



KANDIDAT

572

PRØVE

JUS1006 1 Arbeidsrett

Emnekode	JUS1006
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	16.04.2018 07:00
Sluttid	16.04.2018 13:00
Sensurfrist	07.05.2018 00:00
PDF opprettet	18.03.2019 20:24

Seksjon 1

Oppgave	Tittel	Oppgavetype
i	Informasjon	Dokument
i	Del 1 - praktikum	Dokument
1	Del 1 - spørsmål til praktikum	Langsvar
i	Del 2 - praktikum	Dokument
2	Del 2 - spørsmål til praktikum	Langsvar
3	Del 3 - teori	Langsvar

1 **Del 1 - spørsmål til praktikum**

Spørsmål 1: Er oppsigelsen av Peder Ås saklig?

Spørsmål 2: Forutsatt at oppsigelsen er saklig: når er Peders siste arbeidsdag?

Spørsmål 3: Drøft og løs tvisten rundt Martes arbeidstid.

Spørsmål 4: Drøft og løs tvisten rundt Martes arbeidssted.

Skriv ditt svar her...

Spørsmål 1

Tvistens parter er Peder Ås mot Lillevik Offshoresupport AS.

Problemstillingen er om oppsigelsen av Peder Ås er saklig.

Det følger av aml. § 15-7 (1) en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er "saklig begrunnet" i "virksomhetens forhold". Når en oppsigelse skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er en oppsigelse ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et "annet passende arbeid" i virksomheten å tilby arbeidstaker. Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, skal det foretas en "avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker" jf. aml. § 15-7 (2).

Det overordnede spørsmålet i vurderingen er om oppsigelsen av Ås er "saklig begrunnet" i "virksomhetens forhold" jf. aml. § 15-7 (1).

Ordlyden av "saklig begrunnet" er vag, men taler for at man skal foreta en helhetlig vurdering av arbeidsgivers behov for nedbemanning. Lovteksten regulerer videre to oppsigelsesgrunnlag i virksomhetens forhold, disse er "driftsinnskrenkning" og "rasjonaliseringstiltak". I forarbeidene slås det fast en saklig begrunnet oppsigelse i virksomhetens forhold beror på en konkret vurdering av det enkelte forholdet, og den generelle begrunnelsen for nedbemanning. I Rt.2012 s.168, som gjaldt en fotballklubbs oppsigelse av ansatte i prøvetid, ble det slått fast i dommens avsnitt 101 at "økonomiske hensyn er etter sin art saklige" for å begrunne en oppsigelse i "virksomhetens forhold".

I vår sak er Peder enig i den behovet for nedbemanning, hvilket i utgangspunktet tilsier at den generelle sakligheten bak oppsigelsen er gyldig. Peder anfører imidlertid at virksomheten burde benyttet permitteringer fremfor oppsigelse. Han viser i denne sammenheng til bedriftens e-post.

Permitteringsinstituttet følger av langvarig og samstemt sedvanerett, og vilkårene for å permittere en ansatt er at det foreligger *saklig grunn* som gjør det *nødvendig* for bedriften å permittere ansatte for en *midlertidig*

periode. Man kan også se hen til Hovedavtalen LO-NHO (2014-2019) § 7-1 nr.1 jf. 2 som gir uttrykk for alminnelige arbeidsrettslige prinsipper, og som etter rettspraksis kan anvendes overfor uorganiserte bedrifter i den grad de passer jf. Brynhildsen-dommen.

Lillevik Offshoresupport er rammet av økonomiske nedgangstider som følge av fallende oljepris internasjonalt. Dette er følgelig en saklig grunn som gjør det nødvendig for bedriften å permittere ansatte for en periode.

Bedriften imidlertid i sin e-mail at situasjonen "ser ut til å vedvare utover i 2017 og sannsynligvis også i 2018 og 2019". Lillevik Offshoresupports e-mail gir klart uttrykk for tvil og usikkerhet. Et grunnkrav for permitteringen er at nedgangstidene er midlertidig, hvilket innebærer at man til en viss grad klarer å forutse permitterings lengde. I underrettspraksis og i teorien er det forutsatt at permittering i en periode på ca. 3 år - fra oppsigelsestidspunktet til bedriften antar den økonomiske nedgangen er over - er langt utover det som ligger i midlertidighets-kravet. Eirik Aagaard fra NHOs årsrapport - som bør leses kritisk - legger til grunn at en bedrift kan ha optimistiske forventninger til markedet, men disse må være basert på realistiske og forsvarlige vurderinger. I den stadig mer miljøbevisste verden man er kommet til i 2019, er det grunn til å tro at bedriften oljeprisene ikke vil få den samme posisjon som de hadde under Ås sin ansettelsestid.

Det sedvanerettslige kravet om midlertidighet er følgelig ikke oppfylt, og Ås kan ikke høres med sin anførsel om at bedriften skulle foretatt en permittering fremfor oppsigelse.

Ås anfører videre at det ikke var han som måtte gå. Han viser til at det var mange i virksomhetens andre avdelinger som hadde vært ansatt mye kortere enn ham. Dette er en anførsel knyttet til de domstolsskapede reglene om utvelgelseskreter.

Underspørsmålet blir om Lillevik Offshoresupport AS har lagt til grunn en for snever utvelgelseskrets i sin nedbemanningsprosess slik at den ikke er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7.

