



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 16. februar 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Aage Thor Falkanger
dommer Henrik Bull
dommer Arne Ringnes
dommer Erik Thyness
dommer Knut Erik Sæther

HR-2022-390-A, (sak nr. 21-119780SIV-HRET)
Anke over Hålogaland lagmannsretts dom 8. juni 2021

A	(advokat Sigurd Øyvind Kambestad)
Fagforbundet (partshjelper)	(advokat Børge Benum)
mot	
Widerøe's Flyveselskap AS	(advokat Knut-Marius Sture – til prøve)

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

(1) Dommer **Bull:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder oppsigelse som følge av varig redusert arbeidsevne. Det er særlig spørsmål om arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt innebærer at arbeidstakeren har rett til å fortsette i redusert stilling, og i hvilken grad arbeidsgiver må ha dokumentert sin vurdering av hvorfor dette ikke var mulig som alternativ til oppsigelse.
- (3) A, som i dag er 42 år, har vært fast ansatt i Widerøe's Flyveselskap AS – heretter omtalt som Widerøe – siden 2001. De første årene arbeidet han som salgs- og servicearbeider/trafikkassistent på ulike flyplasser. I 2007 fikk han stilling som instruktør i Widerøes opplæringsavdeling i X – nå kalt Widerøe Aviation Academy – hovedsakelig innenfor faget bakkehåndtering på lufthavn, også kalt «ground handling».
- (4) I 2009 fikk A helseproblemer i form av utbrenthet og depresjon. I lange perioder var han helt eller delvis sykmeldt. Dette omfattet blant annet 100 prosent sykmelding i nærmere halvannet år fra 7. november 2012 til 30. april 2014. Fra mai 2014 kom han i arbeid igjen, først i et vikariat med 68,5 prosents stilling som salgs- og servicearbeider på Y, og fra sommeren 2014 i heltidsstilling som multimedieprodusent i opplæringsavdelingen.
- (5) Arbeidet som multimedieprodusent går ut på å lage instruksjonsvideoer og annet e-læringsmaterieell for de ansatte i Widerøe-konsernet. Bestillingene kommer fra ulike oppdragsgivere. Multimedieprodusentene setter sammen lyd og bilde med innhold levert fra andre.
- (6) I juni 2016 ble han på nytt sykmeldt på grunn av utbrenthet med tilhørende symptomer. Han var 100 prosent sykmeldt frem til utgangen av 2017. I løpet av denne perioden ble det i samarbeid med NAV utarbeidet en aktivitetsplan med sikte på at A skulle komme tilbake i full jobb for Widerøe. Det skulle skje en gradvis opptrapping. A begynte i januar 2018 med å arbeide ti prosent i stillingen som multimedieprodusent. De øvrige 90 prosent ble dekket av vikaren. Opptrappingen fortsatte frem til mars 2019, slik at A jobbet 20 prosent fra juli 2018 og ut året, deretter 40 prosent fra januar til mars 2019 og 50 prosent fra mars 2019. Vikaren, som var fast ansatt i en annen del av konsernet, dekket resten av stillingen.
- (7) I april 2019 kom A i samråd med sin lege til at det ikke var tilrådelig med ytterligere opptrapping. Arbeidsgiver ble informert om dette i slutten av mai 2019. På dette tidspunktet var det fire stillinger som multimedieprodusent i Widerøes opplæringsavdeling, alle heltidsstillinger, og arbeidsgiver mente det var uheldig med fast deltidsansatte multimedieprodusenter. A ble derfor varslet om at dersom han ikke kunne fortsette opptrappingen frem mot full stilling, ville man vurdere å si ham opp. Widerøe begynte samtidig å undersøke om det fantes, eller var utsikt til å bli ledig, halvtidsstillinger i konsernet som kunne passe for A.
- (8) Den 18. juni 2019 ble det holdt drøftingsmøte i henhold til arbeidsmiljøloven § 15-1, og i brev 25. juni 2019 ble A sagt opp fra stillingen som multimedieprodusent med tre måneders oppsigelsestid. I mellomtiden var det blitt klart at han kunne begynne i halv

stilling i selskapet Widerøe Ground Handling AS som trafikkassistent på Z lufthavn fra 1. juli 2019. Dette var et vikariat, i utgangspunktet i tre måneder, med mulighet for fast ansettelse.

(9) Siden det dreide seg om et vikariat, og med lavere lønn enn han hadde hatt, var dette ikke en fullgod løsning for A. Han krevde forhandlinger etter arbeidsmiljøloven § 17-3. Forhandlingsmøte ble holdt 1. oktober 2019, uten at partene kom til enighet. A reiste deretter søksmål med påstand om at oppsigelsen skulle kjennes ugyldig, og om erstatning.

