



KANDIDAT

537

PRØVE

JUS1006 1 Arbeidsrett

Emnekode	JUS1006
Vurderingsform	Skriftlig eksamen
Starttid	03.04.2019 07:00
Sluttid	Invalid date
Sensurfrist	–
PDF opprettet	27.04.2019 12:33

Oppgave 1 Praktikum

Drøft og løs de spørsmål oppgaven reiser.

Skriv ditt svar her...

Tvistens parter er arbeidstaker Peder Ås (Ås) mot arbeidsgiver Lillevik Kommune (Kommunen). Den overordnede problemstillingen er om Ås har rett til stiling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Arbeidsmiljøloven av 2005 (aml.) kommer til anvendelse da kommunen er en "virksomhet som sysselsetter arbeidstaker" jf. aml. § 1-2 (1). Ås er arbeidstaker jf. § 1-2 (1) da han "utfører arbeid i [kommunens] tjeneste".

Rettslig grunnlag for kravet er aml. § 14-4a. "Deltidsansatt" som "de siste 12 måneder jevnlig" har "arbeidet utover avtalt arbeidstid" har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid denne perioden jf. (1).

Ås var fast ansatt i en stilling på 70 prosent og inngangsvilkåret om at søker må være deltidsansatt er følgelig oppfylt. Ås har klart arbeidet utover avtalt arbeidstid jf. at det er klart at merarbeidet tilsvarte en økning av hans stilling på ca 20 prosent.

Spørsmålet er om denne økningen har skjedd "[jevnlig] de siste 12 måneder".

Ås fremsatte krav 3. desember 2017, og de 12 månedene skal regnes tilbake i tid fra denne datoen jf. (1) 3.pkt. I perioden 3. desember 2016 - 3. desember 2017 har Ås dokumentert at han arbeidet ca. 350 timer utover avtalt arbeidstid.

Det avgjørende er om dette arbeidet var "jevnlig".

Ordlyden setter en viss terskel. Arbeidet må være av en viss hyppighet -og omfang. Jevnlighet innebærer ikke et krav om ekstra vakter hver uke. Forarbeidene presiserer at det ikke er tilstrekkelig med ekstravakter bare i ferieavvikling osv, ettersom en virksomhet vil ha behov for løpende innslag av ekstraarbeid. Hva som er årsaken til ekstraarbeidet er ikke avgjørende, og varierende årsaker bak behovet for ekstrahjelp er ikke av betydning. Hensynet bak bestemmelsen er å hindre uønsket deltid, og å gi arbeidstaker som i prinsippet jobber fulltid - det vernet en fulltidsansatt har krav på.

Ås hadde hatt ekstravakter hver eneste måned det siste året, bortsett fra perioden der han avviklet sin egen ferie. Arbeidet hadde omfattet natt -og dagvakter, og tilsvarte en økning på ca 20 prosent. Det stilles som nevnt ikke noe krav om at ekstravaktene må fordeles jevnt på hver uke for at arbeidstaker skal ha rett på økt stillingsprosent, og Kommunen kan ikke høres i sin innsigelse. Arbeidsmiljøloven er i flere tvilstilfeller gitt en utvidende tolkning. Dette er begrunnet i tanken om at de som i

realiteten fortjener vern, også skal ha krav på det. Dette taler for at Ås' arbeid skal anses som vesentlig.

Delkonklusjonen er at Ås har rett på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Imidlertid har ikke Ås rett på økning av stillingsprosent i de tilfeller der arbeidsgiver "kan dokumentere" at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger jf. § 14-4a (1) 1.pkt.

Vilkåret omfatter et krav til den dokumentasjonen som gis. Arbeidsgiver må ha klar dokumentasjon som viser at det ikke foreligger noe faktisk behov for den aktuelle arbeidstakerens merarbeid. Forarbeidene presiserer at man må avgrense mot rene antakelser og hypotetiske situasjoner. Hovedregelen om rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er som nevnt begrunnet i arbeidsmiljølovens vernehensyn. Et unntak fra dette utgangspunktet må ha hjemmel i et særlig grunnlag, og gis et snevert anvendelsesområde.

Kommunen kan ikke høres i sin innsigelse om at det var planlagt endringer i kommunen fra høsten 2018, da planene verken er nærmere konkretisert eller kartlagt. Videre er det kun endringer og nedbemanning som er blitt snakket om, det er ingen faktisk dokumentasjon som knytter seg opp mot Ås' aktuelle merarbeid. Vernehensynet må som nevnt gjennomsyre drøftelsene. Kommunen har ingen holdepunkter i faktisk informasjon. Det er neppe rimelig at arbeidsgiver kan få medhold i et så tydelig omgåelse av vernet begrunnet i rene hypotetiske antakelser. Ås får medhold.

Dette taler for at Ås har rett på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Kommunen anfører at det vil medføre en vesentlig ulempe for virksomheten å utvide Ås' stilling. Bestemmelsen § 14-4a gir ingen henvisning på en rimelighetsvurdering, og Ås får medhold i at hans sykefraværet ikke har noen relevans i forbindelse med kravet om stillingsutvidelse.