Ved oppsigelser grunnet behov for nedbemanning er det i alminnelighet selskapet som utgjør utvalgskretsen ved en eventuell overtallighet. Det er likevel sikker rett at dette utgangspunktet kan fravikes på saklig grunnlag jf. Rt.2015 s.1332 avsn. 38 (Gresvig), som gjaldt gyldigheten av en oppsigelse hvor arbeidsgiver hadde begrenset utvelgelseskretsen. Slikt saklig grunnlag beror i utgangspunktet på en konkret helhetsvurdering, hvor flere momenter ut fra rettspraksis vil være relevant.

I vår sak har Lillevik Offshore AS gjort utvelgelseskretsen begrenset til den avdelingen hvor behovet for nedbemanning var, i tråd med sitt rammeverk. Det rettslige utgangspunktet er at det i alminnelighet er selskapet - alle avdelingene - som bør utgjøre utvelgelseskretsen. Rammeverkets anvisning på fremgangsmåten, samt det klare utgangspunktet om at det er hele virksomheten som utgjør utvelgelseskretsen trekker klart i retning av at Lillevik Offshore AS sin utvelgelseskrets er snever.

På den annen side, så har Høyesterett i HR-2017-561-A, som gjaldt gyldigheten av en oppsigelse av en arbeidstaker etter omorganisering og nedbemanning i Posten, vist til Rt.2001 s.71 hvor det ble formulert at domstolene "bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet". Flertallet i Posten-dommen slår da fast at utgangspunktet er at domstolene ikke er bundet av en slik avtale jf. domstolenes vide prøvingsadgang samt aml. § 1-9, men bør likevel vise tilbakeholdenhet på et område der autonomien til partene i arbeidslivet står sentralt jf. dommens avsn. 71-74. Det ble imidlertid gitt betydelig vekt at nedbemanningsprosessen innebar deltakelse fra tillitsmannsapparatet. Dette trekker i retning av at utvelgelseskretsen er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

I Gresvig-dommen, ble det moment at konsernet ved nedbemanning tidligere hadde fulgt en konsekvent praksis betydelig vektlagt jf. dommens avsn. 46. I Posten-dommen viser flertallet til denne uttalelsen, og tilslutter seg den, hvilket gir den betydelig større rettskildevekt. Lillevik Offshoresupport hadde allerede gjennomført to nedbemanningsprosesser i 2014 og 2015. Prosessen slik rammeverket gir anvisning på synes også å ha vært praktisert under disse to nedbemanningsprosessene. Dette trekker i retning av at utvelgelseskretsen er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

Lillevik Offshoresupport viser videre til at en større utvalgskrets vil medføre store praktiske problemer. Dersom de ikke hadde valgt å begrense utvalgskretsen ville nedbemanningsprosessen blitt svært krevende, og skapt unødvendig uro. I både Gresvig og Posten-dommen ble det vist til samme moment som en saklig grunn for å fravike utgangspunktet jf. Posten-dommen avsn. 48, 5 pnkt. Dette trekker i retning av at utvelgelseskretsen til Lillevik Offshoresupport er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

Hensynet til vern av arbeidstakerne, som nettopp aml. § 15-7 begrunnes ut fra, trekker imidlertid i retning av at det må noe til for at den gunstigste løsningen for arbeidstakeren fravikes. Den legislative begrunnelsen

bak aml. § 15-7 (1) trekker dermed i retning av at utvelgelseskretsen er gjort for snever.

På den annen side, så ble det i Rt.1992 s.776, som gjaldt oppsigelser fra en bank som var kommet i meget vanskelig økonomisk situasjon, ble det vektlagt at banken dekket et betydelig geografisk område s.782. I vår sak er det også tale om ulike avdelinger som er klart adskilt fra hverandre. Avdelingene spesialiserte seg innenfor hvert sitt fagfelt, samt at avdelingene er fordelt på flere steder i landet. Dette trekker i retning av at utvelgelseskretsen er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

Samlet sett, så foreligger det her flere grunner som rettslig sett regnes som legitime å vektlegge ved fravikelsen av utgangspunktet om at det er hele selskapet som utgjør utvelgelseskretsen. Dette fører til at utvelgelseskretsen er "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

Utvelgelseskretsen er dermed "saklig begrunnet" jf. aml. § 15-7 (1).

Det er ikke noe holdepunkt for å vurdere sakligheten av utvelgelseskriteriene i denne sak.

I saklighetsvurderingen begrunnet i "virksomhetens [...] forhold" må det vurderes hvorvidt arbeidsgiver har tilbudt arbeidstakeren "annet passende arbeid" jf. aml. § 15-7 (1) jf. (2) første pnkt.

Spørsmålet blir om Ås er tilbudt "annet passende arbeid" jf. aml. § 15-7 (2) 1 pnkt.

Ordlyden av "annet passende arbeid" er vag, men stiller krav til at ikke et hvert alternativt arbeidstilbud er aktuelt, arbeidet skal med andre ord være "passende" i tillegg. I Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.72 slås det fast at arbeidet som tilbys må både innholdsmessig og lønsmessig være mest mulig likt det opprinnelige arbeidet. Dersom slikt arbeid ikke finnes, er arbeidsgiveren forpliktet til å tilby ledig arbeid på et lavere stillings- og lønnsnivå jf. også Johansen og Stueland, Arbeidsmiljøloven, 2. utgave, side 820. Tilbudsplikten krever ikke at et er noen ledig stilling å tilby; det er tilstrekkelig at det er et udekket arbeidsbehov. I Posten-dommen, ble det i tillegg slått fast at arbeidsgiver ikke trenger å finne "frem til arbeidsoppgaver som ellers ikke ville blitt utført" jf. dommens avsn. 86.