(10) Under saksforberedelsen for tingretten viste det seg at vikariatet ikke ville resultere i en fast stilling. Dette var en konsekvens av redusert trafikk på grunn av koronapandemien. I april 2020 avsluttet Widerøe Ground Handling AS As engasjement på Z.

(11) Salten tingrett avsa 16. februar 2021 dom med slik domsslutning:

- «1. Widerøe's Flyveselskap AS frifinnes.
2. Partene bærer egne sakskostnader.»

(12) Dommen ble avsagt under dissens. Flertallet mente at Widerøe hadde oppfylt tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 og kravene til saksbehandling, og at en samlet avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers behov tilsa at oppsigelsen var saklig. Mindretallet, en av de arbeidslivskyndige meddommerne, mente det var uklart hvilke ulemper en permanent deling av As stilling i to halve stillinger ville ha medført for Widerøe. Arbeidsgiver skulle i større grad ha dokumentert sine vurderinger i forkant av oppsigelsen av hvorfor dette ikke ble ansett som en mulig løsning, for å gi retten det nødvendige grunnlag for å prøve om arbeidsgiver hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Etter mindretallets syn var det ikke sannsynliggjort at tilretteleggingsplikten var oppfylt, og oppsigelsen var dermed ugyldig.

(13) A anket dommen til Hålogaland lagmannsrett. Widerøe fremsatte på sin side begjæring om at A skulle fratre sin stilling under sakens gang. Lagmannsretten avsa 8. juni 2021 dom og kjennelse med slik slutning:

«I ankesaken

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A til Widerøe's Flyveselskap AS 209 086 – tohundreognitusenogåttiseks – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.

I saken om fratredelse

Begjæringen tas ikke til følge.»

(14) Også i lagmannsretten dissenterte den ene av de arbeidslivskyndige meddommerne. Flertallets og mindretallets syn på saken fulgte i hovedsak de samme skillelinjer som i tingretten.

(15) A har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse. Fagforbundet har erklært partshjelp til fordel for A. Næringslivets

Hovedorganisasjon har inngitt skriftlig innlegg i medhold av tvisteloven § 15-8. For øvrig står saken i vesentlig samme stilling som for lagmannsretten.

- (16) Saken er behandlet i fjernmøte, jf. § 3 i midlertidig lov 17. desember 2021 nr. 148 om enkelte tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbrudd av covid-19.

Partenes syn på saken

- (17) Den ankende part – A – har i korte trekk anført:
- (18) Oppsigelsen er ugyldig for det første fordi Widerøe ikke har oppfylt sin tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6 overfor arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevne, og for det andre fordi Widerøe ikke har oppfylt de krav til saksbehandling og forsvarlig faktisk grunnlag for oppsigelse som følger av den alminnelige domstolskapte saklighetsnormen i oppsigelsessaker.
- (19) Etter arbeidsmiljøloven § 4-6 plikter arbeidsgivere så langt det er mulig å iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstakere som har fått nedsatt arbeidsevne blant annet på grunn av sykdom, skal kunne beholde eller få passende arbeid. Et aktuelt tiltak ved varig nedsatt arbeidsevne er permanent nedsatt arbeidstid.
- (20) Det skal foretas en konkret helhetsvurdering av arbeidsgivers og arbeidstakers behov, men den vurderingen styres av at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd strekker seg «så langt det er mulig». Dette gir en høy terskel for at et nødvendig tiltak skal ligge utenfor tilretteleggingsplikten. En arbeidsgiver er rett nok ikke forpliktet til å opprette en ny stilling for arbeidstakeren, men en reduksjon av arbeidstiden i den stillingen som arbeidstakeren i utgangspunktet har, er i så måte ikke opprettelse av en ny stilling, selv om en annen arbeidstaker må tre inn i resten av stillingen.
- (21) Lagmannsrettens anvendelse av § 4-6 er i dette tilfellet feil – terskelen er lagt for lavt når lagmannsretten uten videre har akseptert arbeidsgivers anførsler om at det ikke var ønskelig med deltidsansatte multimedieprodusenter i opplæringsavdelingen. Widerøe har brutt § 4-6, og oppsigelsen er i dette tilfellet dermed også i strid med saklighetsnormen i arbeidsmiljøloven § 15-7.
- (22) Videre er det uklart hva Widerøe på oppsigelsestidspunktet bygget på. Det foreligger ingen dokumentasjon av at As deltidsarbeid før oppsigelsen har budt på problemer, eller av noen begrunnelse for hvorfor bedriften mente fortsatt halvtidsstilling ikke var akseptabelt som en permanent løsning. Det følger av domstolskapte normer for saksbehandling og krav til forsvarlig faktisk grunnlag i oppsigelsessaker at Widerøe måtte dokumentere sin vurdering av dette, og hva bedriften bygget vurderingen på, før bedriften gikk til oppsigelse. Hvis ikke, har ikke retten et tilstrekkelig grunnlag for å prøve arbeidsgivers vurdering opp mot saklighetsvilkåret i oppsigelsessaker. Oppsigelsen er da ugyldig allerede av denne grunn. Retten skal kjenne oppsigelsen ugyldig uten å vurdere om saksbehandlingsfeilen har virket inn på resultatet.
- (23) A bør videre tilkjennes oppreisningserstatning.