Konklusjonen er at Ås har rett på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Ås anfører at han bare ønsker en stillingsutvidelse på 200 timer, og ikke 350 som han faktisk har jobbet. Arbeidstaker har rett til stilling tilsvarende "faktisk arbeidstid" jf. § 14-4a (1) 1.pkt.

Ordlyden tilsier at arbeidstaker har krav på økt stillingsprosent tilsvarende det arbeidet han faktisk har jobbet. I forarbeidene er denne problemstillingen belyst, og det presiseres at arbeidstaker i utgangspunktet har krav på "alt eller ingenting". En deltidsansatt som gjør gjeldende krav på økt stillingsprosent må ta hele stillingen. Arbeidstaker kan ikke bestemme innholdet i den nye stillingen etter sitt eget forgodtbefinnede, men det er ingenting i veien for at arbeidsgiver -og taker inngår en avtale om ny stillingsprosent.

Overført til vår sak betyr dette at Ås ikke kan kreve kun 200 timer, uavhengig av hva som er grunnen. Ås får heller ikke mehold i kravet om bare å jobbe nattevakt, da arbeidstaker - som nevnt - har rett til innholdet i den stillingen han faktisk har jobbet.

Konklusjonen er at Ås har rett på stilling tilsvarende faktisk arbeidstid; herunder en økning på 350 timer dag -og nattvakter.

Oppgave 2 Teori

Redegjør for reglene om innleie av arbeidstaker.

Skriv ditt svar her...

1. Innledning

Behovet for arbeidsmiljøloven som vernelovgivning vokste frem for fullt sammen med den industrielle revolusjonen på slutten av 1800-tallet. Det ujevne styrkeforholdet og asymmetrien mellom partene gjorde det nødvendig å regulere arbeidstakers sikkerhet. Denne reguleringen av sikkerhet og trygghet gjennomsyrrer hele arbeidsretten, og gir utslag i hovedregelen om at arbeidstakere skal ansettes fast. Hovedregelen om fast ansettelse er begrunnet i arbeidstakers forutsigbarhet for arbeid, og sikkerhet i form av et reelt stillingsomfang. Selv om arbeidstakers vern fortsatt er det essensielle i arbeidslovgivningen, har det skjedd store utviklinger. Imidlertid innebærer fleksibilitet i form av midlertidige ansettelser sikkerhet for både

arbeidsgiver og arbeidstaker i noen tilfeller. Et av disse tilfellene er ved innleie (tidligere utleie) av arbeidskraft.

I denne fremstillingen vil jeg gjøre rede for hensynene bak- og formålet med reglene om innleie, plassere bestemmelsene i et rettssystematisk perspektiv, og behandle vilkårene for når innleie er tillat. Jeg sonde mellom bruk av § 14-12 og § 14-13: Herunder når de ulike bestemmelsene skal brukes, og hva det innebærer for partene. Endelig vil jeg gjøre rede for virkningene av rettmessig innleie, og konsekvensene av innleie i strid med lovens krav. Oppgaven vil bli eksemplifisert med eksempler og rettspraksis. Teorien avgrenses mot grundig behandling av entrepriser, unødvendig opprømsing av lovhistorien frem til de bestemmelsene vi har i dag.

2. Rettssystematisk perspektiv

Sammen med samfunnsutviklingen, globaliseringen og den økonomiske utviklingen - utvikler og endrer også arbeidsmarkedet seg. Flere prøver seg som gründere -eller som frilansere, og dette endrer noe av den tradisjonelle strukturen i arbeidslivet. Arbeidsforholdet illustreres ikke lenger på samme måte av én arbeidsgiver i en produksjonsbedrift, med ansvar for flere hundre arbeidstakere der man vet hva markedet vil ha. De økonomiske toppene er i dag enda høyere når bedriften går bra, og enda lavere dersom bedriften går dårlig. For å imøtekomme den usikkerheten dette medfører er det i lovgivningen tillatt å leie ut arbeidskraft for å hindre nedbemanning, eller leie inn arbeidskraft for å hindre å ansette noen midlertidige som må bli sagt opp.

Arbeidsmiljøloven av 2005 (aml.) er en inkluderende vernelov. Dette kommer til uttrykk i lovens formål jf. bl.a. §1-1 b og e. Arbeidsgiver har plikter overfor sine egne arbeidstakere, men plikten strekker seg også videre. Dette har sammenheng med arbeidsmiljølovens samfunnsmessige ansvar. Aml. § 2-2 oppstiller arbeidsgivers plikter overfor andre enn egne arbeidstakere, herunder innleid arbeidskraft jf. (1). Grensedragningen mellom hvorvidt det foreligger bemanningsentreprise og innleie er nødvendig for å fastslå hvilke plikter som skal legges på innleier. Dette søkes gjort nærmere rede for i det følgende.

