arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, anses som bevist og relevant.

Når prøvetiden er over, får den ansatte automatisk et fullt stillingsvern. Dersom arbeidsgiver har avdekket mangler ved arbeidsytelsen i prøvetiden, men ikke gått til oppsigelse, vil det normalt legges til grunn at arbeidsgiver har godtatt manglene. Særlig gjelder dette dersom arbeidsgiver ikke underveis i prøvetiden har opplyst arbeidstakeren om slike negative avvik. Noe mer enn et utgangspunkt er imidlertid ikke dette. Også her er «Kontorleder»-dommen illustrerende:

«I utgangspunktet må en ansatt etter prøvetidens utløp kunne regne med ikke å bli oppsagt på grunn av forhold som kunne ha vært avklart i prøvetiden, jf. Fanebust, Oppsigelse i arbeidsforhold side 217. Dette er likevel bare et utgangspunkt. Det må også i disse tilfellene foretas en konkret vurdering av om oppsigelsen har saklig grunn og i hvilken grad arbeidsgiver hadde muligheten for å avklare om arbeidstakeren har de nødvendige forutsetningene for å fylle stillingen.»

Arbeidsgiverens mulighet til å avdekke sentrale svakheter ved arbeidstakerens arbeidsprestasjoner vil naturlig nok variere etter arbeidsoppgavenes kompleksitet og stillingens selvstendighet. Fra «Kontorleder»-dommen kan det utledes at arbeidsgiver i slike tilfeller neppe vil være avskåret fra å gå til oppsigelse for forhold som først viser seg etter prøvetidens utløp. Samtidig er det naturlig at kravene til dokumentasjon i slike tilfeller er tilsvarende strengere. Det er derfor helt sentralt at arbeidsgiver har et bevisst forhold til prøvetiden og bruker denne aktivt til å vurdere om arbeidstakeren er egnet for jobben og/eller tilstrekkelig faglig dyktig.

3. HVORDAN SKAL ARBEIDSGIVER GÅ FREM?

Gjennomgangen over viser at det kan være utfordrende for arbeidsgiver å nå frem med en anførsel om markert prestasjonssvikt, og kravene

til dokumentasjon er strenge. Det er derfor avgjørende at arbeidsgiver har et bevisst forhold til å presisere krav og forventninger til arbeidsytelsen gjennom hele arbeidsforholdet, og at det i tilstrekkelig grad gjøres skriftlige notater i tilfeller hvor arbeidstakeren ikke når opp til kravene/forventningene.

Arbeidsgiver bør allerede ved ansettelsen sørge for god dokumentasjon av innholdet i stillingen. Arbeidsoppgaver, ansvarsområder og eventuelle resultatmål bør beskrives på en måte som gjør arbeidsinnsatsen målbar. I enkelte yrker er det enkelt å tallfeste kravene/forventningene, f.eks. gjennom salgstall, omsetnings- eller produksjonsmål. Andre ganger er det vanskeligere å uttrykke avviket fra normalforventningen matematisk. I sistnevnte tilfelle er det desto viktigere å bruke tid på å formulere hva som kreves av arbeidstakeren.

Et annet råd til arbeidsgivere er å benytte seg av den lovbestemte adgangen til å avtale prøvetid på inntil seks måneder. Som nevnt er terskelen for oppsigelse markert lavere i prøvetiden enn etter, da formålet nettopp er å teste ut arbeidstakerens evner.

En vanlig utfordring for arbeidsgivere er at irettesettelser og/eller advarsler gis muntlig, enten i et ad hoc-møte etter endt arbeidstid eller over telefon. Bevisverdien av slike samtaler er normalt lav, da det ofte blir ord mot ord. Når arbeidsgiveren ønsker å ta opp manglende arbeidsprestasjoner, bør det derfor rutinemessig innkalles til et møte med rimelig varsel, slik at arbeidstakeren har anledning til å forberede seg.

Alle slike møter bør oppsummeres i et skriftlig referat hvor begge parter kan gi sine innspill. For arbeidsgiver er det viktig å være tilstrekkelig konkret slik at arbeidstakeren gis en reell mulighet til å forbedre seg. Uttalelser om at



arbeidstakeren «gjør en dårlig jobb» eller «ikke fungerer», har tilnærmet ingen hensikt.