- (24) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Oppsigelsen av A er ugyldig.
 2. Widerøe's Flyveselskap AS dømmes til å betale erstatning til A utmålt etter rettens skjønn med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling skjer.
 3. Widerøe's Flyveselskap AS dømmes til å erstatte saksøkers omkostninger i anledning saken for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (25) Partshjelperen – *Fagforbundet* – har sluttet seg til As anførsler på alle punkter og har ikke lagt ned egen påstand.
- (26) Ankemotparten – *Widerøe's Flyveselskap AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (27) Lagmannsretten har med rette kommet til at Widerøe har oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Widerøes saksbehandling har vært forsvarlig og gir retten et tilstrekkelig grunnlag for sin prøving.
- (28) Plikten til tilrettelegging i arbeidsmiljøloven § 4-6 må forstås slik at arbeidsgiver ikke behøver å foreta endringer som medfører vesentlige ulemper. Plikten må ses i lys av at det i utgangspunktet er opp til arbeidsgiver å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur i bedriften, og i lys av at hovedformålet med bestemmelsen er å bringe arbeidstaker tilbake i sin opprinnelige stilling. Selv om det skal foretas en konkret helhetsvurdering, kan følgelig arbeidsgiver som den store hovedregel ikke pålegges å opprette nye stillinger på permanent basis, heller ikke i form av å splitte en tidligere heltidsstilling i to deltidsstillinger.
- (29) Lagmannsrettens konkrete rettsanvendelse er riktig. Gitt Widerøes behov for å bemanne opplæringsavdelingen med bare fulltidsansatte multimedieprodusenter, innebar oppsigelsen av A ikke brudd på arbeidsmiljøloven § 4-6 eller § 15-7. I denne vurderingen må det også tas hensyn til at A i en årrekke hadde problemer med å fungere i de stillingene han hadde. Widerøe forsøkte å tilrettelegge arbeidet for A helt frem til det ble klart at han ikke ville komme tilbake i full stilling. Det er ikke reist innvendinger mot Widerøes tilretteleggingstiltak frem til april/mai 2019.
- (30) Slik denne saken ligger an, er de krav som stilles til saksbehandling og forsvarlig faktisk grunnlag for oppsigelse, oppfylt. Det kan ikke oppstilles et generelt krav om skriftlig dokumentasjon av alle detaljer i arbeidsgivers vurderinger før oppsigelsen – kravet til dokumentasjon må tilpasses hva slags vurderinger det er tale om. Det er dokumentert at spørsmålet om fast halvtidsstilling ble vurdert, og for øvrig fikk lagmannsretten et tilstrekkelig grunnlag til å etterprøve denne vurderingen gjennom partsforklaringen i retten. Lagmannsretten har foretatt en selvstendig vurdering av spørsmålet, og lagmannsrettens bevisvurdering er ikke angrepet.
- (31) Skulle Høyesterett likevel komme til at arbeidsgivers saksbehandling lider av feil, må det i denne saken foretas en nærmere vurdering av om feilen har hatt betydning for oppsigelsesspørsmålet. Den etterlyste dokumentasjonen ville ikke ha påvirket oppsigelsesbeslutningen.
- (32) Videre er det under enhver omstendighet ikke grunn til å tilkjenne oppreisningserstatning.

(33) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. Widerøe's Flyveselskap AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og Høyesterett.»