3. Entreprise

Det er uomstridt at de lovbestemte begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse og innleie av arbeidskraft ikke gjelder når ansatte stilles til disposisjon for en oppdragsgiver gjennom en entreprise. Hva som er en entreprise er imidlertid ikke lovregulert, og denne grensedragningen er nettopp derfor svært viktig å gjøre. I innstillingen fra Tjenestemannsutvalget som lovendringen i 1971 bygget på heter det at; En entreprise gjerne defineres som en avtale om at den ene part i et kontraktsforhold (entreprenøren) mot vederlag skal utføre et bestemt arbeid for en annen part, oppdragsgiveren jf. Ot.prp.nr. 53 (1970-71) s. 23. Utvalget opplystet i samme innstilling flere momenter av betydning for grensedragningen mellom innleie og entreprise, og disse momentene er senere blitt bygget på i rettspraksis:

I utgangspunktet er det entreprise når ledelsen av arbeidet er hos entreprenøren og ikke hos oppdragsgiver, antall arbeidstakere som nyttes på oppdraget er uvedkommende for arbeidsgiver, når det er avtalt en fast pris, når oppdraget er klart avgrenset, når entreprenøren har et selvstendig ansvar for resultatet, og når entreprenøren nytter egne materialer og verktøy jf. også Rt. 2002 s. 1469 Eksakt Regnskap og HR-2018-2371-A Norwegian. Oppregning av momentene er ikke ment å være uttømmende, men at de nevnte momentene er de sentrale i vurderingen.

Selv om grensedragningen i den enkelte sak kan være vanskelig, bygger kriteriene som i dag anvendes for å avgjøre om det foreligger en entreprise på sikker rett jf. Rt. 2013 s. 998 Quality People premiss 59. I Norwegian ble dette presisert til at "vi ikke står overfor flere likestilte og kumulative vilkår som må være oppfylt, men at det må foretas en helhetsvurdering der de sentrale kriteriene er ansvar for ledelsen og resultatet av det arbeidet som utføres. De øvrige kriteriene tjener mest som sperre mot forsøk på omgåelser av vernet jf. premiss 80.

Konsekvensen av at et oppdrag anses som entreprise - og ikke innleie - innebærer i praksis at arbeidsgiver har kjøpt et resultat. Avtalen reguleres av kjøpslovgivningen, og oppdragsgiver kan gjøre misligholdsbeføyelser gjeldende dersom han ikke er fornøyd med resultatet. Oppdragsgiver har ikke det samme arbeidsrettslige ansvaret ovenfor de ansatte i entreprisefirmaet, og slipper en god del plikter. Videre avgrenses

oppgaven mot noe nærmere redegjørelse for grensedragningen mellom entreprise/innleie.

4. Innleie

Grensedragningen mellom § 14-12 og § 14-13 er avgjørende for adgangen til utleie av arbeidstakere, men er også avgjørende for anvendelsen av § 14-4 (2) om erstatning, og § 14-12 a-c om bl.a. likebehandling av arbeidstakeres lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak.

5. Innleie fra virksomhet som har til formål å drive utleie jf. §14-12

Innleie av arbeidstaker fra virksomhet som har til formål å drive utleie er tillatt i "samme utstrekning" som det kan avtales midlertidig ansettelse etter § 14-9 (2) bokstav a til e jf. § 14-12 (1) 1.pkt. Virksomhetens bemanningsbehov kan altså ikke dekkes ved innleie av arbeidskraft fra såkalt bemanningsforetak i større utstrekning enn virksomheten selv lovlig kan ansette arbeidstakere i midlertidig stilling for å dekke behovet. Arbeidsgiver har plikt til å drøfte bruken av innleid arbeidskraft med de tillitsvalgte i virksomheten jf. § 14-12 (3).

Innleie fra bemanningsforetak er tillatt når arbeidet er av midlertidig karakter jf. § 14-9 (2) a. Vilkåret skal tolkes strengt jf. Rt. 2989 s. 1141, og retter seg mot arbeidsoppgaver som har et tidsbegrenset preg og skiller seg fra det som ellers løpende utføres hos arbeidsgiver jf. Rt. 2013 s. 998 Quality People. Innleie er også tillatt i vikariater jf. (2) b, for praksisarbeid jf. (2) c, med deltaker i arbeidsmarkedstiltak jf. (2) d, eller med ledere innen den organiserte idretten jf. (2) e.

5.1 Likebehandling av lønns- og arbeidsvilkår ved utleie fra bemanningsforetak § 14-12a

Bemanningsforetaket skal sørge for at utleid arbeidstaker på nærmere angitte punkter minst sikres de vilkår som ville kommet til anvendelse dersom arbeidstakeren hadde vært ansatt hos innleier for å utføre samme arbeid. Denne bestemmelsen er et utslag av lovens formål om å sikre likebehandling i arbeidslivet jf. §1-1 b. Hvilke punkter likebehandlingen gjelder er oppstilt i bestemmelsen. Arbeidstaker som blir leid ut skal ha samme tilgang til felles goder og tjenester hos innleier som

virksomhetens egne arbeidstakere, med mindre objektive grunner tilsier noe annet jf. (2). Arbeidsmiljølovens inkluderende vernekarakter skinner også gjennom i denne bestemmelsen, og kan på samme måte som (1) knyttes opp mot formålet om likebehandling i arbeidslivet.

