

Arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom

Arbeidstakers oppsigelsesvern etter aml. § 15-8, og oppsigelsesvernet etter verneperiodens utløp jf. aml. § 15-7.

Vilde Eline Åmo

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2018

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Utviklingen av oppsigelsesvernet ved sykdom.....	2
1.3	Legislative hensyn.....	3
1.4	Rettskildebildet og metodiske avklaringer.....	4
1.5	Avgrensninger.....	5
1.6	Fremstillingen videre.....	5
2	Plikter i forbindelse med arbeidstakers sykefravær.....	6
2.1	Innledning.....	6
2.2	Tilretteleggingsplikten.....	6
2.2.1	Innledning.....	6
2.2.2	Innholdet i tilretteleggingsplikten.....	7
2.2.3	Tilretteleggingspliktens rekkevidde.....	8
2.3	Oppfølgingsplan og dialogmøte.....	11
2.3.1	Arbeidsgivers plikt til oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøte.....	11
2.3.2	Unntak fra pliktene dersom det anses ”åpenbart unødvendig”.....	12
2.4	Arbeidstakers medvirkningsplikt.....	13
3	Arbeidstakers oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven § 15-8.....	14
3.1	Innledning.....	14
3.2	Begrepet ”sykdom” i aml. § 15-8.....	14
3.3	Utgangspunkter for verneperioden.....	16
3.4	Krav om årsakssammenheng.....	20
3.4.1	Innledning.....	20
3.4.2	Adgangen til oppsigelse grunnet avledede forhold ved sykdommen.....	20
3.5	Krav til arbeidstakers varsling og dokumentasjon ved sykefravær.....	23
3.5.1	Arbeidstakerens plikt til snarlig varsel.....	23

3.5.2	Krav til arbeidstakerens dokumentasjon av sykefraværet.....	25
3.6	Regler om beviskrav og bevisbyrde ved oppsigelse under sykefravær.....	26
3.6.1	Beviskravet ”overveiende sannsynlig” i aml. § 15-8	26
3.6.2	Bevisbyrden påhviler arbeidsgiver	27
4	Oppsigelsesvernet etter verneperiodens utløp jf. arbeidsmiljøloven § 15-7	30
4.1	Innledning.....	30
4.2	Saklighetskriteriet ved oppsigelse grunnet sykdom	31
4.3	Arbeidsgivers gjennomføring av tilretteleggingsplikten.....	33
4.4	Arbeidsgivers oppfølging underveis i sykefraværet.....	37
4.5	Arbeidstakers fremtidige sykdomsbilde.....	39
4.6	Arbeidstakerens medvirkning.....	41
4.7	Rimelighetsvurdering	43
4.7.1	Sykefraværets lengde	43
4.7.2	Belastende vikarbehov for bedriften	43
4.7.3	Sykefraværets virkninger for arbeidsplassen og virksomhetens drift	45
4.7.4	Arbeidstakerens individuelle forhold	46
5	Avsluttende vurderinger	49
	Kildeliste	51

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for avhandlingen er arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom. Fremstillingen skal både behandle oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8, og vernet etter verneperiodens utløp jf. aml. § 15-7 første ledd.¹

Arbeidstaker har et særskilt oppsigelsesvern ved sykdom jf. aml. § 15-8. Etter § 15-8 første ledd fremgår det at arbeidstaker er vernet mot oppsigelse grunnet sykdom de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntreffer. Etter verneperiodens utløp følger arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom av det alminnelige oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7 første ledd.

Arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom er en relevant og dagsaktuell problemstilling. Statistikk fra SSB viser at for 3. kvartal 2018 utgjorde sykefraværet 6,2 % av avtalte dagsverk.² Sykefraværets omfang gjør at både arbeidsgivere og arbeidstakere bør kjenne til regelverket. Enhver arbeidstaker kan i løpet av arbeidslivet rammes av sykdom. Arbeidstakere bør dermed kjenne til regelverket for å kunne forutberegne sin rettsstilling.