Mitt syn på saken

De rettslige utgangspunktene og problemstillingene i saken

- (34) Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 at en arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Dette innebærer at det må foretas en konkret, skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser, der terskelen for oppsigelse er høy. Det skal først vurderes om det foreligger en legitim og tungtveiende interesse for oppsigelse. Videre må arbeidsgiverens og arbeidstakerens interesser i utfallet av saken veies mot hverandre. Jeg viser til den mer utførlige redegjørelsen i HR-2021-2389-A *pasientjournal* avsnitt 39–41.
- (35) I denne saken er oppsigelsesgrunnen arbeidstakers reduserte arbeidsevne på grunn av sykdom. Hvorvidt arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6, vil da stå sentralt i vurderingen etter § 15-7. Hvis denne plikten ikke er oppfylt, slik A anfører, er det vanskelig å tenke seg at oppsigelsen likevel skulle være saklig. Som jeg kommer tilbake til, må det også etter § 4-6 foretas en konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering.
- (36) Det er videre klart at saklighetsnormen i § 15-7 innebærer krav til de vurderingene og den saksbehandlingen som arbeidsgiver må foreta før det treffes beslutning om oppsigelse. I denne saken er det anført at arbeidsgiver ikke har oppfylt disse kravene, og at oppsigelsen allerede av den grunn er ugyldig.
- (37) Det er ikke anført andre grunner til at saklighetskravet i § 15-7 ikke er oppfylt. Noe avhengig av hvordan man ordner momentene i de konkrete helhetsvurderingene som må foretas, er det dermed, slik denne saken ligger an, liten plass for en ytterligere vurdering etter § 15-7 når de to spørsmålene i saken er besvart.
- (38) A hadde hatt redusert arbeidsevne på grunn av sykdom gjennom flere år da han ble oppsagt 25. juni 2019. Som jeg har vært inne på innledningsvis, hadde arbeidsgiver gjennom disse årene gjennomført forskjellige tilretteleggingstiltak med sikte på at han skulle komme tilbake i full stilling. Det bestrides ikke at disse tiltakene oppfylte kravene i § 4-6. Saken reiser med andre ord utelukkende spørsmål om plikten etter § 4-6 i dette tilfellet også innebærer en plikt for arbeidsgiver til å la A fortsette på permanent basis i halv stilling som multimedieprodusent etter at det ble klart at han ikke ville komme tilbake som heltidsansatt i denne stillingen.
- (39) A bestrider heller ikke at saksbehandlingskravene i annet til femte ledd er oppfylt. Saksbehandlingsspørsmålet går i realiteten ut på om domstolene har tilstrekkelig grunnlag for å prøve om oppsigelsen er i strid med § 4-6 første ledd. Som jeg kommer tilbake til, mener jeg at de kravene som her kan stilles til arbeidsgivers saksbehandling, ikke kan ses isolert fra det retten i praksis skal prøve, nemlig om oppsigelsen innebærer et brudd på

tilretteleggingsplikten etter § 4-6. Det er derfor hensiktsmessig først å gå nærmere inn på § 4-6.

Generelt om arbeidsmiljøloven § 4-6

(40) Arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd lyder slik:

«Hvis en arbeidstaker har fått redusert arbeidsevne som følge av ulykke, sykdom, slitasje e.l., skal arbeidsgiver, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde eller få et passende arbeid. Arbeidstaker skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr, gjennomgått arbeidsrettede tiltak e.l.»

- (41) Bestemmelsen pålegger altså arbeidsgiver en plikt til «så langt det er mulig» å iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal kunne «beholde eller få» et passende arbeid. Det primære er å få arbeidstakeren tilbake i det arbeidet vedkommende hadde før arbeidsevnen ble redusert, men arbeidsgiver kan også være forpliktet til andre og mer permanente tilretteleggingstiltak.
- (42) Videre fremheves «tilrettelegging av ... arbeidstiden» som et aktuelt tiltak. Det fremgår av Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) side 8, som gjaldt den tidligere og på dette punkt likelydende § 13 nr. 2 i arbeidsmiljøloven 1977, at dette omfatter så vel endrede tidspunkter for arbeidet som redusert arbeidstid.
- (43) Formuleringen «så langt det er mulig» tilsier at arbeidsgivers plikt er vidtgående. Forarbeidene bekrefter dette. I Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) heter det på side 8 at dette innebærer «et vidtrekkende ansvar». I Prop. 89 L (2010–2011), som riktignok ikke gjaldt endring av § 4-6 første ledd, uttales det på side 13 at dette skal «tolkes strengt» og kan omfatte tiltak som er «økonomisk belastende eller på annen måte ressurskrevende og til ulempe for arbeidsgiver». Det må være riktig.
- (44) Påpekningen av redusert arbeidstid som et egnet virkemiddel innebærer videre en underforstått aksept fra lovgivers side av at arbeidsgiver kan bli henvist til å skaffe annen arbeidskraft til å fylle resten av stillingen. Hvis det hadde vært meningen å avgrense mot dette, ville man ha stått igjen med de tilfellene der resten av arbeidstiden kan bortfalle eller fylles av eksisterende arbeidskraft. Et så vesentlig forbehold burde i så fall ha fremgått av forarbeidene.
- (45) Samtidig er det klart at «så langt det er mulig» ikke kan tas helt på ordet. Både i Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) på side 8 og i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) – forarbeidene til nåværende arbeidsmiljølov – på side 104 fremheves «tilfeller der det oppstår betydelige problemer med å skaffe andre som kan overta arbeidet på den resttid som blir ledig». I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) uttales det på side 105 at arbeidsgivers plikt ikke går så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstakeren, «men dersom det er eller blir ledig en passende stilling i virksomheten, skal den tilbys arbeidstakeren hvis vedkommende ellers er skikket for stillingen». Det samme sies i spesialmotivene til § 4-6 på side 309.
- (46) Dette peker etter mitt syn på en annen avgrensning av arbeidsgivers plikt etter § 4-6 enn det som følger av yttergrensen for de direkte økonomiske belastningene som arbeidsgiver