I tillegg til å dokumentere krav og forventninger og eventuelle avvik fra disse, er det viktig at arbeidsgiver også dokumenterer hvilken opplæring arbeidstakeren er tilbudt og/eller har gjennomført, eventuelt hvilke tilretteleggingstiltak som har blitt iverksatt for å avhjelpe arbeidstakeren. Dette er også relevant for bedriftens tilretteleggings- og opplæringsplikt, som er et gjennomgående tema i denne typen stillingsvern-saker.

Dersom arbeidstakeren har blitt gjort klar over at hans/hennes arbeidsytelse ligger markert

under forventningene/kravene, og det i løpet av en rimelig tidsperiode ikke har skjedd en merkbar forbedring, vil det kunne være grunnlag for oppsigelse. Forut for en skriftlig oppsigelse må arbeidsgiver kalle inn arbeidstaker til et drøftingsmøte i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-1. I drøftingsmøtet skal arbeidsgiver redegjøre for bakgrunnen for at virksomheten vurderer å gå til oppsigelse, og gi arbeidstakeren mulighet til å supplere, eventuelt korrigere, de opplysninger som arbeidsgiver vil bygge på.

Dersom arbeidsgivers foreløpige vurdering ikke endres etter drøftingsmøtet, gjenstår kun oppsigelsen. Denne må være skriftlig og i samsvar med innholdskravene i arbeidsmiljøloven § 15-4. I motsatt fall vil oppsigelsen automatisk bli ugyldig.



Arbeidsgivers styringsrett når arbeidstaker ikke klarer å følge med i utviklingen

Av advokat Anders Gustavsen
agustavsen@eurojuris.no



Anders Gustavsen er advokat i Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund AS, og han har erfaring fra NAV Arbeid og ytelse. Han arbeider særlig med saker knyttet til personrett, herunder sosial- og trygderett, familie- og arverett, arbeidsrett og generell forvaltningsrett.

Formålet med denne artikkelen er å trekke opp noen yttergrenser for hvilke grep en arbeidsgiver kan ta når den ansatte ikke klarer å følge med i den teknologiske utviklingen innenfor arbeidsgivers normale arbeidsområde.

1. MODERNISERING OG EFFEKTIVISERING I ARBEIDSLIVET

I et samfunn med stadige og hyppige moderniseringer og en teknologisk utvikling som i økende grad tar over for manuelle arbeidsoppgaver, vil arbeidsgiver ofte få behov for å benytte en arbeidstaker på en annen måte enn det som følger av arbeidsavtalen, og som er praktisert i arbeidsforholdet. Grunnlaget for dette kan være at arbeidstaker ikke lenger klarer å utføre arbeidsoppgavene sine tilfredsstillende fordi innholdet i arbeidet har endret seg som følge av teknologisk utvikling, eller fordi produksjonsmåten er endret. Videre klarer kanskje ikke arbeidstakeren å tilegne seg ny teknologisk kunnskap som er nødvendig for å utføre jobben etter at ny teknologi eller nye produksjonsmetoder er innført.

Dette kan for eksempel være situasjonen i en bedrift som legger om produksjonsmetoden for bygging av maritime installasjoner. Arbeidstakere som i hele yrkeskarrieren har utført manuell utskjæring/sveising av metall, må gå over til databaserte laserutskjæringer, databasert sveising o.l. Et annet eksempel kan være at et rederi bytter

ut et gammelt forsyningskip med et nytt og moderne skip. Det arbeidet en maskinist på et gammelt skip utfører, er selvsagt noe helt annet enn det arbeidet en maskinist må utføre på det moderne skipet. Før i tiden, på gamle motorer, bestod arbeidet i stor grad av vedlikehold, som smøring av bevegelige deler, utskifting av slitedeler, sjekk av temperatur o.l. direkte på motorene. Dette arbeidet er i dag i stor grad overtatt av datamaskiner, som styrer og overvåker de arbeidsprosessene som maskinisten før gjorde manuelt.

