



Eidsivating lagmannsrett - Dom - LE-2023-78403

Instans	Eidsivating lagmannsrett – Dom
Dato	2024-02-21
Publisert	LE-2023-78403
Stikkord	Arbeidsrett. Usaklig oppsigelse. Tapsbegrensningsplikt. Arbeidsmiljøloven § 15-12 annet ledd.
Sammendrag	<p>Saken gjaldt krav om erstatning etter oppsigelse i forbindelse med en nedbemanningsprosess. En samlet lagmannsrett kom til at oppsigelsen var usaklig. Arbeidsgiver hadde lagt til grunn en for snever utvelgelseskrets og saksbehandlingen var samlet sett ikke etterprøvable og forsvarlig. Lagmannsretten delte seg i et flertall og i et mindretall når det gjelder den konkrete erstatningsutmålingen. Flertallet kom til at arbeidstaker ikke skulle tilkjennes erstatning for økonomisk tap (lønnstap). Ved beregningen av det økonomiske tapet fant lagmannsretten det klart at arbeidstaker, selv ved en saklig prosess, i beste fall ville hatt krav på stilling med lønn tilsvarende en prosjektleder. Arbeidstaker hadde fått tilbud om slik stilling i virksomheten kort tid etter oppsigelsen, men avslå tilbudet. Etter flertallets syn hadde ikke arbeidstaker rimelig grunn til å avslå tilbudet om ny stilling. Han hadde da ikke oppfylt sin tapsbegrensningsplikt. At arbeidstaker kunne holdt seg økonomisk skadesløs ved å takke ja til tilbudet, måtte hensyntas ved utmålingen.</p>
Saksgang	Østre Innlandet tingrett TOIN-2022-91569 – Eidsivating lagmannsrett LE-2023-78403 (23-078403ASD-ELAG/).
Parter	[virksomhet] AS (advokat Jens Kristian Johansen, advokatfullmektig Maria Mirijanyan) mot A (advokatfullmektig Hanne Hagen Hammer, advokat Kristian Sæbø).
Forfatter	Førstelagmann Nina Sollie, lagdommer Stefan Jørstad og tingrettsdommer Knut Aleksander Lahelle Rabl-Vøien. Meddommere: distriktssekretær Jørund Hassel og daglig leder Ole Enok Skjellestad.

Innholdsfortegnelse

Eidsivating lagmannsrett - Dom - LE-2023-78403	1
Innholdsfortegnelse.....	2
Sakens bakgrunn	3
Partenes syn på saken.....	4
Ankende part – [virksomhet] AS - har i hovedsak gjort gjeldende:.....	4
Ankemotparten – A - har i hovedsak gjort gjeldende:	5
Lagmannsretten bemerker:	6
Er oppsigelsen saklig?	6
Erstatningsutmålingen	8
Lagmannsrettens flertall – førstelagmann Sollie, lagdommer Jørstad og arbeidslivskyndig meddommer Skjellestad - har følgende merknader:	8
Tilbudet om ny stilling	9
Årsakssammenheng; hvilket lønnsnivå skal legges til grunn for erstatningsutmålingen?	10
Tapsbegrensningsplikt; Skal det gjøres fradrag for lønnsinntekt A burde hatt?	11
Erstatning for ikke-økonomisk tap	12
Sakskostnader	12
Mindretallet – tingrettsdommer Rabl-Vøien og arbeidslivskyndig meddommer Hassel – er enig med flertallet i de rettslige utgangspunktene.	13
Tilbudet om ny stilling	13
Utmålingen av erstatning for økonomisk tap – tapt lønnsinntekt	13
Erstatning for ikke-økonomisk tap	14
Sakskostnader	14

Saken gjelder krav om erstatning etter oppsigelse ved nedbemanning, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 annet ledd.

Sakens bakgrunn

A (A) ble ansatt som kvalitetssjef i [virksomhet] AS ([virksomhet]) med virkning fra 13. august 2018. [virksomhet] er totalleverandør av tre- og parkettgulv. Selskapet har hovedkontor i Brumunddal, men har også virksomhet i Oslo. [virksomhet] har 86 ansatte, hvorav 67 montører.

Frem til våren 2022 var virksomheten delt inn i fem avdelinger; avdeling for økonomi & finans, logistikk & innkjøp, salg & marked, prosjekt, samt kvalitet. A ledet kvalitetsavdelingen som bestod av tolv ansatte – fem funksjonærer og syv montører – i tillegg til A selv. A satt i ledergruppen og rapporterte direkte til daglig leder B.

A ble i slutten av februar 2022 innkalt til et «møte vedr sluttavtale». [virksomhet] var fornøyd med As faglige kvalifikasjoner, men var misfornøyd med hvordan A utførte sine oppgaver som avdelingsleder. I møtet, som ble avholdt 7. mars 2022, fikk A et tilbud om sluttavtale av daglig leder B. A var ikke fornøyd med tilbudet. [virksomhet] fremsatte 22. mars 2022 et nytt tilbud, men partene kom ikke til enighet.

[virksomhet]s virksomhet ble påvirket av koronapandemien. Det er ikke omtvistet at selskapet var i en krevende økonomisk situasjon vinteren og våren 2022. Kraftige prisøkninger, begrenset råvaretilgang og en ugunstig valutasituasjon, påvirket den økonomiske situasjonen i selskapet.

Den 11. mars 2022 – parallelt med forhandlingene om sluttavtale mellom [virksomhet] og A – besluttet styret i [virksomhet] å gjennomføre tiltak for å redusere selskapets faste kostnader med minst seks millioner kroner. Dette var nødvendig for å sikre selskapets videre drift.

Det ble gjennomført et allmøte med alle funksjonærene i Brumunddal 23. mars 2022. Styrets leder D redegjorde for den økonomiske situasjonen og informerte om at det var nødvendig å foreta nedbemanning. I møtet ble det også informert om at daglig leder B hadde sagt opp sin stilling og skulle fratruke 30. april 2022. B skulle erstattes av C, som var sønn av selskapets grunnlegger og hadde lang fartstid i selskapet. C hadde også tidligere vært daglig leder i selskapet, men var på det aktuelle tidspunktet leder for avdelingen salg & marked.

Den 5. april 2022 ble det gjennomført drøftelsesmøte med de tillitsvalgte. Det fremgår av protokollen fra møtet at det var besluttet å sette i gang en prosess for å slå sammen prosjekt- og kvalitetsavdelingen. Dette ville medføre overtallighet. Det fremgår videre av protokollen at ansiennitet, kompetanse og sosiale forhold «vil bli fulgt som utgangspunkt». Dagen etter møtet ble A og ytterligere én ansatt i kvalitetsavdelingen – prosjektleder E – innkalt til drøftelsesmøte. Drøftelsesmøtet med A ble gjennomført 8. april 2022. I møtet deltok A, styrets leder D og daglig leder B. Etter ønske fra A deltok ikke den tillitsvalgte i møtet. Det er utarbeidet protokoll fra møtet, men A har ikke undertegnet den. Det skyldes at A mener at protokollen ikke gir en dekkende beskrivelse av det som ble uttalt i møtet.