5.2 Opplysningsplikt og innsynsrett ved leie av arbeidstaker fra bemanningsforetak §14-12b

Denne bestemmelsen er avgjørende for arbeidsgivers oppfyllelse av § 14-12a. Ved leie av arbeidstaker skal innleier gi bemanningsforetaket de opplysninger som er nødvendige for at bemaningsforetaket skal kunne ivareta kravet om likebehandling jf. § 14-12 (1). Bemaningsforetaket har videre plikt om å gi denne informasjonen til utleid arbeidstaker jf. (2), slik at de har mulighet til å sjekke at utbetaling av lønn -og oppfylning av andre vilkår oppfyller kravet om likebehandling. Alle parter som får innsyn i de nevnte rettigheter har taushetsplikt om opplysningene jf. (5), og opplysningene kan bare benyttes til å sikre eller undersøke at kravet om likebehandling oppfyller kravet om likebehandling.

5.3 Solidaransvar for innleier §14-2c

Bestemmelsen er et direkte uttrykk for det ansvaret innleiende arbeidsgiver har ovenfor andre enn andre egne arbeidstakere jf. § 2-2. Virksomheter som leier inn arbeidstaker etter § 14-12 hefter som en selvskyldnerkausjonist for utbetaling av lønn, feriepenger og eventuell annen godtgjøring etter kravet om likebehandling jf. § 14-12a. Bestemmelsen er ment å ivareta arbeidstakers grunnleggende rettighet på arbeidsvederlag. At innleier hefter som selvskyldnerkausjonist innebærer at utleid arbeidstaker kan gå direkte på innleier så fort kravet er forfalt, uten å prøve seg på utleier først. Bestemmelsen skal gjøre det lettere for arbeidstaker å få rettighetene han har krav på i de tilfeller der partsforholdet - og ansvarsfordelingen - er uoversiktlig. Dette illustreres bl.a. av (3) hvor innleier kan nekte å dekke kravet dersom arbeidstakeren visste at arbeidsoppdraget var at lønn mv. skal dekkes av utleiende arbeidsgiver. Bestemmelsen setter videre opp frister for utbetaling av rettigheter osv i (2).

5.4 Krav på fast ansettelse etter § 14-12 (4)

Innleie i mer enn fire år vil gi den innleide status som fast ansatt hos oppdragsgiveren på samme måte som en som har vært midlertidig ansatt i så lang tid. Dette er et utslag av de samme vernehensyn som gjør seg gjeldende for midlertidig ansatt. Bestemmelsen i (4) gjelder tilsvarende som § 14-9 (7).

Arbeidstaker som har vært "sammenhengende" midlertidig ansatt i mer enn fire år etter (2a), eller i mer enn tre år etter (2b - siden f ikke kommer til anvendelse i innleieforhold) skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse jf. (7) 1.pkt. Samme gjelder for arbeidstaker som har vært "sammenhengende" ansatt i mer enn tre år etter (2a og b i kombinasjon).

Kravet til sammenhengende midlertidig ansettelse innebærer at arbeidet har et tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid jf. Rt. 2009 s. 578 (69). Dommen gjaldt spørsmålet om en arbeidstaker som hadde vært ansatt i ulike midlertidige stillinger over flere år hadde krav på fast ansettelse etter fireårsregelen i (nåværende 7. ledd) eller Statfjord-læren. Høyesterett kom til at arbeidstaker ikke hadde krav på fast ansettelse, da kravet til "sammenhengende" ikke ble ansett oppfylt. Det ble gjort fradrag i arbeidstakers fravær på over ett år. Imidlertid er det i etterkant blitt gjort en endring på dette punktet, og ved beregning av ansettelsestid skal det nå ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær jf. (7) 3.pkt.

6. Innleie fra virksomhet som ikke har til formål å drive utleie jf. § 14-13

I motsetning til de strenge reglene som gjelder for innleie av arbeidstakere fra bemanningsforetak er reglene for innleie av arbeidskraft fra virksomheter som ikke har til formål å drive utleie mer lempelige. Bestemmelsen er all hovedsak begrunnet i utleiers forhold, da utleie etter § 14-13 kan være et godt alternativ til oppsigelse eller permittering av de ansatte. Innleie etter § 14-13 oppstiller et inngangsvilkår i (1) jf. at utleid arbeidstaker må være "fast ansatt hos arbeidsgiver". Det lempeligere ansvaret for innleier kan følgelig begrunnes i at innleid arbeidstaker allerede har trygghet i det foreliggende ansettelsesforholdet til utleieren.