I noen av disse eksemplene får arbeidstakerne videreutdanning og kursing for å kunne håndtere den nye teknologien arbeidsgiver innfører. Andre arbeidstakere vil, på grunn av personlige forhold (det være seg bl.a. alder eller intellektualitet), ikke klare å lære og ta inn over seg den nye teknologien og benytte denne i praksis.

En arbeidstaker som for eksempel nærmer seg pensjonsalderen, og aldri før har hatt et databasert arbeid, vil kunne ha store problemer med å tilegne seg nødvendig kunnskap for å betjene datamaskiner i sitt arbeid. Videre vil enkelte arbeidstakere ha problemer med å tilegne seg alle de forskjellige tekniske mulighetene som finnes i moderne dataverktøy, som med riktig bruk vil kunne effektivisere og trygge arbeidsdagen til de ansatte. Motsatt vil feil bruk, eller feil forståelse, av dataverktøyet i verste fall kunne gi et katastrofalt utfall.



2. HVOR LANGT STREKKER ARBEIDSGIVERS PLIKTER SEG?

Hvis arbeidsgiver ikke ønsker å gi slipp på en dyktig og trofast ansatt, kan arbeidsgiver måtte forandre på arbeidstakers arbeidsoppgaver, istedenfor å gå til oppsigelse. Det følger av arbeidsmiljøloven (aml.) § 1-1, bokstav c, at lovens formål er «å legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet knyttet til den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon». Det påhviler arbeidsgiver en plikt til å sørge for at dette blir overholdt, jf. aml. § 2-1.

Bestemmelsen vil typisk kunne brukes dersom en arbeidstaker utsettes for en ulykke som påvirker arbeidsevnen. Bestemmelsen omfatter imidlertid også andre personlige forutsetninger, for eksempel dyktighet og kvalifikasjoner. Loven prøver dermed å legge til rette for et arbeidsliv som er tilpasset den enkeltes livssituasjon.

Dette tilsier at arbeidsgiver har en plikt til å legge til rette for at arbeidstaker får nødvendig faglig oppdatering gjennom kurs og tilleggstudanning for å kunne møte nye utfordringer som følge av

ny teknologi eller omlegging av arbeidsprosesser. Det må forventes at opplæringen og omstillingen tar noe lenger tid for eldre arbeidstakere med lang tjenestetid eller arbeidere som er særlig vanskeligstilt, for eksempel yrkeshemmede arbeidstakere.

Bedriftens økonomi vil likevel spille inn som et relevant moment i vurderingen. Om bedriftens økonomi ikke er særlig sterk, kan det ikke forventes at bedriften bruker store ressurser på en arbeidstaker, om det potensielt kan sette bedriften og andre arbeidstakers jobb i fare. I motsatt fall, dersom økonomien er stabil, vil det kreves at arbeidsgiver setter inn flere ressurser for å få arbeidstakeren oppdatert og gi ham tilstrekkelig veiledning, slik at han kan mestre de arbeidsutfordringene omleggingen medfører. Det må foretas en konkret avveining i hvert enkelt tilfelle av hvor mye opplæring mv. den enkelte ansatte har behov for.

Hvis arbeidstaker på grunn av personlige forhold ikke klarer å tilegne seg ny kunnskap eller ikke klarer å tilpasse seg de nye arbeidsprosessene,

vil arbeidsgiver ha en plikt til å sørge for å sette arbeidstaker i «*annet passende arbeid*», istedenfor å gå til oppsigelse, jf. aml. § 15-7 2. ledd. Spørsmålet blir hvilket handlingsrom arbeidsgiver har i kraft av styringsretten. Hva kan arbeidsgiver ensidig beslutte å sette arbeidstakeren til, og hvor går grensene for til hvilket arbeid en arbeidsgiver kan omflytte en arbeidstaker. Her gjelder det å finne en balanse mellom den endringsretten en arbeidsgiver har etter arbeidsavtalen, og når arbeidsgiver må foreta oppsigelse/endringsoppsigelse av arbeidstaker.