A foretok skjult lydopptak av drøftelsesmøtet. Det fremgår av transkripsjonen av lydopptaket at A uttrykte interesse også for stillinger utenfor ledergruppen. Dette fremgår også av protokollen fra møtet.

Det ble avholdt et nytt møte 22. april 2022, hvor A og daglig leder B deltok. I møtet fikk A overlevert oppsigelse, datert 21. april 2022. I møtet ble bakgrunnen for oppsigelsen gjennomgått. A hadde tre måneders oppsigelsestid og arbeidsforholdet ville opphøre 31. juli 2022.

A foretok lydopptak også av dette møtet, uten at B var kjent med det. Det fremgår av transkripsjonen at B uttalte at A kun var vurdert opp mot lederen av prosjektavdelingen, F, og ikke opp mot øvrige ansatte.

Et springende punkt i saken er om Bs uttalelse er uttrykk for en korrekt beskrivelse av de faktiske forhold. [virksomhet] gjør gjeldende at B er vurdert opp mot hele virksomheten, men at B – som avtroppende daglig leder – ikke var informert om de vurderingene styreleder D og påtroppende daglig leder C hadde foretatt. Det er ingen uenighet om at hele virksomheten skal utgjøre utvelgeskretsen for nedbemanningsprosessen. Partene er imidlertid uenige om dette faktisk er lagt til grunn.

I brev 27. april 2022 fremmet A ved advokat Sæbø krav om erstatning for usaklig oppsigelse. Brevet ble besvart 11. mai 2022 av [virksomhet] ved advokat Øyen. [virksomhet] bestred at oppsigelsen var usaklig.

A ved advokat Sæbø prosessvarlet [virksomhet] 13. mai 2022. Samtidig sendte Sæbø en e-post til advokat Øyen med et forslag til minnelig løsning. Forslaget ble avslått av [virksomhet] i e-post fra advokat Øyen 19. mai 2022. [virksomhet] fremsatte samtidig et «alternativt» tilbud. I denne forbindelse ble A tilbudt stilling som prosjektleder.

Partene er uenige om tilbudet om stillingen som prosjektleder var en del av et samlet forlikstilbud – altså at det var en forutsetning at A ikke anla søksmål om oppsigelsens gyldighet – eller om prosjektlederstillingen var et frittstående tilbud i tråd med As fortrinnsrett.

I e-post fra advokat Sæbø samme dag – 19. mai 2022 – påpekte Sæbø at tilbudet om prosjektlederstillingen ikke var et tilbud i egentlig forstand, fordi A hadde fortrinnsrett til denne stillingen. A ville imidlertid ikke påberope seg fortrinnsretten. E, som ble oppsagt samtidig med A, fikk da tilbud om stillingen og takket ja til den.

A anla søksmål ved stevning til Østre Innlandet tingrett 22. juni 2022. Det ble fremmet krav om erstatning for usaklig oppsigelse, herunder erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. A fremmet ikke krav om å få stå i stillingen og nedla heller ikke påstand om at oppsigelsen var ugyldig. [virksomhet] tok til motmæle i tilsvar og nedla påstand om frifinnelse.

Østre Innlandet tingrett avsa dom 27. mars 2023 med slik slutning:

1. [virksomhet] AS dømmes til å betale A erstatning for økonomisk tap med 1 300 000 – énmilliontrehundretusen – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
2. [virksomhet] AS dømmes til å betale A erstatning for ikke-økonomisk tap med 70 000 – syttitusen – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.
3. [virksomhet] AS dømmes til å betale A erstatning for sakskostnader med 412 500 – firehundreogtolvtusenfemhundre – kroner innen to uker fra dommens forkynnelse.

Dommen var enstemmig. Tingretten fant at utvelgelsen av A ikke var saklig. Tingretten la videre til grunn at A hadde krav på full erstatning for sitt økonomiske tap. Tilbudet om prosjektlederstillingen måtte anses som en del av et samlet forlikstilbud, og ikke et selvstendig tilbud om fortrinnsrett. Det forelå da brudd på fortrinnsretten og A hadde ikke brutt sin tapsbegrensningsplikt ved å avslå tilbudet. Tingretten tilkjente erstatning for tapt inntekt for en periode på to år.

[virksomhet] har i rett tid anket dommen til Eidsivating lagmannsrett. A har tatt til motmæle i tilsvar. Ankeforhandling ble avholdt i Hamar tinghus 18. og 19. januar 2024. Partene møtte med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt to vitner og foretatt slik dokumentasjon som fremgår av rettsboken.

Partenes syn på saken

Ankende part – [virksomhet] AS - har i hovedsak gjort gjeldende:

Tingretten har foretatt feil bevisbedømmelse og anvendt loven feil, når den har kommet til at oppsigelsen var usaklig og at A skal tilkjennes erstatning.

Utvelgelsen av A, og saksbehandlingen i forbindelse med nedbemanningsprosessen, er saklig, forsvarlig og etterprøvable. Det er ikke omtvistet at hele virksomheten utgjør utvelgelseskrets for nedbemanningen. Dette har [virksomhet] lagt til grunn. Intensiteten i de konkrete vurderinger [virksomhet] plikter å foreta, avhenger imidlertid av hvilke ansettelsesgrupper A vurderes opp mot.

Parkettspartner har foretatt en grundig vurdering av As kompetanse og ansiennitet, opp mot andre ansatte. Den skriftlige dokumentasjonen, samt parts- og vitneforklaringene, viser klart at A ikke fungerte i rollen som avdelingsleder. Dette endret seg ikke, til tross for konkrete tilbakemeldinger. F – lederen av prosjektavdelingen – hadde lengre ansiennitet enn A, og var utvilsomt best kvalifisert.

Det ble også foretatt en konkret vurdering av A opp mot øvrige ledere og funksjonærer. De lederne og funksjonærene som hadde kortere ansiennitet enn A, scoret høyere på kompetanse. A hadde ikke god nok helse til å kunne skyve ut noen av montørene. A hadde høyt sykefravær. Han hadde ryggproblemer og ville ikke vært i stand til å legge parkettgulv effektivt nok til å oppfylle akkorden for montører.

Det er ikke hold i anførselen om at nedbemanningsprosessen har vært en «skinnprosess», med formål om å få A bort. Saksbehandlingen har vært grundig. Kriteriene for utvelgelse er saklige, og [virksomhet] har lagt disse til grunn. Utvelgelseskriteriene er ikke skjønsmessige, og det foreligger ikke et absolutt krav til dokumentasjon. Det må foretas en ordinær bevisbedømmelse hvor også parts- og vitneforklaringer må tillegges vekt. Bs uttalelse om at A kun var vurdert opp mot F, og ikke andre ansatte, kan ikke tillegges vekt. B var ikke kjent med de vurderingene D og C hadde foretatt.

Det var heller ikke annet passende arbeid å tilby.

Det foreligger ikke brudd på fortrinnsretten. Tilbudet om stilling som prosjektleder var et selvstendig tilbud. Det var ingen forutsetning for å takke ja til stillingen at A samtidig frafalt kravet om erstatning.