For arbeidsgiver er det derimot viktig å være orientert om hvilke rettigheter og muligheter som finnes dersom ansatte blir langvarig fraværende grunnet sykdom. Oversikt over regelverket er nødvendig for å unngå en oppsigelse på usaklig grunnlag. Feilaktige oppsigelser kan medføre at arbeidsgiver pålegges å betale erstatning og oppreisning til arbeidstakeren. Til illustrasjon kan det vises til at arbeidsgiveren i LB-2013-178053 ble dømt til å betale erstatning og oppreisning på kr 570 000,-.³ Arbeidsgivers feilaktige håndtering kan dermed få økonomiske konsekvenser for virksomheten. Avhandlingen skal etter dette søke å belyse regelverket både fra arbeidstakers og arbeidsgivers ståsted.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (aml eller arbeidsmiljøloven).

² Se statistikk for sykefravær 3. kvartal 2018 <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/sykefratot/kvartal>.

³ LB-2013-178053.

1.2 Utviklingen av oppsigelsesvernet ved sykdom

Arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom har vært i stor utvikling. Saklighetskriteriet ble innført i arbeidervernloven av 1936.⁴ Departementet påpekte at arbeidstakere synes det var utfordrende at arbeidsgiver kunne gå til oppsigelse uten særskilt begrunnelse.⁵ Innføringen av saklighetskriteriet medførte at det alminnelige stillingsvernet ble styrket, og dermed ble også oppsigelsesvernet ved sykdom styrket.⁶

Departementet mente videre at det burde innføres regler som i en viss utstrekning begrenset arbeidsgivers adgang til oppsigelse grunnet arbeidstakers sykdom.⁷ I arbeidervernloven av 1956 § 44 ble det derfor innført et særskilt oppsigelsesvern ved sykdom.⁸ Det daværende oppsigelsesvernet inneholdt riktignok enkelte begrensninger sammenlignet med dagens regelverk. Verneperioden etter § 44 var 3 måneder. For arbeidstakere som hadde vært ansatt i bedriften 10 år sammenhengende, var verneperioden 12 måneder. Oppsigelsesvernet var unntatt tilfeller hvor arbeidstaker hadde pådratt seg sykdom ved forsett eller uaktsomhet, eller dersom arbeidstaker hadde fortiet om sykdommen ved tiltredelse.

Sammenlignet med § 44 innebar ikrafttredelsen av arbeidsmiljøloven av 1977 § 64 en utvidelse av oppsigelsesvernet.⁹ De overnevnte unntakene ble ikke opprettholdt fordi departementet ønsket å gjøre oppsigelsesvernet mer reelt, videre sluttet departementet seg til forslaget om at bevisbyrden ved oppsigelse grunnet sykdom måtte pålegges arbeidsgiver.¹⁰

I motsetning til arbeidsmiljøloven av 1977 skiller ikke arbeidsmiljøloven av 2005 ved tilsetningstidens varighet.¹¹ I forarbeidene ble det uttalt at "[...] hensynet til en klar og brukervennlig regel [...]" talte for å benytte en likeartet verneperiode.¹² Departementet fant heller ikke grunn til å differensiere ved arbeidsforholdets varighet eller hvorvidt fraværet skyldtes forhold på arbeidsplassen. Forslag om at verneperioden skulle gjelde hele rehabiliteringsperioden eller kortere verneperioder for særskilte tilfeller, ble ikke innført. Etter dagens regelverk gjelder en generell verneperiode på inntil 12 måneder.

⁴ Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (gamle arbeidervernloven).

⁵ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 48.

⁶ Skarning (2011) s. 15.

⁷ Ot.prp. nr. 8 (1956) s. 53.

⁸ Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (gamle arbeidervernloven).

⁹ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

¹⁰ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 25.

¹¹ Skarning (2011) s. 15.