3. HVA SIER RETTSPRAKSIS?

For å belyse grensedragningen skal jeg ta utgangspunkt i fire avgjørelser fra rettspraksis, først to høyesterettsavgjørelser, dernest to avgjørelser fra Arbeidsretten. Saksforholdet i disse avgjørelsene er ikke identisk med den situasjonen som artikkelen omhandler, men dommene er likevel relevante fordi de har overføringsverdi til det typetilfellet artikkelen behandler her. Jeg har derfor først sagt noe kort om hva dommene konkret gir uttrykk for før jeg har sagt noe om hvilken overføringsverdi dommene har for type-tilfellet som artikkelen behandler.

4. HØYESTERETT

I den første dommen, som er inntatt i Rt. 1995 s. 227, var saksforholdet at en arbeidstaker ble sagt opp fra stillingen som park- og vedlikeholdsarbeider i en kommune på grunn av rasjonaliseringstiltak. Han ble tilbudt – og aksepterte – stillingen som hjelpemann på renovasjonsbil. På grunn av sykdom kunne han ikke lenger inneha sistnevnte stilling, og annet arbeid innad i kommunen var ikke ledig. Spørsmålet i saken var da om kommunen hadde plikt til å pålegge andre arbeidere i kommunen et bytte av arbeid for å skaffe saksøkeren en jobb han kunne inneha.

Retten uttaler da i dommen at «*forskjellen i arbeidsoppgavenes karakter (...), tilsier at en slik omplassering ligger utenfor [arbeidsgivers] styringsrett*».

Det retten her sier, er at omplassering ikke må innebære at arbeidsoppgavene skifter karakter fra de tidligere arbeidsoppgavene, og taler således for en omplasseringsadgang i de tilfeller hvor arbeidsoppgavene har samme karakter og er like utfordrende, selvstendige mv., uavhengig av hva stillingstittel og lignende sier.

Arbeidsgiver har en plikt til å legge til rette for at arbeidstaker får nødvendig faglig oppdatering gjennom kurs og tilleggstudanning for å kunne møte nye utfordringer som følge av ny teknologi eller omlegging av arbeidsprosesser.

Den andre dommen er inntatt i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkkdommen). Her kom Høyesterett til at kommunen i kraft av styringsretten kunne integrere to brannmestere, på brannbåten B/S Nøkk, i hovedbrannstyrken. I tillegg til at de skulle fortsette å være brannmestere på Nøkk, fikk de vesentlig større arbeidsmengde. De måtte ta tilleggsutdannelse for å kunne tiltre den nye stillingen, arbeidsoppgavene ble ikke uvesentlig forandret, og arbeidsstedet ble nytt. De beholdt lønn og grad som brannmester.

Høyesterett uttaler at styringsrettens grenser «må avgjøres på grunnlag av en tolkning og utfylling av mannskapets arbeidsavtaler. Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått. Ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.»

Dommen tar et annet utgangspunkt for vurderingen av styringsretten enn det tradisjonelle grunnpreget som tidligere rettspraksis har vært særlig opptatt av. Dommen sier indirekte, at grunnpreget ikke kan forandres totalt, men at forandringer som er saklig motiverte langt på vei må aksepteres. Dommen snur således litt om på rettstilstanden ettersom Høyesterett nå krever klare holdepunkter for at styringsretten skal være begrenset i tilfeller hvor arbeidstaker overføres til annet likeverdig arbeid. Og dommen gir i realiteten arbeidsgiver et noe større handlingsrom enn det som tidligere har vært gjeldende rett.

Nøkkdommen taler for at arbeidsgiver, i situasjoner som ligner på typetilfellet behandlet i denne artikkelen, vil ha en rett til å omplassere en arbeidstaker til annet likeverdig arbeid. Hva som er å anse som likeverdig arbeid, må vurderes helt konkret med utgangspunkt i arbeidsavtalen, stillingsbetegnelsen, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforholdet og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.

Dersom arbeidsgiver kommer frem til at han ikke har annet likeverdig arbeid å tilby arbeidstakeren, så må arbeidstaker gi sin aksept til endringene.