Subsidiært gjøres det gjeldende at A uansett ikke har krav på erstatning. A er ikke påført et økonomisk tap. Han har ved å avslå tilbudet om ny stilling unnlatt å begrense sitt tap.

Erstatningsutmålingen må uansett ta utgangspunkt i lønnsnivået for en funksjonær eller montør – avhengig av hvilken stilling lagmannsretten mener A ville hatt krav på – og ikke As lønnsnivå som avdelingsleder. Dette er stillinger som har tilsvarende eller lavere lønnsnivå enn stillingen A takket nei til. Tapsperioden må settes kortere enn to år. Det skal ikke gjøres tillegg for feriepenger, i tillegg til full årslønn. Det er heller ikke grunnlag for å tilkjenne oppreisningserstatning.

Det er nedlagt slik påstand:

1. [virksomhet] AS frifinnes.
2. A dømmes til å betale sakskostnader for Østre Innlandet tingrett og Eidsivating lagmannsrett til [virksomhet] AS.

Ankemotparten – A - har i hovedsak gjort gjeldende:

Tingrettens bevisbedømmelse og lovanvendelse er korrekt. Oppsigelsen av A er usaklig. Erstatning og oppreisningserstatning må utmåles etter lagmannsrettens skjønn, oppad begrenset til tingrettens domsresultat.

[virksomhet] har bevisbyrden og må påvise at selskapet har foretatt en forsvarlig og etterprøvable saksbehandling, og at utvelgelsen av A var saklig. Ved bevisvurderingen må det legges størst vekt på tidsnære bevis.

Arbeidsmiljøloven stiller krav om gjennomføring av drøftelsesmøter ved nedbemanning. Transkripsjonen fra drøftelsesmøtet viser at helt sentrale forhold ikke ble drøftet. Dette gjelder blant annet As arbeidsprestasjoner, kompetanse og helse. Det var heller ikke dialog om hvilke andre stillinger A kunne være aktuell for, eller hva som kunne utgjøre annet passende arbeid. [virksomhet] referat fra drøftelsesmøtet gir et uriktig bilde av hva som faktisk ble drøftet.

De tidsnære bevis viser at [virksomhet] ved utvelgelsen ikke har vurdert A opp mot hele virksomheten. [virksomhet] forklaring og anførsler har endret seg over tid. Bs uttalelser da oppsigelsen ble overlevert viser at A kun er vurdert opp mot lederen av prosjektavdelingen. Kort tid etter oppsigelsen gjøres det gjeldende at A også er vurdert opp mot ledergruppen, og også funksjonærgruppen. Under den rettslige behandlingen ble det anført at det også er foretatt en vurdering opp mot montørene, men at disse var «hellige». Det fremstår også som uklart hvilke utvelgelseskriterier som er lagt til grunn, og hvordan disse er vektet.

Det ble ansatt en ny montør underveis i nedbemanningsprosessen. Det var dermed annet passende arbeid å tilby A.

Samlet sett er saksbehandlingen verken forsvarlig eller etterprøvable. Oppsigelsen er da usaklig. Det er ikke nødvendig for lagmannsretten å foreta en vurdering av hvilke stillinger A eventuelt skulle fått. At [virksomhet] i ettertid har foretatt en konkret vurdering, og mener at resultatet av prosessen er riktig, kan ikke tillegges vekt.

A har krav på erstatning for økonomisk tap, samt oppreisningserstatning.

Lønnstapet skal dekkes fullt ut. Det skal ikke gjøres fradrag for annen inntekt. Det er i rettspraksis lagt til grunn en tapsperiode på om lag to år.

At A ikke krevde å stå i stillingen kan ikke tillegges vekt. Det samme gjelder det forhold at han takket nei til ny stilling. Tilbudet var en del av et samlet forlikstilbud, som A ikke pliktet å akseptere. A hadde uansett aktverdig grunn til å takke nei til stillingen som følge av [virksomhet]s opptreden. Han opplevde det som belastende å skulle returnere til [virksomhet] og mener at han ikke ville fått et forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø.

Det er nedlagt slik påstand:

1. [virksomhet] AS dømmes til å betale A erstatning for økonomisk tap fastsatt etter rettens skjønn, innen fjorten dager fra denne doms forkynning, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter Forsinkelsesrenteloven § 3 til og med betaling skjer.
2. [virksomhet] AS dømmes til å betale A erstatning for ikke-økonomisk tap fastsatt etter rettens skjønn innen fjorten dager fra denne doms forkynning, med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter Forsinkelsesrenteloven § 3 til og med betaling skjer.
3. [virksomhet] AS dømmes til å betale sakens kostnader for Østre Innlandet tingrett og Eidsivating lagmannsrett.

Lagmannsretten bemerker:

En samlet lagmannsrett har kommet til at oppsigelsen av A er usaklig. Lagmannsretten har delt seg i et flertall og et mindretall når det gjelder den konkrete erstatningsutmålingen.

Er oppsigelsen saklig?

Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd kan arbeidsgiver avslutte et arbeidsforhold ved oppsigelse dersom oppsigelsen er saklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. Skyldes behovet for oppsigelse driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak – forhold på arbeidsgivers side – skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker, jf. bestemmelsens annet ledd. En oppsigelse er uansett ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver kan tilby annet passende arbeid i virksomheten.

Det er ikke tilstrekkelig at oppsigelsen som sådan – resultatet – er saklig. Også saksbehandlingen må ha vært forsvarlig. Det vises blant annet til HR-2019-424-A (Skanska), hvor det i avsnitt 76 uttales følgende:

Det er ikke tvilsomt at arbeidsgiver må gjennomføre en forsvarlig, og for domstolene etterprøvbart, saksbehandling som grunnlag for utvelgelse til oppsigelse ved nedbemanning. Resultatet kan, i mangel av en slik forsvarlig behandling, bli at oppsigelsene kjennes ugyldige.

Det er ingen uenighet om at [virksomhet] hadde saklig grunn til å nedbemanne som følge av den krevende økonomiske situasjonen selskapet befant seg i. Det omtvistede spørsmål i saken er om utvelgelsen av A er saklig og bygger på en forsvarlig og etterprøvbart saksbehandling. Spørsmålet om hvilken utvelgelseskrets som ble lagt til grunn, står her sentralt.

Det fremgår av protokollen fra drøftelsesmøtet med de tillitsvalgte 5. april 2022, at det som følge av selskapets økonomiske situasjon var behov for å iverksette en rekke tiltak, både på inntekts- og kostnadssiden. Deler av virksomheten skulle reorganiseres; det skulle umiddelbart igangsettes en prosess for å slå sammen prosjekt og kvalitetsavdelingen. Dette ville «bety overtallighet». Det fremgår av protokollen at: «1) Ansiennitet 2) Kompetanse 3) Sosiale forhold» var kriteriene «som vil bli fulgt som utgangspunkt». Det fremkommer ingen opplysninger utover dette som kan kaste lys over hvilken utvelgelseskrets som skulle legges til grunn.

Allerede dagen etter møtet ble A innkalt til drøftelsesmøte, som skulle avholdes 8. april 2022. Det fremgår av protokollen fra drøftelsesmøtet – som A ikke har undertegnet – at:

Arbeidsgiver gjorde rede for:

...