I vår sak har Ås blitt tilbudt en annen stilling som "stillas fagarbeider" i samme avdeling. Denne stillingen er dårligere betalt og medførte en lønnsnedgang på ca. kr 120 000,- i året. Ås arbeidet i utgangspunktet som "stillasformann", hvilket ikke er det samme som "stillas fagarbeider". Hans lønnsnedgang, kombinert med nedgradering trekker i retning av at arbeidet som tilbys ikke er "annet passende arbeid" da det både innholdsmessig og lønsmessig er ulikt det opprinnelige arbeidet.

På den annen side, så er kravet til annet passende arbeid i medhold av Posten-dommens avsnitt 86 blitt innsnevret til at arbeidsgiver tilbyr det den har å tilby, til tross for at dette vil innebære nedgradering og lønnsnedgang. Dette trekker sterkt i retning av at jobbtilbudet Ås har fått er et "annet passende arbeid" i aml. § 15-7 (2) 1 pnkt. forstand.

Den sterke økonomiske nedgangstiden bedriften opplever, støtter også opp det moment at Ås har blitt tilbudt "annet passende arbeid" i aml. § 15-7 (2) 1 pnkt. forstand.

Ås er følgelig blitt tilbudt "annet passende arbeid" jf. aml. § 15-7 (2) 1 pnkt.

I en saklighetsvurdering begrunnet i "virksomhetens [...] forhold" er det ytterligere krav om at det må foretas en "avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker" jf. aml. § 15-7 (1) jf. (2) siste pnkt.

Spørsmålet blir om Ås sitt behov for stillingen "ut fra en avveining" veier tyngre enn "virksomhetens behov" for nedbemanning jf. aml. § 15-7 (2) annet pnkt.

Ordlyden av "avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker" gir klar uttrykk for at det skal foretas en individuell interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for oppsigelse mot arbeidstakers behov for å beholde arbeidet. I Posten-dommen ble det slått fast at det ved denne avveiningen er relevant hvorvidt det er fremsatt tilbud om annet passende arbeid, arbeidstakerens alder, tjenestetid, økonomiske situasjon og utsikter på arbeidsmarkedet holdt opp mot bedriftens behov for å gjennomføre nødvendig nedbemanning jf. dommens avsn. 88 andre pnkt. Det slås imidlertid fast at utgangspunktet er at det "skal meget til" for å la den enkelte ansattes individuelle interesser være avgjørende når det rasjonaliseringsiltak som det er spørsmål om å gjennomføre har store dimensjoner og omfatter en rekke ansatte. Rommet for interesseavveininger er videre "mindre i de tilfeller det tilbudt annet passende arbeid" jf. avsn. 89 siste setning med videre henvisninger.

I vår sak påberoper Ås seg at han hadde et nybygget hus, og at han med lønnsnedgangen ville få store økonomiske problemer. Dette er i utgangspunktet ikke en uforventet følge av en oppsigelse, men likevel et relevant moment i interesseavveiningen jf. Posten dommens avsn. 88 andre pnkt. Dette trekker i retning av at Ås bør beholde sitt arbeid hos Lillevik Offshoresupport.

På den annen side, så har arbeidsgiver tilbudt Ås "annet passende arbeid", rommet for å la hans behov for vern vinne over virksomhetens behov for nedbemanning er følgelig mindre. Dette trekker i retning av at Ås bør kunne sies opp begrunnet i "virksomhetens [...] forhold" jf. aml. § 15-7 (1).

Ås er imidlertid 55 år gammel, og vil følgelig ha store vanskeligheter med å finne seg nytt arbeid. Han hadde også lang ansinietet hos Lillevik Offshoresupport. Dette er relevante forhold som nevnes i Posten-dommens avsn. 88 andre pnkt., og som trekker i retning av at Ås bør beholde sitt arbeid.

Det er imidlertid her blitt tilbudt "annet passende arbeid", samt at den vanskelige økonomiske situasjonen bedriften befinner seg i, ville føre til uro og uforutberegnelighet hos de øvrige ansatte dersom bedriften skal bryte med rammeavtalen som de har fulgt konsekvent ved flere runder. Det er også foretatt en formriktig oppsigelse av Ås jf. reglene i aml. kap.15. Dermed taler de beste grunner, samt den høye terskelen for å beholde en arbeidstaker til tross for at det er blitt tilbudt "annet passende arbeid", for at bedriftens behov fører frem.

Ås sitt behov for stillingen veier dermed mindre enn "virksomhetens behov" for nedbemanning jf. aml. § 15-7 (2) annet pnkt.

Konklusjonen på problemstillingen er at oppsigelsen av Peder Ås er saklig.

Spørsmål 2

Problemstillingen er når er Peders siste arbeidsdag.