Om arbeidstaker ikke aksepterer endringen, må arbeidsgiver gå veien om endringsoppsigelse, dvs. oppsigelse fra opprinnelig stilling og gi tilbud om ny og endret stilling. På samme måte som ved ordinær oppsigelse kreves det også i slike tilfeller at endringsoppsigelsen er «saklig begrunnet», jf. aml. § 15-7. Dersom det oppstår situasjoner på en arbeidsplass som det typetilfellet vi behandler her; så vil saklighetskravet trolig være oppfylt fordi det er tale om bedriftsøkonomiske hensyn som foranlediget endringen. Arbeidstaker kan da eventuelt bli ansett i den nye tilpassede stillingen, på nye vilkår; om arbeidsgiver mener han er skikket til det.

5. ARBEIDSRETTE

I en tredje og noe eldre dom fra Arbeidsretten, inntatt i ARD 1953 s. 48, var saksforholdet at arbeidsgiver valgte å omorganisere noen av arbeidernes arbeidsoppgaver. Tidligere var det blitt brukt fagarbeidere til muring av tørkesylindere; men arbeidsgiver fant ut at de ville bruke hjelpearbeidere til å utføre arbeidet, da under oppsyn av fagarbeidere. Her uttaler retten at «[s]kulle enhver allerede etablert arbeidsordning være en rettslig hindring for en omorganisering, ville ledelsens mulighet for å oppnå en bedre eller billigere produksjon lett bli illusorisk. Arbeidsretten vil

i den forbindelse bemerke at det ikke er påstått at tiltaket har et usaklig (...) motiv.»

Selv om avgjørelsen er gammel, støtter den opp om arbeidsgivers mulighet for omplassering i de tilfeller ønsket om omplassering er begrunnet i bedriftsøkonomiske hensyn vedrørende endringer i bedriftens produksjon, som produksjonsmetoder, produksjonsutstyr mv., og ser ut til fortsatt å være gjeldende rett.

Den siste dommen er inntatt i ARD 1986 s. 165. Saken her gjaldt en ansatt som ble omplassert til ny avdeling pga. konflikt og samarbeidsproblemer med andre ansatte i bedriften. Retten uttalte at «[f]orsåvidt gjelder ufaglærte arbeidere er det imidlertid tradisjonell og alminnelig praksis at arbeidstageren ansettes for å utføre slike arbeidsoppgaver som faller innenfor rammen av den tariffavtalen som er anvendelig. (...) Det ligger også i dette at arbeidsgiveren i kraft av retten til å lede, fordele og organisere arbeidet – som en del av styringsretten – normalt har en vid adgang til å omplassere arbeidstageren til ulike og nye arbeidsoppgaver innenfor den rammen tariffavtalen gir, uten at dette innebærer at arbeidstageren kan anses å få en ny stilling, eller et nytt ansettelsesforhold, gjennom en omplassering. Den

Omplassering kan i større grad aksepteres i de tilfeller hvor arbeidstaker har et generelt stillingsinnhold.

enkelte arbeidstagers arbeidsplikt kan nok, innenfor en slik ramme, være mer begrenset gjennom hans individuelle arbeidsavtale.»

Arbeidsretten sier her at omplasseringen i større grad kan aksepteres i de tilfeller hvor arbeidstaker har et generelt stillingsinnhold, eksempel verksarbeider, enn når den ansatte har et spesifikt stillingsinnhold, som for eksempel maritim anleggssveiser. Her må arbeidstaker kunne finne seg i omplassering hvis de nye arbeidsoppgavene er like utfordrende og ikke har forandret karakter nevneverdig, sammenlignet med før omplasseringen. Det er derfor en fordel for eksempel for verftseiere å ha lite spesifikke stillingstitler; ettersom det kan tale for en videre endringsadgang i kraft av styringsretten. Dette er noe arbeidsgivere bør ha et bevisst forhold til ved utforming av de individuelle arbeidskontrakter.

6. OPPSUMMERING

Det er på det rene at en arbeidsgiver kan gå til oppsigelse etter aml. § 15-7 dersom det etter en rasjonaliseringsprosess finnes ansatte som ikke lenger kan brukes til sitt opprinnelige arbeid og arbeidsgiver heller ikke har «*annet passende arbeid*» å tilby vedkommende. Dette vil tale for en saklig grunn til oppsigelse. Hva som er å anse som «*annet passende arbeid*» etter 2. ledd, må vurderes konkret ut fra den enkeltes individuelle arbeidskontrakt.