må tåle, nemlig den avgrensningen som må gjøres av hensyn til arbeidsgivers behov for å styre virksomheten. Arbeidsgivers styringsrett er rett nok begrenset, særlig av arbeidsavtale, tariffavtale og lovgivning. Det er klart at også § 4-6 innebærer inngrep i styringsretten når bestemmelsen for eksempel kan medføre en plikt til å tilrettelegge for deltidsarbeid for en arbeidstaker. Det er imidlertid ikke til hinder for at § 4-6 må tolkes i lys av hensynet til arbeidsgivers behov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstruktur. Dette er grunnleggende for hvordan virksomheten skal løse sine oppgaver. Jeg ser uttalelsen i forarbeidene om atplikten etter § 4-6 ikke strekker seg så langt som til å opprette en ny stilling for den aktuelle arbeidstakeren, som utslag av et slikt mer generelt syn på hva som ligger i arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge «så langt det er mulig». Også det å opprette nye stillinger for andre arbeidstakere dersom det er nødvendig av hensyn til den aktuelle arbeidstakeren, kan derfor ligge utenfor det som er «mulig».

- (47) Uttalelsene om «betydelige problemer» med å skaffe andre som kan overta arbeidet på den resttid som blir ledig, gjelder nok primært mangel på søkere til deltidsstillinger for den typen arbeid det er tale om. Etter mitt syn kan uttalelsene ikke leses slik at dette skulle være den eneste formen for problem for arbeidsgiver som er relevant i denne sammenheng. De er dermed ikke til hinder for at også arbeidsgivers behov for å kunne bestemme organisasjons- og stillingsstruktur har betydning for hvor langt arbeidsgivers tilretteleggingsplikt strekker seg.
- (48) Samtidig er det grunn til å understreke at hva som er mulig, vil bero på en «konkret, skjønnsmessig helhetsvurdering» i det enkelte tilfellet, slik det heter i Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) på side 8. Det er ikke grunnlag for å oppstille absolutte grenser, og som nevnt åpner loven klart for redusert arbeidstid som et aktuelt tiltak. Her kan det blant annet ha betydning om det dreier seg om kortvarige eller langvarige tilretteleggingstiltak, om stillingsstrukturen allerede innebærer bruk av deltidsstillinger, og om bedriften uansett har behov for en ny stilling som kan passe. Er det tale om permanente endringer i organisasjons- eller stillingsstrukturen i bedriften, må det imidlertid etter mitt syn foreligge vektige grunner før § 4-6 medfører en plikt for arbeidsgiver til det.
- (49) Partene har drøftet om arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd og likestillings- og diskrimineringsloven § 22 kan gi bidrag til tolkningen av arbeidsmiljøloven § 4-6. Arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd gir blant annet arbeidstakere som har helsemessig behov for det, rett til å få redusert sin arbeidstid «dersom arbeidstidsreduksjonen kan gjennomføres uten vesentlig ulempe for virksomheten». Arbeidstakeren har rett til å gå tilbake til tidligere arbeidstid «[n]år avtalt periode med redusert arbeidstid er over». Bestemmelsen regulerer altså en annen – og for arbeidsgiver i utgangspunktet mindre byrdefull – plikt enn der det er tale om å tilby redusert arbeidstid på permanent basis til en arbeidstaker med varig redusert arbeidsevne. Formuleringen «uten vesentlig ulempe for virksomheten» er i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 316 kommentert med at den ikke innebærer noen realitetsendring i forhold til arbeidsmiljøloven 1977 § 46 A, der det stod «særlige ulemper». I Ot.prp. nr. 3 (1982–1983) side 40 heter det om det siste at det må foretas en interesseavveining, og videre at arbeidsgiver vil kunne påberope seg en særlig ulempe blant annet når det gjelder stillinger som det er særlig vanskelig å dele på.
- (50) Likestillings- og diskrimineringsloven § 22 gir arbeidstakere med funksjonsnedsettelse rett til egnet individuell tilrettelegging for blant annet å sikre at de kan få eller beholde arbeid på lik linje med andre. I spesialmotivene til bestemmelsen i Prop. 81 L (2016–2017) side 327 nevnes tilrettelegging av arbeidstid som eksempel på et tiltak av «organisatorisk art»

som kan være aktuelt, ved siden av tiltak «av fysisk art». Videre heter det at «[t]ilrettelegging for arbeidstakere med midlertidig redusert arbeidsevne vil reguleres av § 4-6 i arbeidsmiljøloven». Som tidligere nevnt kommer § 4-6 til anvendelse også ved varig nedsatt arbeidsevne. Forholdet mellom de to bestemmelsene i slike situasjoner synes ikke å være spesielt drøftet i forarbeidene.