Det typiske er f.eks. produksjonsvirksomheter innen verksteds -og oljeindustrien som ved svingninger i markedet kan ha behov for å kunne tilby sine arbeidstakere sysselsetting hos annen arbeidsgiver som et alternativ til f.eks. oppsigelse eller permittering. Inn -og utleie etter bestemmelsen brukes også for å dekke behov for etterspurt spisskompetanse, bl.a. i konsulentfirma innen engineering, og IKT jf. Ot.prp.nr. 56.

For at virksomheten skal anses som en virksomhet som ikke er utleie til formål stiller §14-13 (1) 2.pkt. vilkår om at utleien å skje "innenfor de fagområder som utgjør utleiers hovedbeskjeftigelse" og at "utleieaktiviteten ikke må omfatte mer enn 50% av de fast ansatte hos utleier. Vilklårene skal imidlertid ikke tolkes uttømmende på dette punktet. Selv om minimumskravene er oppfylt vil en skjønnsmessig helhetsvurdering likevel kunne resultere i at virksomheten anses å ha utleie til formål. Dersom de overnevnte vilklårene ikke er tilstede, vil utleie fra virksomheten måtte bedømmes etter § 14-12.

Virksomhet - Det første spørsmålet som oppstår er om kriteriene skal vurderes i forhold til utleieselskapet som helhet, eller om den enkelte avdeling i et selskap kan anses som virksomheten. I HR-2013-1730 YIT ble det lagt til grunn at virksomheten normalt er det rettssubjektet som arbeidsforholdet er knyttet til (den samlede virksomheten) og at unntak må ha et særskilt grunnlag jf. premiss 43-45. Saken gjaldt krav om fast ansettelse etter reglene om innleie av arbeidskraft. Arbeidstakeren jobbet fra første dag i utleieselskapet YIT hos Statoil, og krevde fast ansettelse etter fireårsregelen i aml. § 14-12 (4) jf. § 14-9 (7). Høyesterett måtte i denne forbindelse ta stilling til om innleieforholdet var omfattet av §§ 14-12 eller 14-13, og kom til at leieforholdet lå så fjernt fra det som var ment omfattet av § 14-13 at utleien ikke kunne anses å ha hjemmel i denne bestemmelsen.

Samme fagfelt som hovedbeskjeftigelsen - Avhenger ofte av om det er hele - eller en del av - selskapet som legges til grunn for vurderingen. Som oftest vil vurderingen av dette vilkåret være greit å gjøre i praksis. La meg illustrere med et eksempel: Mercedes har i alle år gått veldig bra, og de har følgelig mange fast ansatte. Imidlertid er det nå blitt mer populært med kjøp -og salg av el-biler. Mercedes

produserer ikke el-biler, og salgene deres raser. Det ser til og med ut som om flere av de fast ansatte må bli sagt opp eller permittert. Imidlertid går salget veldig bra for Tesla. Til og med så bra at Tesla ikke har nok arbeidskraft i en liten periode fremover. Dersom Tesla i dette tilfellet leier inn arbeidskraft fra Mercedes vil innleie gjelde det samme fagfeltet som hovedbeskjeftigelsen er hos Mercedes. På denne måten slipper Mercedes å si opp de ansatte, og Tesla får også hjelp i perioden fremover.

50 prosentsvilkåret - Skal regnes ut fra alle de faste ansatte hos arbeidsgiver jf. ordlyden. Dette innebærer at både deltids -og heltidsansatte hos arbeidsgiver skal med i beregningen.

Helhetsvurderingen - Selv om utleievirksomheten omfatter færre enn 50% av de ansatte, og skjer innenfor fagområder under hovedbeskjeftigelsen, vil en helhetsvurdering kunne lede til at innleieforholdet likevel må anses omfattet av § 14-12. Formålene bak bestemmelsen står sentralt ved denne vurderingen, og det er de reelle forhold som må være avgjørende - ikke hva utleier selv oppgir jf. Ot.prp.nr. 70. For å unngå omgåelser av reglene om arbeidsutleie skal det derfor foretas en konkret vurdering av virksomhetens arbeidsutleie sett på bakgrunn av formålet med bestemmelsen. Omgåelse vil kunne foreligge dersom en produksjonsbedrift utvikler arbeidsutleie som et forretningsområde eller permanent leier ut en andel av sine ansatte uavhengig av om bedriftens behov tilsier dette.

Denne helhetsvurderingen ble det avgjørende i YIT-dommen. Statoil leide inn A i den tro at han var dekket av entreprisekontrakten mellom YIT og Statoil. Dette var imidlertid ikke riktig, og når innleier i en situasjon som denne tar feil, må bedriften selv bære konsekvensene av dette. Dette er uttrykkelig presisert i forarbeidene for grensen mellom § 1-12 og § 14-13 jf. Ot.prp.nr.70, men HR uttalte at dette også måtte gjelde tilsvarende når innleier tar feil av grensen mellom innleie og entrepris jf. premiss 49. Denne vurderingen viser arbeidsmiljølovens formål som en vernelov, og hvordan dette aktivt brukes for å unngå uheldige situasjoner for arbeidstaker.