Det følger av aml. § 15-3 (1) 1 pnkt. at hovedregelen er "en måned" gjensidig oppsigelsesfrist dersom ikke annet er skriftlig avtalt. Unntaket fra denne hovedregelen følger av bestemmelsens tredje ledd, 1 pnkt. hvor det slås fast at dersom arbeidstaker blir sagt opp etter "minst 10 års sammenhengende ansettelse i samme virksomhet", skal oppsigelsesfristen være minst "fem måneder etter fylte 55 år".

I vår sak er Ås 55 år gammel, og har vært ansatt siden 01.02.2000 frem til oppsigelsen den 25.05.2016. Dermed har han "minst 10 års sammenhengende ansettelse i samme virksomhet" jf. aml. § 15-3 (3) 1 pnkt. Ås har følgelig "fem måneder" oppsigelsestid.

Oppsigelsestiden "løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted" jf. aml. § 15-3 (4).

I vår sak begynner oppsigelsen å løpe fra 1/4, og gjelder "fem måneder" jf. aml. § 15-3 (3) 1 pnkt. fremover i tid. Dermed gjelder oppsigelsestiden frem til 31/8-16. Peders siste arbeidsdag er følgelig 31/8-16 jf. aml. § 15-3 (3) 1 pnkt. jf. § 15-3 (4).

Konklusjonen på problemstillingen er at Peders siste arbeidsdag er 31/8-2016.

Spørsmål 3

Twistens parter er Marte Kirkerud mot Lillevik Offshoresupport.

Denne tvisten reiser to problemstillinger, og hver problemstilling løses dermed adskilt.

Problemstillingen er om Marte Kirkerud kan pålegges å arbeide utover avtalt arbeidstid uten noen spesiell grunn.

Utgangspunktet er at en arbeidsgiver i medhold av sin styringsrett kan utøve sin kompetanse innenfor begrensningene som følger av lov, tariffavtale og den individuelle avtalen. En relevant lovbestemmelse som innskrenker arbeidsgivers styringsrett er i dette tilfellet aml. § 10-6 (1). Det følger av sistnevnte at arbeid utover "avtalt arbeidstid" må ikke gjennomføres uten at det foreligger et "særlig og tidsavgrenset behov" for det.

Arbeidsgiveren anfører at de hadde full frihet til å pålegge Marte å jobbe til kl.16.00, da det ikke var snakk om overtid, og dermed behøvde de heller ikke noen spesiell grunn for å pålegge henne merarbeid.

Spørsmålet blir om arbeidsgiverens anførsel fører frem.

Ordlyden av aml. § 10-6 (1) slår fast at arbeid utover "avtalt arbeidstid" ikke må gjennomføres uten at det foreligger et "særlig og tidsavgrenset behov" for det. Dermed har man ikke full frihet til å pålegge arbeidstakerne merarbeid, med mindre dette begrunnes ut fra et "særlig og tidsavgrenset behov". I forarbeidene vises det til den gamle bestemmelsen fra arbeidsmiljøloven av 1977 § 49 (1) nr. 4, hvor det var uttømmende opplistet hvilke grunnlag arbeidsgiver kan bruke for å pålegge merarbeid eller overtid. I forarbeidene slås det videre fast at ordlydsendringen ikke var ment å innebære en realitetsendring. I den gamle bestemmelsen jf. § 49 (1) nr. 4 var det slått fast at merarbeid ikke må "gjennomføres som en fast ordning", samt det i bokstav d) var oppgitt en merarbeidsgrunn som følge av at det har oppstått "særlig arbeidspress".

I vår sak er "avtalt arbeidstid" for Kirkerud fra kl. 08-15. Når hun pålegges å jobbe frem til kl. 16 flere ganger i uken, må arbeidsgiver ha et "særlig og tidsavgrenset behov" for merarbeidet. I vår sak har det aldri vært oppgitt noen spesiell grunn for dette, annet enn at det var generelt mye å gjøre. Hvorvidt dette utgjør et "særlig arbeidspress" jf. den tidligere bestemmelsen, er ikke klart ut fra faktum. Ut fra anførselen til arbeidsgiveren om at han hadde full frihet til å pålegge Marte å jobbe til kl.16.00, synes det å være åpenbart at det her ikke foreligger "særlig og tidsavgrenset behov" for merarbeidet, men rettslig villfarelse hos arbeidsgiver.

Anførselen fører dermed ikke frem.

Konklusjonen på den første problemstillingen er at arbeidsgiveren ikke kan pålegge Kirkerud å arbeide utover avtalt arbeidstid uten spesiell grunn.

I det følgende forutsettes det at arbeidsgiver kan pålegge Kirkerud merarbeid uten spesiell grunn.

Den subsidiære problemstillingen er om Marte Kirkerud kan fritas fra merarbeidet.

Det følger av aml. § 10-6 (10) 1 pnkt. at arbeidstaker har rett til å bli fritatt fra å utføre arbeid "utover avtalt arbeidstid" når vedkommende av helsemessige eller "viktige sosiale grunner" ber om det.

I vår sak er det på det rene at Kirkerud arbeidet "utover avtalt arbeidstid" jf. drøftelsen over.

Spørsmålet blir om Kirkerud ut fra "viktige sosiale grunner" kan fritas fra merarbeidet jf. aml. § 10-6 (10) 1 pnkt.

Ordlyden av "viktige sosiale grunner" er vag, men bruken av "viktige" fører til at det er de kvalifiserte "sosiale" grunnene som omfattes. I forarbeidene nevnes nettopp situasjoner som barnepass, begravelser og andre lignende viktige sosiale grunner.