- Vurderinger så langt rundt utvelgelse av overtallige i omstillingsprosessen, med kompetanse,

egnethet og ansiennitet som kriterier.

...

- Det ble også drøftet andre mulige stillinger i virksomheten.

Transkripsjonen av lydopptaket fra møtet viser imidlertid at det ikke konkret ble uttalt noe om hvilken utvelgelseskrets som var lagt til grunn, eller hvilke andre stillinger i virksomheten som A kunne være aktuell for.

A ble meddelt oppsigelse i et møte med daglig leder B 22. april 2022. Det fremgår av transkripsjonen fra dette møtet at B redegjorde for at As stilling ville bli «til overs», når prosjektavdelingen og kvalitetsavdelingen skulle slås sammen. A tok da opp hvorvidt han var vurdert også opp mot andre stillinger. Dialogen er gjengitt slik i transkripsjonen:

A: Ja, lederstillingen ja, men ikke, det var jo spørsmål om kompetanse, egnethet også videre på de stillingene som er der.

Daglig leder: Ja du tenker på de andre stillingene? At du, vi skulle se din kompetanse opp mot de andre stillingene i avdelingen.

A: mhm

Daglig leder: Ja, nei vi ser ikke den muligheten. Vi gjør ikke det. Det vi har sett på er jo selvfølgelig kriteriene opp mot det faktum at vi skal ned fra to avdelinger til en avdeling og i den sammenheng så når vi ser deg opp mot F [F, leder av prosjektavdelingen, lagmannsrettens tilføyelse] så er det egentlig på alle tre kriteriene så vil han trumfe deg da.

A: Ja, bare så jeg forstår det riktig, så dere har vurdert med opppe da, min kompetanse, egnethet også videre, så er det opp mot en lederstilling, og ikke noe annet.

Daglig leder: Og avdelingslederstilling. Det er samme type jobb som du har i dag. Så det er det.

A: Det er jo litt det i forhold til det jeg ba om sist, det dere anførte der da om det finnes andre, men da har dere ikke vurdert det?

Daglig leder: Vi har ikke vurdert deg opp mot, direkte opp mot andre stillinger i den nye avdelingen. Nei, det har vi ikke gjort. Det har vi ikke gjort.

Det er ikke bestridt at dette er en korrekt gjengivelse av det B uttalte i møtet. [virksomhet] har imidlertid gjort gjeldende at B ikke var orientert om de vurderingene styreleder D og påtroppende daglig leder C, faktisk hadde foretatt. For lagmannsretten har D og C forklart seg nærmere om hvordan de vurderer A opp mot andre ansatte i [virksomhet], både funksjonærer og montører i hele virksomheten.

Lagmannsretten bemerker at B skulle fratse sin stilling som daglig leder 30. april 2022, kort tid etter at A mottok oppsigelsen. Det er av den grunn naturlig at D og påtroppende daglig leder C hadde en sentral rolle i nedbemanningsprosessen og ved vurderingen av hvem som skulle meddeles oppsigelse. C hadde også tidligere vært daglig leder. Han hadde vært ansatt i selskapet i mange år og kjente selskapet godt.

I drøftelsesmøtet med A 8. april 2022, hvor også styreleder D deltok, var imidlertid A tydelig på at han ønsket å bli vurdert også opp mot andre stillinger i virksomheten. Dette fremgår også av referatet. Når B ble gitt oppdraget med å overlevere oppsigelsen til A, er det etter lagmannsrettens syn vanskelig å forstå at B ikke på noen måte ble orientert om et så sentralt punkt som at A også var vurdert opp mot hele virksomheten, dersom det faktisk var tilfellet. B er i samtalen klar og tydelig på hvilke vurderinger som er gjort. Han tok ingen forbehold og gir ikke på noen måte uttrykk for at han i liten grad har vært delaktig i den konkrete utvelgelsesprosessen, slik [virksomhet] nå gjør gjeldende.

Lagmannsretten er enig med [virksomhet] i at det ikke kan stilles et absolutt krav til skriftlig dokumentasjon i dette tilfellet. Også parts- og vitneforklaringer må kunne tillegges vekt ved bevisvurderingen. I dette tilfellet taler imidlertid all tidsnær dokumentasjon klart for at A – på oppsigelsestidspunktet – kun var vurdert opp mot lederen av prosjektavdelingen. Bevisbildet for øvrig gir ingen klare holdepunkter for noe annet.

Det gikk kort tid fra drøftelsesmøtet med de tillitsvalgte 5. april 2022, til A den 6. april 2022 ble innkalt til drøftelsesmøte som skulle avholdes allerede 8. april 2022. Selskapet hadde på dette tidspunktet over 90 ansatte, og det var kun A og én annen ansatt i kvalitetsavdelingen som ble innkalt til drøftelsesmøte. Begge ble oppsagt. Dette, sammenholdt med protokollen fra drøftelsesmøtet med de tillitsvalgte, hvor det er fremhevet at to

avdelinger skulle slås sammen, og at dette ville medføre overtallighet, taler også for at utvelgeskretsen har vært begrenset.

Lagmannsretten viser videre til at heller ikke etter at tvist hadde oppstått og begge parter engasjerte advokat, fremkommer det opplysninger i skriftlig dokumentasjon som tilsier at A er vurdert opp mot hele virksomheten, slik det nå gjøres gjeldende.

I brev 11. mai 2022 fra [virksomhet] ved advokat Øyen, med tittelen «Svar på krav om erstatning», uttales det riktignok at «det ble gjort en utvelgelse i tråd med arbeidsmiljølovens ordning, og utvalgskretsen var hele virksomheten». Den konkrete argumentasjonen i brevet viser imidlertid at A ikke er vurdert opp mot andre stillinger enn stillingen som leder av den sammenslåtte avdelingen, eller andre stillinger i ledergruppen. Det fremgår av brevet at A ble vurdert som svakest av lederne og også hadde kortest ansiennitet. Det fremgår videre at A riktignok hadde fått gode tilbakemeldinger når det gjaldt det rent faglige. Det eksisterte imidlertid ingen rent faglige stillinger innen kvalitetskontroll av produkt i [virksomhet] som ikke også involverte lederoppgaver.

Lagmannsretten viser også til at det underveis i nedbemanningsprosessen ble ansatt en ny montør i selskapet. [virksomhet] anfører at A ble vurdert også opp mot slike stillinger, men at hans helse ikke var forenlig med en montørstilling. Det foreligger imidlertid ingen opplysninger i tidsnær dokumentasjon som tilsier at As helse var et tema, eller at det konkret ble vurdert om A kunne være aktuell for montørstillingen. [virksomhet] argumentasjon på dette punkt synes å ha endret seg over tid. At det ikke foreligger noen form for notoritet rundt et så sentralt punkt – en nyansettelse midt i en nedbemanningsprosess – underbygger etter lagmannsrettens syn at en slik vurdering heller ikke ble foretatt før A ble sagt opp.