7.1 Rettsvirkning av ulovlig innleie etter § 14-13

Konsekvensen av ulovlig innleie etter § 14-13 er at innleieforholdet omfattes av § 14-12.

7.2 Rettsvirkning av ulovlig innleie etter § 14-12

Dersom det foreligger brudd på bestemmelsene i § 14-12 skal retten avsi dom for at den innleide har et fast arbeidsforhold hos innleier i samsvar med § 14-9 (1) jf. § 14-14 (1) 1.pkt. I "særlige tilfeller" kan retten likevel bestemme at den innleide arbeidstakeren ikke har et fast arbeidsforhold dersom den "etter en avveining av partenes interesser finner at dette vil være åpenbart urimelig" jf. (1) 2.pkt. Terskelen for gjøre unntak er noe lavere enn ved den tilsvarende bestemmelsen i § 14-11 som gjelder ulovlige midlertidige ansettelse. Ved ulovlig innleie holder det at "klare rimelighetshensyn" taler mot at hovedregelen om fast ansettelse følges jf. Ot.prp.nr. 70 (1998-1999) s. 48.

I Norwegian-dommen kom Høyesterett til at det ville være åpenbart urimelig å avsi dom for fast arbeidsforhold for piloter og kabinansatte i NAS, og for pilotene også i NAN. Det ble lagt avgjørende vekt på at NAS var i ferd med å tømmes for operativ virksomhet. Videre ville fast ansettelse innebære at man i praksis måtte ha stor overkapasitet på personellsiden, og det ville bli mer komplekts og kostnadskrevende enn den modellen man hadde valgt. Av dommen kan man utlede at det ved den konkrete interesseavveiningen kan man se hen til en sammenligning av situasjonen for virksomheten med og uten fast ansettelse.

Oppgave 3 Teori

Oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold
(saksbehandlingsreglene skal ikke behandles).

Skriv ditt svar her...

1. Innledning

Arbeidsgiver har i medhold av sin styringsrett kompetanse til å organisere, kontrollere, lede og fordele arbeidet jf. Rt. 2000 s. 1602 Nøkk. I denne kompetansen ligger også arbeidsgivers myndighet til å ansette - og si opp arbeidstakere. Fra

arbeidsrettens opprinnelige virkeområde (plassert midt i det løpende arbeidsforholdet) ser vi at arbeidstakerens vern gjennom flere tiår med utvikling har medført begrensninger både i ansettelse -og i oppsigelseprosessen. Det nåværende oppsigelsesvernet gir seg utslag på to måter - gjennom prosessuelle og materielle begrensninger.

I denne fremstillingen skal kun de materielle begrensningene behandles, og jeg avgrenser følgelig mot de prosessuelle saksbehandlingsreglene. Oppsigelse er et permanent opphør av arbeidsavtalen og jeg forstår oppgaveteksten slik at den ønsker en redegjørelse for vilkårene -og rettsvirkningene av oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold. Fremstillingen vil gjennom eksempler fra rettspraksis søke å illustrere den vanskelige balansegangen mellom vernehensynet for arbeidstaker og arbeidsgivers styringsrett.

2. Hensyn

Et ansettelsesforhold er en gjensidig bebyrdende avtale. Det etablerer rettigheter og plikter for såvel arbeidsgiver som arbeidstaker. Arbeidsavtalen underbygges av partenes lojalitetsplikt, herunder spesielt arbeidstakers underordningsplikt. Det er helt avgjørende for arbeidsgiver å ha muligheten til å si opp en arbeidstaker dersom denne misligholder rettighetene og pliktene som følger av arbeidsavtalen.

Arbeidsmiljølovens formål er å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø som gir grunnlag for en meningsfylt arbeidssituasjon, og full trygghet mot fysiske/psykiske skadevirkninger jf. aml. § 1-1 a jf. § 4-1 (1). Formålet om å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet er videre viktige hensyn som arbeidsmiljøloven pålegger arbeidsgiver plikter for å fremme i egen virksomhet. Som en konsekvens av dette vil det følgelig være nødvendig for arbeidsgiver å si opp en ansatt som medvirker til et dårlig arbeidsmiljø blant kollegaer og kunder, og for å opprettholde tilliten til virksomheten kan det være nødvendig å si opp en ansatt som bryter tilliten.