- (51) Retten til tilrettelegging etter § 22 gjelder imidlertid bare tiltak som «ikke innebærer en uforholdsmessig byrde». Hva som kan utgjøre en uforholdsmessig byrde, er kommentert i Prop. 81 L (2016–2017) på side 221. Fremstillingen gjelder rettstilstanden før vedtakelsen av den nåværende likestillings- og diskrimineringsloven, men på side 226 i proposisjonen fremgår det at man tar sikte på å videreføre rettstilstanden. Det er særlig de økonomiske byrdene en arbeidsgiver må akseptere, som kommenteres nærmere. Etter mitt syn kan man imidlertid ikke av det slutte at hensynet til arbeidsgivers behov for å bestemme organisasjons- og stillingsstruktur ikke skulle være et relevant, om enn ikke alltid avgjørende, hensyn også her. Så vidt jeg kan skjønne, gjør de samme hensyn seg gjeldende i så måte som ved arbeidsmiljøloven § 4-6. Om avveiningen alltid vil falle likt ut etter de to bestemmelsene, gir ikke denne saken grunnlag for å ta stilling til.
- (52) Jeg kan etter dette ikke se at arbeidsmiljøloven § 10-2 fjerde ledd og likestillings- og diskrimineringsloven § 22 tilsier en annen grense for arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 4-6 enn den som jeg har allerede har gitt uttrykk for, når bestemmelsen anvendes på problemstillingen i saken her. Det må altså foreligge vektige grunner før § 4-6 medfører en plikt for arbeidsgiveren til å foreta permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen i bedriften. Andre spørsmål som særlig forholdet mellom virkeområdet for arbeidsmiljøloven § 4-6 og likestillings- og diskrimineringsloven § 22 kan gi opphav til, er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på.

Krav til arbeidsgivers saksbehandling

- (53) Som tidligere nevnt innebærer saklighetsnormen i arbeidsmiljøloven § 15-7 krav til den saksbehandlingen og de vurderingene som arbeidsgiver må foreta før det treffes beslutning om oppsigelse. Retten må ha et tilstrekkelig faktisk grunnlag for å kunne etterprøve sakligheten av de vurderingene som arbeidsgiver har gjort. I HR-2021-2389-A *pasientjournal* avsnitt 43 heter det at «[d]et avgjørende faktiske grunnlaget for domstolsprøvingen er opplysningene som forelå da arbeidsgiveren besluttet oppsigelsen, og som motiverte arbeidsgiveren på oppsigelsestidspunktet, jf. Rt-1996-1401».
- (54) Jeg forstår henvisningen til Rt-1996-1401 slik at det Høyesterett først og fremst har villet avgrense mot, er forsøk på å trekke inn kvalitativt andre forhold enn dem som har vært tillagt vekt under oppsigelsesprosessen. Når det i pasientjournaldommen avsnitt 44 tales om å tillate nye opplysninger «som kommer frem umiddelbart etter oppsigelsen, og som står i nær sammenheng med det faktiske grunnlaget som arbeidsgiveren har begrunnet oppsigelsen med», gjelder det opplysninger som supplerer de opplysningene som arbeidsgiver har vist til under selve oppsigelsesprosessen. Jeg viser her til avsnitt 52, der det heter at disse opplysningene ikke representerte noe nytt faktum, men knyttet seg til og inngikk som et element i det regelbruddet som begrunnet oppsigelsen.
- (55) Det er altså en viss åpning for at arbeidsgiver senere kan utdype vurderinger knyttet til det som oppsigelsen ble begrunnet med overfor arbeidstakeren på oppsigelsestidspunktet.

Utgangspunkt må tas i de etablerte prinsippene for domstolsprøving av oppsigelser. Prøvingen skal som nevnt skje ut fra de faktiske forholdene på oppsigelsestidspunktet, og det er i utgangspunktet arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at det faktisk oppsigelsen bygger på, er riktig. Når saken står for domstolene, har partene anledning til å avgi forklaringer og føre andre bevis som kaster lys over forholdene på oppsigelsestidspunktet, men opplysninger som fremkommer etter at en tvist har oppstått, og som endrer det bildet tidsnære bevis gir, vil som regel ha begrenset beviskraft.