Om det bare finnes ledige stillinger som, i følge den individuelle arbeidskontrakten, forandrer grunnpreget på det inngåtte arbeidsforholdet, må arbeidsgiver gå til endringsoppsigelse. Er forholdet likevel slik at den ledige stillingen har like utfordrende og givende arbeidsoppgaver, og dermed ikke forandrer grunnpreget på det inngåtte arbeidsforholdet, kan arbeidsgiver i

kraft av sin styringsrett overføre arbeidstakeren til den nye stillingen. Det lovpålagte kravet om overføring til «*annet passende arbeid*» kan dermed sies å være oppfylt idet arbeidsgiver kan overføre arbeidstakeren i kraft av styringsretten. Kan arbeidstakeren ikke overføres direkte i kraft av styringsretten, er arbeidsgiver avhengig av arbeidstakers aksept ved å tilby arbeidstakeren stillingen. Aksepterer ikke arbeidstakeren dette, kan arbeidsgiver gi arbeidstakeren oppsigelse.

Hva gjelder de nevnte dommenes overføringsverdi, mener jeg at avgjørelsene viser at arbeidsgiver kan omplassere en arbeidstaker som ikke lenger fungerer i sin opprinnelige stilling. Det forutsettes at beslutningen om endring er saklig motivert, og at arbeidstaker også etter endringen får arbeidsoppgaver som ikke forandrer nevneverdig på stillingens opprinnelige grunnpreg.

Det vil si at en omlegging av arbeidsprosesser eller omlegging til ny og mer effektiv teknologi som skal gi bedriften større profitt, etter dette vil kunne utvide styringsrettens grenser noe, fordi begrunnelsen er å skaffe arbeidsgiver en mer konkurransekraftig bedrift, ikke å straffe arbeidstakerne.

Andre endringer, som ikke er begrunnet i bedriftsøkonomiske eller samfunnsmessige hensyn, må fortsatt foretas innenfor den relativt strenge normen som grunnpregstandaren omhandler, og det er dermed av stor betydning om arbeidstaker har et generelt eller spesifikt stillingsinnhold i sin arbeidskontrakt. Det er som tidligere nevnt lettere å omplassere en arbeidstaker med generelt stillingsinnhold, sammenlignet med en arbeider som har et spesifikt stillingsinnhold og et avgrenset arbeids- og ansvarsområde.



FOTO: TORBJØRN TANDBERG

Størst, men ikke for stor

Svensson Nøkleby representerer det bredeste og mest internasjonale juridiske fagmiljøet utenfor Oslo.

Vi har base i Drammen og betjener kunder over hele landet og i Europa. Det er viktig for oss å være et stort juridisk miljø fordi det gjør oss allsidige og fleksible. Like viktig er det at klientene våre alltid skal oppleve det personlige engasjementet og få den oppfølgingen de forventer og fortjener.



Finn ditt lokale Eurojuris-kontor

Advokatfirmaet Eurojuris Harstad

Telefon: 77 00 21 00
E-post: harstad@eurojuris.no

Advokatfirma Eurojuris Narvik

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

Angell Advokatfirma Bodø

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

ADNOR Advokat Trondheim

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

Larhammer Aarseth Advokatfirma Molde

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

Advokatfirmaet Tollefsen Sogndal

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

Stiegler WKS Advokatfirma Bergen

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

Advokatfirmaet Eurojuris Haugesund

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

Projure Advokatfirma Stavanger/Bryne

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

Advokatfirma Tofte Kristiansand

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

Advokatfirma Hald & Co Arendal/Grimstad

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

Advokatfirmaet Alver Lillehammer/Gjøvik

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

Advokatfirmaet Halvorsen & Co Lillestrøm

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

Advokatfirmaet NOVA Oslo

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

Svensson Nøkleby Advokatfirma Drammen

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

Advokatfirmaet Frøstrup Løitegaard Porsgrunn

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

Advokatfirmaet Ytterbøl & Co Sarpsborg

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

Fredrikstad

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