3.1 Rettslig grunnlag

Arbeidsmiljøloven kapittel 15 regulerer vilkårene for -og konsekvensene av opphør av arbeidsforhold. Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er "saklig begrunnet" i

bl.a. "arbeidstakers forhold" jf. aml. § 15-7 (1). Saklighetskriteriet er uttrykk for en rettslig standard, og det dynamiske elementet endrer følgelig innhold i takt med den generelle samfunnsutviklingen. Kriteriet skal virke som en sikkerhetsventil mot arbeidsgivers vilkårlige behandling av de ansatte, og følgelig sikre likebehandling jf. § 1-1 b. Loven er i utgangspunktet preseptorisk jf. § 1-9, men reglene om oppsigelse i kap. 15 gjelder likevel ikke for virksomhetens øverste leder dersom vedkommende i forhåndsavtale har sagt fra seg slike rettigheter mot etterlønn ved fratreden jf. § 15-16 (2).

3.2. Saklighetsvurderingen

Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen i § 15-7 (1) anvisning på en konkret skjønsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser jf. Rt. 2009 s. 685 Web- redaktør-dommen. Spørsmålet ble oppstilt som om det etter en samlet avveining av begge parter 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 jf. premiss 52. I rettspraksis er det videre blitt lagt vekt på at arbeidsgivers reaksjon må fremstå som forholdsmessig til den handling som er blitt (eller unnlatt å bli) utført. Saklighetskravets dynamiske karakter slår ulikt ut i oppsigelsesvurderingen avhengig av om oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers forhold i - eller utenfor tjenesten.

3.3. Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold i tjenestetiden.

Vekten av subjektive rimelighetsmomenter i saklighetsvurderingen der oppsigelse er begrunnet i arbeidstakers forhold ble gjort rede for i Rt. 1992 s. 1023 Smuglerdommen. En flykaptein ble tatt for å ha innført totalt 6 flasker alkohol og en kartong sigaretter i strid med tollbestemmelsene. Selskapet avskjediget ham, men Høyesterett fant at avskjeden måtte opprettholdes som en saklig oppsigelse. Høyesterett la i vurderingen avgjørende vekt på flyselskapets behov i å ha tillit til tollmyndighetene. Arbeidstakeren mistet følgelig en stilling i det selskapet han hadde vært ansatt i over 15 år i. Det ville være meget vanskelig for arbeidstaker å få ny jobb, både på grunn av alder og på grunn av det begrensede arbeidsmarkedet som ansatte personell med den aktuelle arbeidstakerens utdanning. HR fant at det ikke

var grunnlag for å legge noen tung vekt på de subjektive rimelighetsmomentene. Ut fra praksis og teori antok de at det kan legges noe vekt på subjektive rimelighetsmomenter, men likevel i liten grad.

I Smuglerdommen ble det videre lagt tung vekt på flyselskapets holdninger overfor de tilfeller der arbeidstaker overtredet de interne instruksene var vel kjent blant de ansatte. En oppsigelse fremstod ikke som en uforholdsmessig reaksjon, og virksomhetens praksis når det gjaldt reaksjoner på tilsvarende overtredelser tilsa at arbeidsgiver hadde opptrådt konsekvent, og ga ikke uttrykk for forskjellsbehandling. Overtredelse av en intern instruks taler etter en analysering av Høyesteretts praksis tungt for oppsigelse jf. også Rt. 2001 s. 1589 Raufoss-dommen om vekten av dette momentet.

Saken gjaldt spørsmålet om en mannlig driftskonsulent ved en IT-avdeling kunne bli oppsagt etter å ha brukt arbeidsgivers internettlinje til private formål, ved å laste ned et betydelig antall musikkfiler. Høyesterett kom til at nedlastingen - som var til fortrengsel for andre brukere - ga bedriften saklig grunn til oppsigelse av konsulenten. Det ble bl.a. lagt avgjørende vekt på at nedlastingen var et brudd på en intern instruks i virksomheten, og arbeidsreglementet. Arbeidstakers belastning av den allerede hardt belastende linjen ble ansett som så uriktig og illojalt at det ikke var avgjørende at han heller ikke hadde mottatt en advarsel før oppsigelsen. Dette ble bl.a. begrunnet i arbeidstakers bevissthet over hvilket pliktbrudd han utførte.

3.4. Oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold utenfor tjenesten.

Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers uakseptable opptreden utenfor tjenesten stilles særlig strenge krav til saklighet jf. Webredaktør-dommen premiss 52. Saken gjaldt gyldigheten av en oppsigelse. En fylkeskommune ønsket å si opp en arbeidstaker som var dømt for seksuallovbrudd over nettet på fritiden. Høyesterett kom til at oppsigelsen var gyldig. Det ble lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren i tilstrekkelig grad hadde orientert sine overordnede gjennom hele prosessen, og at kommunen brukte for lang tid før mannen ble oppsagt. Av dommen kan man utlede at det stilles strenge krav til sakligheten ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers

uakseptable opptreden utenfor tjenestetiden. Det strenge kravet er et uttrykk for prinsippet om at arbeidstaker i all hovedsak er herre over sin egen fritid.