- (56) Hvilken vekt retten kan legge på slike utdypninger gjennom parts- eller vitneforklaringer, må etter mitt skjønn i noen grad også avhenge av oppsigelsesgrunnen – hva slags vurdering det konkret er tale om å prøve – og situasjonen for øvrig i den enkelte sak.
- (57) A har vist til HR-2019-424-A, der det ble stilt relativt strenge krav til dokumentasjon av hvilke vurderinger som arbeidsgiver hadde bygget på. Den saken dreide seg om oppsigelse av en del av arbeidsstokken som ledd i nedbemanning. Arbeidsgiver hadde valgt å fravike ansiennitetsprinsippet til fordel for mer skjønnsmessige kriterier som «kreativitet, selvstendighet og omdømme». I avsnitt 80 og 81 sluttet Høyesterett seg til lagmannsrettens syn om at bruken av disse kriteriene måtte «belegges med solid dokumentasjon». Hvis ikke, sviktet grunnlaget for domstolenes prøving av om oppsigelsene var saklige.
- (58) I saken her er derimot det avgjørende spørsmålet om tilretteleggingsplikten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 innebar at arbeidsgiveren hadde plikt til å la arbeidstakeren fortsette permanent i halv stilling. De tilretteleggingstiltakene som ble forsøkt med sikte på å få arbeidstakeren tilbake i full stilling, eller dokumenteringen av dem, er det ikke reist innvendinger mot. Dermed er det tale om grunnlaget for å kunne etterprøve arbeidsgiverens vurdering på oppsigelsestidspunktet av om det for fremtiden ville skape så store problemer å la arbeidstakeren fortsette permanent i halv stilling, at det lå utenfor tilretteleggingsplikten etter § 4-6. Det er heller ikke tvil om at dette var den reelle grunnen til oppsigelsen. Når det gjelder slike forhold, må domstolene etter mitt syn i større grad kunne bygge sin prøving også på det som kommer frem gjennom parts- og vitneforklaringer.
- (59) Jeg kan altså ikke se at det er grunnlag for å oppstille en generell regel om at rettens prøving av om en oppsigelse er saklig, bare kan bygge på dokumentasjon av arbeidsgivers vurderinger og grunnlaget for dem foretatt før oppsigelsen. Vurderingene og grunnlaget må etter omstendighetene også kunne belyses gjennom parts- og vitneforklaringer – som retten da må foreta en reell bevisvurdering av; den kan selvsagt ikke legge arbeidsgivers partsforklaring uprøvd til grunn. Avhengig av hvordan saken ligger an, kan slike parts- og vitneforklaringer ha større eller mindre beviskraft holdt opp mot det som måtte foreligge – eller mangle – av dokumentasjon av arbeidsgivers saksbehandling under oppsigelsesprosessen.

Lagmannsrettens rettsanvendelse

- (60) Dette leder meg frem til en vurdering av lagmannsrettens rettsanvendelse knyttet til saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7. Som jeg tidligere har vært inne på, er det i denne saken i praksis to elementer som er aktuelle i denne vurderingen: arbeidsgivers saksbehandling og om oppsigelsen innebærer et brudd på arbeidsmiljøloven § 4-6. I denne konkrete vurderingen ser jeg først på saksbehandlingsspørsmålet.

Lagmannsrettens vurdering av saksbehandlingen

- (61) I referat fra et dialogmøte 5. mai 2017 fremgår det at arbeidsgiver ga uttrykk for at As stilling var «krevende ift. at det er en del prosjekter med dead-lines», og at arbeidsgiver fant det «vanskelig å skulle tilrettelegge for en eventuell 50% stilling».
- (62) Det er særlig disse problemene som A mener skulle ha vært bedre dokumentert under oppsigelsesprosessen, fremfor at lagmannsretten bygget på forklaringene for retten. Særlig burde arbeidsgiver ha dokumentert i hvilken grad As deltidsarbeid som multimedieprodusent faktisk hadde skapt problemer for de prosjektene han hadde hatt deltatt i.
- (63) Arbeidsgiver kunne etter mitt syn ha vært mer utførlig i sin dokumentasjon på dette punkt. De opplysningene som lagmannsretten har bygget på om mulige problemer i fremtiden, ligger imidlertid naturlig i forlengelsen av det som fremkom før oppsigelsen. Lagmannsretten har særlig fremhevet følgende: Arbeidet er organisert slik at det normalt bare er én produsent per prosjekt. Hvis en produsent arbeider halv tid, vil det gå lengre tid fra oppstart til ferdigstillelse, og det medfører at en deltidsansatt ikke kan ta hasteoppdrag, som det er mange av, og i praksis heller ikke større prosjekter. Disse prosjektene må da tas av de andre multimedieprodusentene. Produsentene er videre avhengig av å samarbeide med bestillere og innholdsleverandører, noe som forutsetter tilstedeværelse. Videre ble det vist til at det generelt er vanskelig å rekruttere kvalifisert personell til halve stillinger.
- (64) Mangler i arbeidsgivers dokumentering av slike problemer før oppsigelsen må retten selvsagt ta hensyn til i sin bevisvurdering. Slik saken lå an, kan jeg imidlertid ikke se at lagmannsretten var forhindret fra å legge vekt på det som fremkom i retten om hvilke problemer som arbeidsgiver så for fremtiden.
- (65) Anførselen om at mangler ved arbeidsgivers saksbehandling innebærer at oppsigelsen av A er i strid med saklighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 15-7, kan etter dette ikke føre frem.