Det er ikke sannsynliggjort at [virksomhet] har foretatt en vurdering av A opp mot andre stillinger i virksomheten enn lederstillinger. Dette til tross for at det er enighet om at hele selskapet skulle utgjøre utvelgeskretsen og at A klart ga uttrykk for at han ønsket å bli vurdert også for andre stillinger. A fikk også gode tilbakemeldinger på sine faglige kvalifikasjoner.

Ut fra det faktum lagmannsretten finner sannsynliggjort, legges det til grunn at [virksomhet] har lagt til grunn en for snever utvelgeskrets. I den grad [virksomhet] faktisk har foretatt konkrete vurderinger opp mot andre stillingskategorier, er saksbehandlingen uansett ikke tilstrekkelig etterprøvbare. I lys av dette, kan det ikke legges til grunn at saksbehandlingen har vært forsvarlig.

En samlet lagmannsrett har etter dette kommet til at oppsigelsen av A er usaklig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første og annet ledd.

Erstatningsutmålingen

Lagmannsrettens flertall – førstelagmann Sollie, lagdommer Jørstad og arbeidslivskyndig meddommer Skjellestad - har følgende merknader:

Etter arbeidsmiljøloven § 15-12 annet ledd kan arbeidstaker kreve erstatning ved usaklig oppsigelse. Erstatningen skal fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig. Utmålingen skal skje etter et bredt rimelighetsskjønn. Det klare utgangspunktet er imidlertid at lønnskrav skal dekkes fullt ut.

A ble meddelt oppsigelse 22. april 2022. Oppsigelsestiden løp fra 1. mai til og med 31. juli 2022. A hadde en årslønn i stillingen som kvalitetssjef på 775 200 kroner.

A var helt uten arbeid fra 1. august 2022 til han fikk ny jobb som tømrer fra 1. februar 2023. Årsinntekten i tømrerjobben var 487 500 kroner. Kort tid etter oppsigelsen, den 19. mai 2022, fikk A tilbud om stilling som prosjektleder i [virksomhet]. A takket nei til tilbudet. Stillingen hadde en årslønn på 660 000 kroner, det vil si vesentlig høyere lønn enn det A fikk i stillingen som tømrer.

Partene er uenige om flere forhold knyttet til erstatningsutmålingen. For det første spørsmålet om hvilket inntektsnivå beregningen av lønnstapet skal ta utgangspunkt i. For det annet spørsmålet om det skal gjøres fradrag for inntekt A burde hatt fra prosjektlederstillingen, eventuelt inntekt A faktisk har hatt fra februar 2023 i stillingen som tømrer.

Flertallet tar først stilling til om A hadde rimelig grunn til å takke nei til tilbudet om ny stilling.

Tilbudet om ny stilling

I e-post 13. mai 2022 til advokat Øyen, varslet A ved advokat Sæbø at saken ville bli «brakt inn for rettslig behandling». Advokat Sæbø fremsatte samtidig et forslag til minnelig løsning, med en svarfrist på én uke.

I e-post 19. mai 2022 fra advokat Øyen til advokat Sæbø uttales følgende:

Viser til e-post under med tilbud om en minnelig løsning, og takker for at dere har fremmet et konkret tilbud.

[virksomhet] har et alternativt forslag, som vi håper at kan løse denne saken på en måte som er i alles interesse.

Kort tid før nedbemanningsprosessen startet, sa prosjektleder G i [virksomhet] opp sin stilling. Denne stillingen ble det besluttet ikke å lyse ut, som en del av omorganiseringen var planen at stillingen ble effektivisert bort. [virksomhet] har imidlertid kommet til at det er krevende å drive uten ytterligere en prosjektleder, i tillegg til de to stillingene som er effektivisert bort i forbindelse med omorganiseringen. A er vurdert som kvalifisert til en stilling som prosjektleder, og tilbys med dette stillingen. Tilbudsbrev ligger vedlagt, med svarfrist 30. mai 2022.

[virksomhet] fastholder at oppsigelsen var saklig, men er dersom saken kan løses på denne måten villige til å dekke hans rimelige advokatkostnader i forbindelse med denne prosessen, oppad begrenset til kr. 30 000 eks. mva.

Dersom dette tilbudet ikke aksepteres ber jeg om at du oversender en kopi av lydopptaket som din klient tok i drøftelsesmøtet. Det er nyttig for sakens opplysning at begge parter kan høre gjennom opptaket.

Partene er uenige om hvorvidt tilbudet om stilling som prosjektleder var en del av et samlet forlikstilbud, eller om A kunne takke ja til tilbudet om ny stilling, men likevel bestride at oppsigelsen var saklig.

Etter flertallets syn kunne e-posten fra advokat Øyen med fordel vært klarere. Den eksplisitte fristen som ble satt knytter seg imidlertid utelukkende til tilbudet om ny stilling, uten at det er presisert at det er en forutsetning for tilbudet at det varslede søksmålet frafalles. Dette tilsier at det dreier seg om et selvstendig tilbud. Dersom tilbudet om ny stilling *også* kunne bidra til frafall av søksmålet, var [virksomhet] villig til å dekke et begrenset beløp knyttet til As sakskostnader. Forlikstilbudet bygget altså på tilbudet om ny stilling, men tilbudet om ny stilling fremstår som uavhengig av forlikstilbudet. E-posten kan imidlertid tolkes på flere måter, og det burde vært presisert at det dreide seg om et uavhengig tilbud i tråd med fortrinnsretten, dersom dette var intensjonen.

Svaret fra advokat Sæbø i e-post samme dag viser imidlertid at Sæbø og A la til grunn at det dreide seg om et selvstendig tilbud i tråd med As fortrinnsrett. I e-posten av 19. mai 2022 – som ikke ble fremlagt for tingretten – uttales følgende:

Det vises til epost nedenfor, med tilbud om ny stilling hos [virksomhet]. Innledningsvis vil det kort bemerkes at dette ikke er noe «tilbud» i så måte. I det fall [virksomhet] skal gå til ansettelse av ny prosjektleder, har A fortrinnsrett i kraft av den oppsigelse han allerede er meddelt. Han har følgelig anledning til å påberope seg fortrinnsrett, samtidig som han kan kreve erstatning for usaklig oppsigelse.

...

A ønsker derfor ikke å benytte seg av sin fortrinnsrett for stillingen som prosjektleder, på nåværende tidspunkt.

Etter flertallet syn er det etter dette klart at begge parter har hatt en felles subjektiv forståelse av innholdet. [virksomhet] har ment å fremsette et selvstendig tilbud som A kunne akseptere uten å frafalle søksmålet. A har lagt til grunn at det dreide som et tilbud i tråd med fortrinnsretten, en fortrinnsrett A ikke ønsket å benytte. Når tilbagemeldingen fra A var så klar, er det liten grunn til å kreve at [virksomhet] i etterkant skulle presisert at det dreide seg om et selvstendig tilbud i tråd med As fortrinnsrett.

A mener at han uansett hadde rimelig grunn til å avslå tilbudet.