I vår sak er det tale om at Kirkerud er alenemor som må hente barna på barnehage. Dette er forhold som helt klart omfattes av "viktige sosiale grunner" jf. aml. § 10-6 (10) 1 pnkt. og eksemplene i forarbeidene. Dermed kan Kirkerud fritas fra arbeidet "utover avtalt arbeidstid" jf. aml. § 10-6 (10) 1 pnkt.

Kirkerud kan ut fra "viktige sosiale grunner" fritas fra merarbeidet" jf. aml. aml. § 10-6 (10) 1 pnkt.

Konklusjonen på den subsidiære problemstillingen er at Kirkerud kan fritas fra merarbeidet.

Spørsmål 4

Twisten deles i to problemstillinger, hvor det i den ene tas stilling til hvorvidt arbeidsgiver kan endre Kirkeruds arbeidssted, mens den andre gjelder hvorvidt arbeidsgiver kan si opp Kirkerud.

Den første tvistens problemstilling er om arbeidsgiver ensidig kan endre Kirkeruds arbeidssted.

Arbeidsgivers adgang til å ensidig endre en arbeidsavtale følger av den ulovfestede styringsretten. I Rt.2000 s.1602, som spørsmålet om en kommune kunne med hjemmel i styringsretten treffe vedtak om at

mannskapet på en brannbåt skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke, så ble styringsretten definert som arbeidsgivers rett til å "organisere, lede, kontrollere, og fordele arbeidet [...] innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått". I Rt.2001 s.418, som gjaldt en tvist om transport i regi av arbeidsgiver inn til en plattform skulle regnes som arbeidstid jf. aml. § 10-1 (1), ble det slått fast at styringsretten er en restkompetanse som begrenses av lov, tariffavtale, og den individuelle arbeidsavtalen.

I vår sak er det på det rene at det ikke foreligger noen lov som hindrer en arbeidsgiver fra å endre en arbeidsgivers arbeidssted, eller noen tariffavtaler som begrenser arbeidsgivers styringsrett. Det mest aktuelle rettsgrunnlaget er Kirkeruds arbeidsavtale.

I mangel av holdepunkter forutsettes det her at Kirkeruds individuelle arbeidsavtale ikke begrenser arbeidsgivers endringskompetanse i medhold av styringsretten jf. Rt.2009 s.1465 avsn. 37 og 38, som gjaldt en tvist om arbeidsgiver hadde frasagt seg retten til å endre arbeidstiden for to ansatte.

Det avgjørende spørsmålet for vurderingen blir om arbeidsgiver, ved å pålegge Kirkerud å arbeide på et annet arbeidssted, endrer på det som "særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet" jf. HR-2016-2286-A avsn.26, som gjaldt om en arbeidsgiver på grunn av individuelle avtaler eller ulovfestede rammer for styringsretten var avskåret fra å avslutte en etablert velferdsordning for noen arbeidstakere i en seniorgruppe.

Momenter i denne helhetsvurderingen er avvikets omfang (Nøkk), endringens varighet (Rt.2011 s.841), hvilke andre endringer enn arbeidsstedet endres (Nøkk), om endringen innebærer en degradering (Nøkk) og arbeidsgivers behov for endring (Rt.2011 s.841).

I Nøkk-dommen var avvikets omfang sentralt for bedømmelsen av hvorvidt grunnpreget var endret jf. dommens s. 1610 første spalte. I vår sak forblir arbeidstiden og lønnen uendret, hvilket trekker i retning av at arbeidsgiver kan endre arbeidsstedet for Kirkerud.

På den annen side, så får Kirkerud en økt reisevei på ca. 20 minutter hver vei. Tidligere reisetid for arbeidet var 3 minutter. Dette er en endring som for Kirkerud kan trekke i retning av at arbeidsgiveren ikke kan endre arbeidsstedet for Kirkerud.

I Rt.2011 s.841, som gjaldt spørsmål om hvorvidt en kommune kunne omplassere en undervisningsinspektør til en tilsvarende stilling innen kommunen, så var det tale om økt reisevei med 50 minutter hver dag. Dette var etter en enstemmig Høyesterett ikke "utenfor det arbeidstaker må finne seg i" jf. dommens avsn. 55, 5 pnkt. Dette svekker vekten av den ulempen Kirkerud mener å bli påført, og trekker i retning av at arbeidsgiver kan endre arbeidsstedet til Kirkerud.

Kirkerud anfører også gulvbelegget i det nye lokalet var mye tyngre å vaske, og savnet kollegaer. Dette er riktignok psykososiale jf. aml. § 4-3 (2) og fysiologiske behov jf. § 4-4 (2) som etter loven er vernet, men slike tiltak kan eventuelt rettes ved at et par andre arbeidstakere flyttes over til den nye avdelingen, samt at det tilrettelegges med mer modernisert og automatisert vaskeutstyr. Dette kan begrunnes ut fra Nøkk-dommen, hvor de to arbeidstakerne fikk en overgang fra 0 utrykninger, til 3000 i året. Denne ble ansett innenfor det en arbeidstaker må finne seg i, og er blitt fulgt opp i senere rettspraksis. De forholdene Kirkerud klager på, er med andre ord ikke tilstrekkelige for å innskrenke arbeidsgivers styringsrett og særlig endringsadgang.