Lagmannsrettens anvendelse av arbeidsmiljøloven § 4-6

- (66) A har med styrke fremholdt at retten ikke uten videre kan legge arbeidsgivers forklaring til grunn ved prøvingen av om arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt. Det er jeg selvsagt enig i. Men det er ikke grunn til å tvile på at lagmannsretten har foretatt en selvstendig bevisvurdering som grunnlag for sin anvendelse av arbeidsmiljøloven § 4-6 og § 15-7. Den har trukket frem forklaringene fra A selv, hans vikar og andre vitner om at det fungerte bra med dem i hver sin deltidsstilling. Retten begrunner så hvorfor den likevel finner å måtte bygge på arbeidsgivers forklaring om de problemene som ville oppstå i fremtiden om dette skulle bli en permanent løsning. Bevisbedømmelsen er ikke påanket.
- (67) Som jeg tidligere har fremholdt, må det vektige grunner til før tilretteleggingsplikten etter § 4-6 innebærer en plikt for arbeidsgiver til å foreta permanente endringer i organisasjons- og stillingsstrukturen i bedriften. De problemene som lagmannsrettens flertall fant bevist

knyttet til en permanent halvtidsstilling for A, innebærer etter mitt syn at det ville være tale om en permanent endring i organisasjons- og stillingsstrukturen.

- (68) Lagmannsrettens flertall har også vurdert de problemene oppsigelsen skaper for A. Flertallet peker i denne forbindelse på at A ikke er eldre enn at han fortsatt har mulighet til å ta en utdanning og skaffe seg et annet arbeid, og at det ikke er forhold ved hans livs- og familiesituasjon som tilsier at redusert inntekt og tapt tilknytning til arbeidslivet vil utgjøre en uforholdsmessig stor belastning for ham. Jeg kan ikke se at denne konkrete avveiningen er i strid med § 4-6.
- (69) Lagmannsretten har videre lagt vekt på at Widerøe over lang tid hadde strukket seg langt for å ivareta As behov for tilrettelegging. Her viser jeg til min innledende gjennomgang av sakens bakgrunn. Dette synspunktet – som etter omstendighetene kanskje hører best hjemme i § 15-7 når spørsmålet etter § 4-6 er avgrenset til Widerøes tilretteleggingsplikt inn i fremtiden – må også være relevant i saklighetsvurderingen.
- (70) Alt i alt mener jeg at også lagmannsrettens konkrete prøving av om oppsigelsen var saklig, er uttrykk for korrekt rettsanvendelse, og at anken heller ikke kan føre frem på dette punkt.

Sakskostnader

- (71) Anken har etter dette ikke ført frem, og Widerøe's Flyveselskap AS har krevd seg tilkjent sakskostnader for tingretten og Høyesterett. Sakskostnader for lagmannsretten ble tilkjent i lagmannsrettens dom.
- (72) Etter tvisteloven § 20-2 har den part som har vunnet saken, krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Motparten kan imidlertid helt eller delvis fritas fra kostnadsansvaret hvis tungtveiende grunner gjør det rimelig. En slik grunn kan være at saken er av velferdsmessig betydning og styrkeforholdet partene imellom tilsier slikt fritak, jf. § 20-2 tredje ledd bokstav c.
- (73) Jeg er kommet til at det ikke bør tilkjennes sakskostnader for noen instans. Widerøe's Flyveselskap AS er en nokså stor bedrift og del av et større konsern. For A, som med sine helsemessige utfordringer kan møte problemer på arbeidsmarkedet etter oppsigelsen, har saken stor velferdsmessig betydning. Et kostnadsansvar vil ramme ham hardt. Jeg legger også en viss vekt på at det både i tingretten og lagmannsretten var dissens basert på den sparsomme dokumentasjonen fra Widerøes side under oppsigelsesprosessen av de vurderingene som oppsigelsen bygget på. Det hadde vært mulig for Widerøe å sørge for en bedre dokumentasjon av dette.

Konklusjon

- (74) Jeg er etter dette kommet til at anken må forkastes, men at det ikke tilkjennes sakskostnader for noen instans.

(75) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes for så vidt gjelder punkt 1 i domsslutningen i lagmannsrettens dom.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

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

(77) Dommer **Sæther:** Likeså.

(78) Dommer **Thyness:** Likeså.

(79) Dommer **Falkanger:** Likeså.

(80) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes for så vidt gjelder punkt 1 i domsslutningen i lagmannsrettens dom.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.