Flertallet bemerker innledningsvis at det i mange oppsigelsesprosesser vil kunne oppstå et krevende motsetningsforhold som innebærer at det skal lite til før arbeidstaker har rimelig grunn til å avslå et tilbud om ny stilling i virksomheten. I dette tilfellet var imidlertid oppsigelsen begrunnet i selskapets økonomiske forhold, og ikke i arbeidstakers forhold. Det er som nevnt ikke bestridt at selskapet hadde saklig grunn til å nedbemanne og A fikk tilbud om ny stilling kort tid etter oppsigelsen. Etter flertallets syn er det ingen holdepunkter for As anførsel om at prosessen var en «skinnprosess» for å få A ut av virksomheten. Da A takket nei til tilbudet, gikk tilbudet videre til E, som ble oppsagt samtidig med A.

A har anført at det ville være belastende for ham å returnere til [virksomhet] og at han ikke ville fått et forsvarlig psykososialt arbeidsmiljø. Det er for det første vist til en episode i tilknytning til 17. mai-feiringen. A var innvilget avspasering 18. mai 2022, og skulle feire nasjonaldagen hos sønnen i [sted2]. Om ettermiddagen 16. mai 2022 fikk A beskjed om at han likevel ikke kunne avspasere. Han ble pålagt å møte fysisk på kontoret i Oslo 18. mai 2022, for å delta i et møte med det tyske selskapet Haro. Haro er [virksomhet]s største leverandør av parkettgulv.

Flertallet har forståelse for at A var skuffet over at han likevel ikke fikk avspasere denne dagen. Haro var imidlertid en stor og viktig leverandør, som var svært misfornøyd med [virksomhet]s håndtering av reklamasjons- og garantisaker. Dette var saker som A som kvalitetssjef var ansvarlig for. Haro truet med å stanse sine leveranser. Dette ville fått dramatiske konsekvenser for [virksomhet] i en allerede kritisk økonomisk situasjon. Når det ble avklart at Haros «Eksportdirektør, Salgssjef Scandinavia og ettermarkedssjef» kom reisende til møtet i Norge, er det etter flertallets syn ingen grunn til å bebreide [virksomhet] for at A ble pålagt å møte fysisk på jobb denne dagen.

A var videre misfornøyd med at C innkalte til ukentlige avdelingsmøter med As avdeling, mens A fortsatt var i oppsigelsestid og dermed ledet avdelingen. Etter flertallets syn ga heller ikke dette A rimelig grunn til å avslå tilbudet om ny stilling. Det var over tid uttrykt misnøye med måten A ledet avdelingen på. Bevisførselen har gitt et klart bilde av at A ikke utøvde lederoppgavene på en tilfredsstillende måte og at han i liten grad var tilgjengelig for avdelingen. B hadde over tid forsøkt å veilede A, uten at dette bedret seg. At C som ny daglig leder iverksatte tiltak for å sikre bedre struktur og oppfølging av reklamasjonssakene, var i en slik situasjon naturlig.

Det er ikke pekt på andre forhold som tilsier at det ville være belastende for A å fortsette arbeidsforholdet i [virksomhet], eller som av andre grunner ga A rimelig grunn til å avslå tilbudet om ny stilling.

Årsakssammenheng; hvilket lønnsnivå skal legges til grunn for erstatningsutmålingen?

Ved erstatningsutmålingen legger flertallet til grunn at A skal stilles som om den *usaklige oppsigelsen* tenkes borte.

Som det fremgår ovenfor under drøftelsen av om oppsigelsen er saklig, er det ikke nødvendig å påvise at resultatet av nedbemanningprosessen er uriktig. En oppsigelse kan være usaklig som følge av at saksbehandlingen ikke har vært forsvarlig og etterprøvd, uten at det er nødvendig – eller mulig – å vurdere hvilken stilling A eventuelt skulle ha fått tilbud om. Dette kan tilsi at lagmannsretten bør være varsom med å vurdere hva utfallet av en saklig nedbemanningprosess ville vært, men heller ta utgangspunkt i As inntektsnivå som avdelingsleder, altså som om *nedbemanningprosessen* tenkes borte.

I dette tilfellet er imidlertid partene enige om at [virksomhet] hadde saklig grunn til å nedbemanne. Kvalitets- og prosjektavdelingen skulle slås sammen, og en avdelingslederstilling ble overtallig. Etter bevisførselen er flertallet sikker på at A – selv etter en saklig prosess – ikke ville hatt krav på en stilling som avdelingsleder. A hadde kortere ansiennitet enn F og de fleste øvrige avdelingslederne. Han hadde også fungert dårlig i stillingen som avdelingsleder. Dette til tross for veiledning og klare tilbakemeldinger, blant annet gjennom medarbeidersamtaler og dialog med tidligere daglig leder. Heller ikke A synes å mene at han skulle skjøvet ut noen av de øvrige avdelingslederne. Hans hovedankepunkt er at han ikke er vurdert opp mot andre funksjonær- og montørstillinger.

Etter flertallets syn er det etter dette klart at en saklig oppsigelsesprosess i beste fall hadde resultert i at A hadde hatt krav på en funksjonærstilling med samme eller lavere lønnsnivå som den prosjektlederstillingen han ble tilbudt kort tid etter oppsigelsen. Flertallet kan som nevnt ikke se at A i dette tilfellet hadde noen rimelig grunn til å avslå dette tilbudet. Tilbudet gjaldt en fast stilling som ble fremsatt tidlig i oppsigelsestiden, altså før A

hadde pådratt seg et økonomisk tap. Etter flertallets syn må dette inntektsnivået legges til grunn for erstatningsutmålingen, og ikke As tidligere inntektsnivå som kvalitetssjef. Også en saklig oppsigelsesprosess ville etter flertallets syn medført reduksjon av lønn fra avdelingsledernivå til funksjonærnivå.

Flertallet viser blant annet til RG-1993-1007. Agder lagmannsrett fant at oppsigelsen av en produksjonsmedarbeider var usaklig fordi vedkommende skulle vært tilbudt en deltidsstilling som kantinearbeider, og uttalte følgende om erstatningsutmålingen:

Etter arbeidsmiljølovens § 62 annet ledd skal erstatning for usaklig oppsigelse fastsettes til «det beløp som retten under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene for øvrig finner rimelig.» Ved vurderingen av det økonomiske tap må det naturligvis tas hensyn til at det var en halvtidsstilling hun etter rettens mening skulle ha vært tilbudt – hun skal ikke ha erstattet tapet ved å bli oppsagt fra fulltidsstillingen hun hadde i produksjonsavdelingen.

At A ved en ny og saklig prosess kanskje ville hatt avdelingslederlønn i noe lengre tid, endrer ikke flertallets vurdering, slik denne saken ligger an.

Tapsbegrensningsplikt; Skal det gjøres fradrag for lønnsinntekt A burde hatt?

I Rt-2005-518 (ConocoPhillips), uttales følgende i avsnitt 69 til 71:

Det følger av rettspraksis at krav på lønn for den tid en arbeidstaker har vært ute av stillingen som følge av uberettiget avskjed, inngår i det erstatningskrav arbeidstakeren kan gjøre gjeldende etter bestemmelsen. Bestemmelsen gir anvisning på utmåling ut fra et bredt rimelighetsskjønn. Men når det gjelder lønnskravet, er utgangspunktet at dette skal dekkes fullt ut, jf. Rt-2001-1253 med henvisning til lovforarbeidene. I Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) side 78 er spørsmålet reist om det bør gjøres fradrag for eventuelle inntekter arbeidstakeren har hatt av annet arbeid i samme tidsrom. Om dette heter det:

«Det bør ikke gjøres fradrag for slike inntekter med mindre arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen. Det at arbeidstakeren i en slik situasjon gjør sitt for å skaffe seg inntekter bør komme arbeidstakeren til gode. Arbeidsgiveren må derfor alltid regne med at det ikke blir gjort fradrag for slike inntekter.»