Samlet sett, så synes det her ikke å foreligge forhold som rokker ved det som "særpreger, definerer eller fremstår som vesentlig for arbeidsforholdet" mellom arbeidsgiveren og Kirkerud jf. HR-2016-2286-A avsn.26.

Konklusjonen på den første problemstillingen er at arbeidsgiver kan ensidig endre arbeidsstedet til Kirkerud.

Forutsatt at arbeidsgiver ikke kan endre arbeidsstedet til Kirkerud.

Den subsidiære problemstillingen blir om arbeidsgiver kan si opp Kirkerud som følge av at hun nekter å adlyde instruksjonen om å arbeide på den andre avdelingen.

Rammene for styringsretten følger som tidligere nevnt av lov, tariffavtale og den individuelle avtalen. Dersom man forutsetter at arbeidsgiver har frasagt seg styringsretten ved en eventuell arbeidsavtale, så må arbeidsgiver dersom han fortsatt ønsker å beholde arbeidstakeren gå til endringsoppsigelse jf Rt.2009 s.1465 avsn.47. Vilårene for en slik oppsigelse følger av aml. § 15-7 (1).

Arbeidsgiver må dermed enten foreta en endringsoppsigelse av Kirkerud i medhold av aml. § 15-7 (1), eller

så må han si henne opp i medhold av aml. § 15-7 (1) eventuelt avskjedige Kirkerud jf. aml. § 15-14 (1) for ordrenekt.

Konklusjonen på den subsidiære problemstillingen er at arbeidsgiver ikke kan tvinge Kirkerud til å flytte til den andre avdelingen i medhold av sin styringsrett, men må foreta en endringsoppsigelse.

2 Del 2 - spørsmål til praktikum

Spørsmål 1: Får Ole Vold medhold i sitt krav om fortsatt ansettelse i ABC Næringseiendom AS?

Skriv ditt svar her...

Spørsmål 2

Twistens parter er Ole Vold mot ABC Næringseiendom AS.

Problemstillingen er om Vold får medhold i sitt krav om fortsatt ansettelse i ABS Næringseiendom AS.

Det klare utgangspunktet i norsk arbeidsrett hva gjelder virksomhetsoverdragelse, er at det ikke eksisterer noen valgrett for de overførte arbeidstakerne. Det har imidlertid i eksempelvis Lovisenberg-dommen, som gjaldt Oslo kommunes overdragelse av en avdeling for psykiatriomsorg til to private parter, blitt formulert et grunnleggende vurderingstema for valgrett-adgangen. I sistnevnte dom ble det slått fast at valgrett kan oppstå dersom virksomhetsoverdragelsen medfører "ikke uvesentlige negative endringer" for arbeidstakerne.

Spørsmålet blir om overdragelsen av Luksusfellen til Ola Ston AS innebærer "ikke uvesentlige negative endringer" for Vold jf. eksempelvis Lovisenberg-dommen.

Hvorvidt en overdragelse innebærer "ikke uvesentlige negative endringer" beror på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Valgretten er imidlertid et snevert unntak fra en klar hovedregel om at valgrett ikke eksisterer, og dermed skal den tolkes strengt.

Vold begrunner sin valgrett med frykten for å bli oppsagt i en eventuell nedbemanning. Dette er i utgangspunktet en misvisende rettsoppfatning, da man ved overdragelse overfører med seg sin ansinietet, kvalifikasjoner, og sine sosiale hensyn som om det ikke er funnet sted en endring jf. forarbeidene og identitetsvilkåret i aml. § 16-1. En vilkårlig nedbemanning av de overdratte ansatte vil ikke føre frem i lys av

lovens verneformål og omgåelseshensynet. Dermed er det ikke tilstrekkelig tungtveiende at Vold frykter en oppsigelse. Dette trekker i retning av at det ikke foreligger "ikke uvesentlige negative endringer" for Vold.

På den annen side, så er det i Rt.2000 s.2058, som gjaldt en kommunal særbedrift som ble omdannet til et aksjeselskap og som da ble ansett som en virksomhetsoverdragelse i medhold av aml. § 16-1, vektlagt den fordel at den tidligere arbeidsgiver er mer ressurssterk enn den nye arbeidsgiveren. Tanken her er at den tidligere - ressurssterke arbeidsgiveren - vil ved en eventuell nedbemanning være sikrere enn en ressurs svak virksomhet. Dette ble også vektlagt i Rt.1999 s.989. Den usikkerheten Vold opplever, trekker dermed i retning av at han blir påført "ikke uvesentlige negative endringer" jf. Lovisenberg-dommen.

ABC Næringseiendom AS anfører at det var tale om en klart selvstendig del av virksomheten, noe som var fordelaktig for Vold. Dette er en misvisende rettsoppfatning. I Lovisenberg-dommen, ble slått fast at en eventuell valgrett lettere vil føre frem ved en overdragelse av en del av en virksomhet, fremfor en hel virksomhet. Dette begrunnes ut fra den sikkerhet man har når det er tale om mange som overflyttes, fremfor at det er tale om få som overflyttes. I vår sak overføres en del av en virksomhet. Dette trekker i retning av at overdragelsen påfører Vold "ikke uvesentlige negative endringer" jf. Lovisenberg-dommen.