Det virker imidlertid som om Høyesterett har lettere for å gi arbeidsgiver medhold i oppsigelse der arbeidstakers opptreden på fritiden kan skade tilliten innad i arbeidsforholdet. Se for eksempel Rt. 1996 s. 1401 Autronica. Saken gjaldt spørsmålet om arbeidstakeren hadde krenket sin lojalitetsplikt overfor Arbeidsgiver på en måte som ga saklig grunn for oppsigelse. Et ektepar var ansatt i alarmselskapet Autronica, inntil ektemannen gikk av og startet sitt eget alarmselskap - Thomassen Alarm. Ektefellen Torgunn som fortsatt jobbet hos Autronica ble sagt opp på grunn av illojalitet, og arbeidsgiver viste her til hennes tilknytning til Thomassen Alarm. Høyesterett ga arbeidsgiver medhold, og oppsigelsen ble kjent gyldig. Det ble lagt avgjørende vekt på ektefellens manglende informasjon til arbeidsgiver. Her ser man Høyesterett på nytt trekke frem informasjon -og kommunikasjonsmomentet som avgjørende for resultatet.

Som nevnt innledningsvis etablerer en arbeidsavtale både rettigheter og plikter for partene. For arbeidsgiveren er den grunnleggende og sentrale forpliktelse å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver. Uteblir i vesentlig grad arbeidstakerens arbeidsytelse, gir det som utgangspunkt den annen part grunnlag for å bringe arbeidsavtalen til opphør jf. Rt. 1992 s. 1482 Soningsdommen. Saken gjaldt spørsmålet om en oppsigelse av arbeidstaker begrunnet i et uhjemlet fravær på to måneder og 19 dager var saklig begrunnet. Høyesterett kom til at oppsigelsen var saklig begrunnet, og uttalte i den sammenheng at et uhjemlet fravær i utgangspunktet vil være saklig grunn til oppsigelse. Dette gjelder imidlertid ikke uten unntak og dommen har uttalelser om uhjemlet fravær ved varetektsfengsling.

3.4 Krav om advarsel?

Jeg behandler dette kort i tilknytning til advarsel som et tolkningsmoment, og ikke i tilknytning til arbeidsgivers prosessuelle plikter. Det er ikke noe absolutt krav til at advarsel må være gitt for at en etterfølgende oppsigelse skal være saklig begrunnet. Ved vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det kunne være et moment om det er gitt advarsel, hvor det er blitt

gjort klart at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse jf. Rt. 2001 s. 1362. Foruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til tross for advarselen har handlet slik han har gjort vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg. Høyesterett kom likevel i dommen til at det dreiet seg om så massive, åpenbare og vedvarende pliktbrudd fra arbeidstakerens side at det ikke kunne vektlegges at advarsel ikke var blitt gitt. Av dommen kan man utlede nettopp det at advarsel ikke er noe ubetinget krav, men en indikasjon på hvorvidt arbeidstaker har et ønske om å innrette seg etter arbeidsgivers pålegg. Det er likevel ikke blitt gitt noen avgjørende vekt i rettspraksis.

4. Forholdet til avskjed

Det særegne med oppsigelser som er begrunnet i arbeidstakers forhold er at arbeidsgiver i flere tilfeller har et valg mellom oppsigelse og avskjed jf. aml. § 15-14. Arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden dersom denne har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen jf. (1). Dersom avskjeden er urettmessig kan retten likevel opprettholde avskjeden som oppsigelse jf. (3) 3.pkt. samt at arbeidstaker har krav på erstatning jf. (4).

5.1 Rettsvirkninger av gyldig oppsigelse

Dersom arbeidsgiver har begrunnet oppsigelsen saklig i arbeidstakers forhold innebærer dette et permanent opphør av arbeidsforholdet. De nærmere oppsigelsesfristene følger av aml. § 15-3, og oppsigelsestiden begynner f.o.m. første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted jf. (4). Ved oppsigelse av arbeidstaker i prøvetid gjelder det særskilte oppsigelsesfrister jf. (7). Dersom det oppstår tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør kan arbeidstaker fortsette i stillingen så lenge forhandlingene pågår etter § 17-3 jf. § 15-11. I noen tilfeller kan arbeidsgiver og arbeidstaker inngå en konkurranseklausul jf. bestemmelsene i kap. 14A jf. nærmere vilkår i § 14A-1.

5.2. Rettsvirkninger av ugyldig oppsigelse

Dersom arbeidsgivers oppsigelse ikke er gitt i henhold til formkravene skal

oppsigelsen kjennes ugyldig med mindre særlige omstendigheter gjør dette åpenbart urimelig jf. § 15.5 (1). Dersom oppsigelsen er ugyldig kan arbeidstaker kreve erstatning jf. (2). Dersom oppsigelsen er i strid med § 15-7 eller de særlige oppsigelsesvern-bestemmelsene i § 15-8-§15-10 kan retten kjenne oppsigelsen ugyldig jf. § 15-12 (1). I særlige tilfeller kan retten likevel bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre til tross for brudd på (1) jf. (1) 2.pkt. Bestemmelsens (2) har regler om erstatning til arbeidsgiver.