Det klare utgangspunktet i forarbeidene må tillegges vekt. Også reelle hensyn taler for at det ved urettmessig avskjed eller usaklig oppsigelse normalt ikke bør gjøres fradrag for inntekt av annet arbeid. Det er samfunnsmessig ønskelig at en arbeidstaker raskt kommer i arbeid, og erstatningssanksjonen er et viktig element i et effektivt oppsigelsesvern.

Dette innebærer likevel ikke at lønnstapet alltid kan kreves dekket fullt ut. Proposisjonen viser til situasjoner der «arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen». I hvert fall som et utgangspunkt må det gjøres unntak for tilfeller der arbeidstakeren kommer i en fast og ordnet arbeidssituasjon i en stor del av den tiden han er ute av den opprinnelige stillingen. Dette er situasjonen i vår sak. Utgangspunktet må da være at det gjøres fradrag krone for krone.

At det ikke er noen automatikk i at inntekter en arbeidstaker faktisk har hatt skal komme til fradrag ved erstatningsutmålingen, kan tilsa at det ved utmålingen i oppsigelsessakene ikke kan stilles for strenge krav til arbeidstakers tapsbegrensningsplikt når det gjelder hvilke inntekter arbeidstaker *burde* hatt. Det vises blant annet til Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) side 75, hvor det uttales at «erstatningen må i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd», forutsatt at «arbeidstaker ikke er særlig å bebreide». Alminnelige kontraktsrettslige prinsipper tilsier imidlertid at også oppsagte arbeidstakere etter omstendighetene har plikt til å begrense sitt tap.

Som det fremgår ovenfor hadde A etter flertallets syn ingen rimelig grunn til å avslå tilbudet om ny stilling. Tilbudet ble fremsatt kort tid etter oppsigelsen, før A hadde pådratt seg noe økonomisk tap. Stillingen hadde dessuten et lønnsnivå som lå på samme nivå som det A i beste fall kunne håpe på ved en saklig nedbemanningsprosess. Selv om erstatningsutmålingen også skal ha et pønalt preg og bidra til et effektivt oppsigelsesvern, er det lite rimelig at A i dette tilfellet skal kunne avslå et slikt tilbud, med den konsekvens at [virksomhet] må dekke hans fulle lønnstap.

Flertallet viser blant annet til LA-2016-171472, hvor flertallet i Agder lagmannsrett, i en sak om virksomhetsoverdragelse, la tilsvarende synspunkter til grunn:

Flertallet på fire dommere, samtlige dommere med unntak av arbeidslivskyndig meddommer Rolf Stormyr, finner ut fra vanlige erstatningsregler og tapsbegrensningsplikten at det ved utmålingen må hensyntas at A allerede i november 2015 ble tilbudt stilling som [stillingsbetegnelse] på Haven med oppstart 08.12.15, dvs. i stilling som han etter flertallets oppfatning skulle fått ved de opprinnelige ansettelsene. Flertallet finner at A på denne måten kunne holdt seg økonomisk skadesløs fra tiltredelsestidspunktet, idet han ikke kunne forvente andre betingelser enn det som fulgte av den nye tariffavtalen for arbeidet i dansk sektor.

Flertallet viser også til arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 15-12 annet ledd, Elizabeth Ege, hvor det uttales:

Dersom arbeidsgiver velger å tilby arbeidstaker annet passende arbeid etter oppsigelsestidspunktet, og arbeidstaker velger å ikke akseptere slikt tilbud uten å ha berettiget grunn til det, bør dette kunne komme til arbeidsgivers fordel ved erstatningsutmålingen.

Flertallet har etter dette kommet til at A, ved å avslå tilbudet om stilling som prosjektleder uten aktverdig grunn, har unnlatt å oppfylle sin tapsbegrensningsplikt. Han kunne ved å takke ja til tilbudet holdt seg økonomisk skadesløs. Etter flertallets syn har A da pådratt seg et økonomisk tap som det ikke er rimelig at [virksomhet] skal dekke. Selskapet må derfor frifinnes hva gjelder kravet om erstatning for økonomisk tap.

Erstatning for ikke-økonomisk tap

Ved den konkrete utmålingen har flertallet lagt vekt på at oppsigelsen av A er usaklig, og at erstatningsutmålingen skal bidra til et effektivt oppsigelsesvern. [virksomhet] har riktignok gjennomført drøftingsmøter og oppsigelsen oppfylte formkravene. Saksbehandlingen har imidlertid ikke vært forsvarlig og etterprøvbart, blant annet ved at [virksomhet] har lagt en for snever utvelgelseskrets til grunn. Ved utmålingen må det etter flertallets syn imidlertid legges noe vekt på at A ble tilbudt en stilling som prosjektleder kort tid etter oppsigelsen, hvilket kunne redusert de negative konsekvensene for ham i betydelig grad dersom han hadde akseptert tilbudet. A kan derfor i betydelig grad selv lastes for de ulemper og belastninger oppsigelsen har medført for ham. I et slikt perspektiv er det ikke rimelig at det utmåles et høyt oppreisningsbeløp.

Etter flertallets syn kan oppreisningserstatningen passende settes til 30 000 kroner.

Sakskostnader

Etter flertallets syn har ingen av partene vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 første og annet ledd. Ved vurderingen tar flertallet utgangspunkt i domsresultatet, vurdert opp mot partenes påstander. Det må imidlertid også legges vekt på hvor hovedtyngden i de reelle tvistepunktene har ligget, jf. blant annet Rt-2010-875 og Rt-2010-508.

A har nedlagt påstand om erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk tap. Han har ikke fått medhold i kravet om erstatning for økonomisk tap, hvilket har vært et mer sentralt spørsmål i saken enn kravet om erstatning for ikke-økonomisk tap. Hovedtyngden i bevisførselen har imidlertid vært konsentrert om spørsmålet om ansvarsgrunnlag, hvor A har fått medhold i at oppsigelsen var usaklig. A har dessuten nedlagt påstand om erstatning fastsatt etter rettens skjønn, hvilket må hensyntas ved vurderingen av hvor stor differanse som kan aksepteres mellom påstand og domsresultat. A har imidlertid med styrke anført at det ikke er grunnlag for å legge vekt på tilbudet om ny stilling ved erstatningsutmålingen, et spørsmål A ikke har fått medhold i. Etter flertallets syn dreier det seg derfor ikke om et fritt skjønn i egentlig forstand.

Dersom det utelukkende sees hen til påstandene, har [virksomhet] fått medhold i det vesentlige. [virksomhet] har imidlertid ikke fått medhold i at oppsigelsen er saklig, som er det spørsmål som har vært viet størst oppmerksomhet under ankeforhandlingen.