Sistnevnte dom slår også fast at endringer i pensjonsrettigheter er et sentralt moment i vesentlighetsvurderingen. I sistnevnte dom ble foretatt endringer knyttet til pensjonstyper. Det ble her endret fra ytelsesbasert pensjon, til innskuddsbasert pensjon, hvilket ga særlig de eldre arbeidstakerne en begrunnet rett til valgrett. I vår sak er det også tale om en endring i pensjonsordningen, slik at Vold rammes hardt og utsettes for en stor risiko ved å bli overdratt til den nye arbeidsgiveren. Dette trekker i retning av at Vold påføres "ikke uvesentlige negative endringer" jf. Lovisenberg-dommen.

Det klare utgangspunktet er likevel at valgrett ikke finnes, hvilket gjør at de forholdene Vold påpeker må være av kvalifisert karakter. Hittil har det blitt nevnt forhold som etter rettspraksis var ansett som relevante, men man ikke neglisjere det klare utgangspunktet. Dette trekker i retning av at Vold ikke har en valgrett.

ABC Næringseiendom AS anfører videre at Volds private økonomiske situasjon ikke var relevant, det er hans arbeidssituasjon som er relevant. Dette er i og for seg korrekt, men det kan vanskelig sondres mellom en arbeidstakers private økonomiske situasjon og en arbeidssituasjon, da begge plattformene er så sammensveiset og avhengige av hverandre, at dersom man rokker ved dene, så vil det andre automatisk bli påvirket. Dermed får ikke dette argumentet noe særlig vekt.

I Rt.2000 s.2058, ble det av flertallet i dommen vektlagt hvorvidt man befant seg på et konkurranseutsatt område i samfunnet jf. dommens s.2071. I vår sak er det tale om eiendomsbransjen, hvilket er svært avhengig av at den øvrige økonomien i samfunnet er velfungerende. Sannsynligheten for å miste arbeidet i siste liten av sin karriere er dermed stor, og dette styrker Volds bekymring knyttet til pensjonsordningen. Dette trekker i retning av at Vold blir påført "ikke uvesentlige negative endringer" jf. Lovisenberg-dommen.

Samlet sett, så foreligger det her flere grunner som taler for at Vold har en valgrett. Det legges særlig vekt på at pensjonsordningen, at det overføres en del av en virksomhet samt at han reagerte nærmest umiddelbart etter meddelelsen om overdragelsen.

Det foreligger dermed "ikke uvesentlige negative endringer" for Vold jf. Lovisenberg-dommen.

Vold har dermed en valgrett.

ABC næringseiendom AS anfører imidlertid at Vold har gjort valgretten gjeldende for sent.

Spørsmålet blir om denne anførselen fører frem.

Det foreligger ingen rettspraksis som sier hvordan og når valgretten skal utøves for å kunne være i behold. I Rt.2000 s.2058 forelå det valgrett, men det ble gjort gjeldende "klart for sent". Det var her tale om meddelse ved stevning i november 1997, når virksomhetsoverdragelsen fant sted sommeren 1996. Fougner og andre teoretikere har argumentert for at man skal knytte tidsfristen for valgretten opp til aml. § 16-3 om reservasjonsretten. Av aml. § 16-3 (2) annet pnkt. følger det at fristen aldri kan være "kortere enn 14 dager" etter at informasjonen om overdragelsen er gitt jf. aml. § 16-6.

I vår sak reagerer Vold to dager etter overdragelsen, dette må sies å være innenfor den frist en valgrett måtte ha, da partene ikke har innrettet seg noe særlig etter så kort tid.

Vold har dermed gjort valgretten gjeldende innenfor tidsfristen, og anførselen til ABS AS fører dermed ikke frem.

Konklusjonen på problemstillingen er at Ole Vold får medhold i sitt krav om fortsatt ansettelse i ABC Næringseiendom AS.

3 Del 3 - teori

Hvilke adgang har en arbeidsgiver i privat sektor til å ansette den han selv ønsker?

Skriv ditt svar her...

I.Oversikt

I det følgende skal det gis en fremstilling av hvilken adgang en arbeidsgiver i privat sektor har til å ansette den han selv ønsker. Ordlyden av oppgaven avgrenser klart mot statansatteloven, og følgelig skal det fokuseres arbeidsmiljølovens regler for begrensninger hva gjelder ansettelse.

Den frie ansettelsesretten er hovedsaklig sedvanerettslig, og kan sies å utgjøre en restkompetanse etter de ulike lover lovgiver innskrenker arbeidsgivers rett med. Hadde man eksempelvis ikke hatt en arbeidsmiljølov, ville arbeidsgiver nytet en uinnskrenket ansettelsesfrihet.

De legislative hensynene bak en begrenset ansettelsesrett er flere, men det kan særlig fremheves noen, som eksempelvis inkluderings- og mangfoldshensyn, samt hensynet til likebehandling og reell konkurranse. Alle disse hensynene kan plasseres i overordnede samfunnshensyn i form av at man ikke ønsker et homogent samfunn, da det blant annet kan tenkes å hindre utvikling. Lovgivning på dette området bærer blant annet disse hensynene, og forsøker være et virkemiddel mot usakligheter i arbeidslivet.

Fremstillingen vil være slik at det identifiseres noen hjemler som begrenser en arbeidsgivers frie ansettelsesrett, og gjøres rede for disse i lys av alminnelig juridisk metode, hvor det avslutningsvis under hver behandling knyttes noen bemerkninger til oppgavens problemstilling.

II.I Arbeidsmiljølovens § 11-1

Det følger av aml. § 11-1 (1) at barn som er "under 15 år" eller "skolepliktige" skal ikke utføre arbeid som går inn under denne lov unntatt a) kulturelt eller lignende arbeid, b) lett arbeid og barnet har fylt 13 år, arbeid som ledd i barnets skolegang eller i praktisk yrkesorientering som er godkjent av skolemyndighetene og barnet har fylt 14 år.

Denne bestemmelsen utgjør en innskrenking i arbeidsgivers ønske om å ansette den han selv måtte ønske. Man har av hensyn til barn og deres velferd satt begrensninger rundt ansettelse av barn. Dette anses nødvendig også da man globalt sett også forsøker å bekjempe barnearbeid, og en slik innskrenking i arbeidsgivers rett til å ansette hvem han måtte ønske er følgelig i tråd med internasjonale konvensjoner.

II.II Arbeidsmiljølovens § 9-3

Det følger av aml. § 9-3 (1) at arbeidsgiver må ikke "i utlysningen etter nye arbeidstakere" eller "på annen måte" be om at søkerne skal gi "andre helseopplysninger" enn dem som er "nødvendige" for å "utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen".

Det relevante vilkåret for vår problemstilling er de tilfeller arbeidsgiver ved "utlysningen etter nye arbeidstakere", ber om "helseopplysninger" enn dem som er "nødvendige" for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen.

Ordlyden av "utlysningen etter nye arbeidstakere" gir klart uttrykk for at bestemmelsen gjelder som en begrensning ved en arbeidsgivers ønske om å ansette potensielle arbeidstakere. En "helseopplysning" er videre alle opplysninger som er knyttet til en persons fortidige, nåtidige og fremtidige helse. Forarbeidene gir anvisning på at begrepet med fordel skal forstås vidt, slik at arbeidsgivere oppfyller lovens formål om inkludering jf. aml. § 1-1. Dersom en arbeidsgiver i en annonse stiller krav til en arbeidstakers helse på generell basis, må det regnes som gyldig forutsatt at det er nettopp generelt. Dersom en arbeidstaker stiller krav til at arbeidstakeren skal ha en sterk rygg, uten at det foreligger en saklig begrunnet

årsakssammenheng mellom arbeidets art og behovet, så vil det anses å være i strid med aml. § 9-3 (1). Dette fordi det da ikke vil være "nødvendige" helseopplysninger som knytter seg til utførelsen av "de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen".

Denne bestemmelsen har ingen konkret rettsvirkning, men er ment som en disiplinerende fanebestemmelse mot arbeidsgivere. Dette er også en innskrenkning i arbeidsgivers rett til å ansette den han måtte ønske.

II.III Arbeidsmiljølovens kapittel 13

Det slås i aml. § 13-1 (1) fast at "direkte og indirekte diskriminering" på grunn av "politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbudt". Direkte diskriminering er at en "person behandles dårligere enn andre blir, har blitt, eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon" jf. ldl. § 7.

Det følger av aml. § 13-2 (1) at diskrimineringsvernet i kapittel 13 gjelder "alle sider" ved arbeidsforholdet. Herunder "utlysning av stilling, ansettelse [...]". Dette er det tydeligste signalet lovgiver har gitt som en begrensning på arbeidsgivers rett til å velge og vrake etter eget ønske.

Unntaket fra aml. § 13-1 (1) følger av aml. § 13-3 hvor det slås fast at forskjellsbehandling som har et "saklig formål", ikke er "uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles" og som er "nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke", anses ikke som diskriminering etter arbeidsmiljøloven.

For at en arbeidsgiver skal kunne ansette den han måtte ønske, så må isåfall arbeidsgivers ønske falle inn under unntaket i aml. § 13-3 (1). Hvorvidt det foreligger et "saklig formål", beror på en konkret vurdering, hvor det avgjørende vil være hvorvidt forskjellsbehandlingen er sann eller reell jf. forarbeidene. Litt forenklet kan man si at forskjellsbehandlingen ikke skal være basert på utenforliggende hensyn.

Hva gjelder det andre kravet om at forskjellsbehandlingen er "uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles", så gjelder det her et forholdsmessighetsprinsipp mellom mål og middel. Man skal også søke å oppnå den minst forskjellsbeholdende handling, for å oppnå ønsket resultat. Avslutningsvis, så må forskjellsbehandlingen være "nødvendig for utøvelsen" av arbeidet eller yrket. Dette kravet innebærer etter sin ordlyd et krav om at forskjellsbehandlingen skal faktisk være egnet til å oppnå det formålet den begrunnes ut fra. Denne vurderingen er ment å være streng, slik at forskjellsbehandlingen foregår i de sjeldne tilfeller jf. forarbeidene. Følgelig er dette en sterk innskrenkning i arbeidsgivers frie ansettelsesrett.

II.IV Aml. § 13-1 (4)

Arbeidsmiljølovens § 13-1 (4) viser de ulike diskrimineringsgrunnlagene i ldl. § 6. Disse utgjør også en betydelig innskrenkning av arbeidsgivers frie ansettelsesrett jf. ldl. § 29 (1) a) og b).