Samlet sett er det flertallets syn at begge parter har fått medhold av betydning, jf. tvisteloven § 20-3, både for tingretten og lagmannsretten jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd. Begge parter har fått medhold i så stor grad at det ikke ville være rimelig å forlange at noen av partene skulle akseptert motpartens standpunkt i saken, jf. HR-2019-1611-U. Når en part må anses å ha fått medhold av betydning, utelukker det at motparten kan anses å ha fått medhold i det vesentlige.

Når det tas i betraktning hvor sakens hovedtyngdepunkt har ligget, hva hver av partene har fått medhold i, samt de momenter som fremgår av tvisteloven § 20-2 tredje ledd, foreligger det etter flertallets syn ikke tungtveiende grunner som tilsier at noen av partene bør tilkjennes sakskostnader etter tvisteloven § 20-3, verken helt eller delvis for noen instans. De fremsatte forlikstilbud, samt det forhold at e-posten av 19. mai 2022 fra advokat Sæbø ikke ble fremlagt for tingretten, endrer ikke flertallets vurdering.

Flertallet har etter dette kommet til at det ikke skal tilkjennes sakskostnader for noen instans.

Mindretallet – tingrettsdommer Rabl-Vøien og arbeidslivskyndig meddommer Hassel – er enig med flertallet i de rettslige utgangspunktene.

Mindretallet har imidlertid et annet syn enn flertallet på spørsmålet om hvilket lønnsnivå erstatningsutmålingen skal ta utgangspunkt i, samt betydningen av at A ble tilbudt ny stilling. Mindretallet har følgende merknader:

Tilbudet om ny stilling

Partenes forutgående korrespondanse er viktig tolkningsbakgrunn for e-posten 19. mai 2022 fra advokat Øyen, hvor A fikk tilbud om stilling som prosjektleder. Den 13. mai 2022 hadde advokat Sæbø i epost til advokat Øyen varslet rettslig behandling av saken, og samtidig fremsatt et forslag til minnelig løsning av tvisten mellom partene, for å unngå det varslede søksmålet. Advokat Øyens epost av 19. mai 2022 var et svar på denne eposten. Etter mindretallets syn burde det vært klarere presisert dersom stillingen som prosjektleder utgjorde et selvstendig tilbud, som A kunne akseptere uten å frafalle det varslede søksmålet. Også e-postens ordlyd tilsier det samme. E-posten hadde tittelen «[s]var på krav om erstatning», og det fremgår at det dreide seg om et «alternativt forslag, som vi håper kan løse saken i alles interesse». At advokat Øyen håper at saken kan løses, kan ikke oppfattes på annen måte enn at poenget er at man, dersom tilbudet aksepteres, kan unngå det varslede søksmålet. Det er dermed sannsynlig at e-posten var ment som [virksomhet]s forslag til minnelig løsning av tvisten mellom partene.

At advokat Sæbø i e-post samme dag presiserte at A hadde krav på stillingen i tråd med sin fortrinnsrett, medfører ikke noe annet. Det sentrale er hva tilbudet fra [virksomhet] ved advokat Øyen innebar, ikke hva A la til grunn at han hadde krav på. Det kan ikke brukes mot [virksomhet] at de ikke tidligere klagde at de ikke var enige i advokat Sæbøs tolkning av e-posten av 19. mai 2022. [virksomhet] hadde ingen foranledning til å komme tilbake til dette tidligere enn i tilsvaret til As stevning til tingretten.

Etter mindretallets syn må tilbudet om stilling som prosjektleder derfor anses som en del av forlikforhandlingene, som forutsatte at A samtidig frafalt søksmålsadgangen, og ikke som et selvstendig tilbud. A hadde på denne bakgrunn rimelig grunn til ikke å akseptere tilbudet om ny stilling. A opplevde også at det ville være belastende å returnere til [virksomhet] og at han ikke ville få et tilstrekkelig psykososialt arbeidsmiljø. Tilbudet om ny stilling kan derfor ikke tillegges vekt ved erstatningsutmålingen.

Utmålingen av erstatning for økonomisk tap – tapt lønnsinntekt

Oppsigelsen av A er usaklig. [virksomhet] har lagt en for snever utvelgeskrets til grunn. Saksbehandlingen har ikke vært forsvarlig, og [virksomhet] vurderinger er i liten grad etterprøvbare.

Mindretallet er enig med flertallet i at A ikke ville hatt krav på en stilling som avdelingsleder, slik han heller ikke selv synes å gjøre gjeldende. Det er imidlertid høyst uklart hvilken stilling A eventuelt ville hatt krav på.

Når A etter mindretallets syn hadde rimelig grunn til ikke å akseptere tilbudet om ny stilling, må lagmannsretten i et slikt tilfelle være varsomme med å legge til grunn et antatt lønnsnivå, når oppsigelsen først anses usaklig. A skal da stilles som om oppsigelsen tenkes borte. Det må tas utgangspunkt i hans inntektsnivå som avdelingsleder, og ikke et antatt lønnsnivå basert på en hypotetisk vurdering. t erstatningsutmålingen skal bidra til et effektivt oppsigelsesvern, underbygger dette.

Som det fremgår ovenfor er det etter mindretallets syn ikke grunnlag for å gjøre fradrag for inntekt A ville hatt dersom han hadde takket ja til stillingen som prosjektleder. Etter mindretallets syn skal det imidlertid gjøres

fradrag fra inntekt A har hatt i stillingen som tømrer fra 1. februar 2023. A hadde vært ute av stillingen i [virksomhet] i lang tid, og det dreier seg om en fast stilling som A fortsatt innehar.

Mindretallet legger som tingretten til grunn at det ved utmålingen bør legges til grunn en tapsperiode på to år. Mindretallet kan etter dette i all hovedsak slutte seg til tingrettens utmåling av erstatning for økonomisk tap med 1 300 000 kroner, med noen mindre reduksjoner for beregning av feriepenger og fordel ved fri bil. Da mindretallet blir overstemt, er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette.

Erstatning for ikke-økonomisk tap

Mindretallet kan i det alt vesentlige slutte seg til flertallets vurderinger ved utmålingen av erstatning for ikke-økonomisk tap. Sett hen til at mindretallet legger til grunn at A ikke fikk et selvstendig tilbud om ny stilling, slik at fortrinnsretten formelt sett er brutt, mener mindretallet at erstatning for ikke-økonomisk tap passende kan settes til 40 000 kroner.

Sakskostnader

I tråd med mindretallets syn har A vunnet saken i det vesentlige, og har krav på full erstatning for nødvendige sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første og annet ledd, både for tingretten for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-9 annet ledd. Det er etter mindretallets syn ikke grunnlag for å gjøre unntak fra kostnadsansvaret etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd, verken helt eller delvis for noen instans.

Etter stemmegivning ble det avsagt dom i tråd med flertallets syn. Dommen er avsagt under dissens.

DOMSSLUTNING

1. [virksomhet] AS frifinnes fra kravet om å betale erstatning for økonomisk tap.
2. [virksomhet] AS betaler erstatning for ikke-økonomisk tap til A med 30 000 – trettitusen – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelse av denne dom, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
3. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.