¹² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

1.3 Legislative hensyn

Legislative hensyn er viktig for forståelsen og vurderingen av oppsigelsesadgangen ved sykdom. Bestemmelsens formål kan dessuten få betydning for tolkningen.¹³ Ved tolkningstilstand kan dermed hensynene gi veiledning for hvordan oppsigelsesvernet bør avgjøres. I dette punktet presenteres derfor de legislative hensynene oppsigelsesvernet ved sykdom bygger på.

Reguleringen av verneperioden i aml. § 15-8 bygger på hensynet til arbeidstakeren. Ifølge forarbeidene er et av formålene med bestemmelsen å forhindre at en syk arbeidstaker må bruke tid og krefter på å beholde arbeidet sitt.¹⁴ Bestemmelsen skal derfor verne arbeidstakere som er blitt arbeidsuføre på grunn av ulykke eller sykdom i en tidsbegrenset periode.¹⁵ Det må gis tilstrekkelig tid til friskmelding, restitusjon og tilrettelegging slik at returnering til arbeidslivet er mulig før eventuelt oppsigelse kan bli aktuelt.¹⁶ Syke arbeidstakere påføres en tilleggsbelastning ved å miste arbeidet. Verneperioden skal sikre at vedkommende i stedet skal kunne "[...] fokusere på å bli frisk."¹⁷

Etter verneperioden bygger oppsigelsesadgangen etter aml. § 15-7 på en avveining av arbeidstakers og arbeidsgivers interesser.¹⁸ I avveiningen må det ses hen til at arbeidsmiljølovens formål etter § 1-1 bokstav c) og e) er tilrettelegging for den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon, samt bidra til et inkluderende arbeidsliv. I forarbeidene fremheves særlig siktemålet om et mer inkluderende arbeidsliv.¹⁹ Slike hensyn er av viktighet for den enkelte, men er også av samfunnsmessig betydning.

Lignende hensyn vektlegges i forarbeidene til aml. § 15-7. Det vises til at arbeidstakere som er borte fra arbeidsplassen grunnet sykdom når oppsigelsen mottas vil "[...] gjennomgående ha større vanskeligheter på arbeidsmarkedet enn andre."²⁰ Videre er et godt stillingsvern for sykemeldte arbeidstakere et "[...] viktig virkemiddel for å forhindre utstøting fra arbeidslivet." Forarbeidene viser også til viktigheten av at arbeidslivet i størst mulig grad ivaretar alle grupper og bidrar til at færrest mulig faller ut. Også slike hensyn er av betydning både for arbeidstakere og samfunnet for øvrig.

¹³ Eckhoff (2001) s. 101.

¹⁴ NOU 2004: 5 s. 314.

¹⁵ Jakhellin m.fl. (2017) Monica Haugedal og Tina Storsletten Nordstrøm § 15-8 note 1 s. 1163.

¹⁶ NOU 2004: 5 s. 314.

¹⁷ Skarning (2011) s. 82.

¹⁸ Rt.2009 s. 685 (Webredaktør-saken) (avsnitt 52).

¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71.

²⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231-232.

En oppsigelse er naturligvis belastende for arbeidstakeren. Utfordringene forsterkes når arbeidstakeren mottar oppsigelsen mens vedkommende er syk. Arbeidstakeren kan oppleve vanskeligheter med å finne nytt arbeid, og den økonomiske situasjon kan bli anstrengt.²¹ Til illustrasjon er en avgjørelse av Tana og Varanger herredsrett fra 1985, hvor herredsretten uttalte at oppsigelsen av den syke arbeidstakeren ville medføre en menneskelig tragedie.²²

Det må likevel trekkes en grense for arbeidsgivers ansvar. Arbeidsgiver har "[...] behov for avklaring [...]" når arbeidstakere er fraværende over lang tid grunnet sykdom.²³ Lovgiver anså det urimelig dersom konsekvensene ved fravær utover ett år ble tillagt arbeidsgiver.²⁴ Ved omfattende sykefravær utover verneperioden vil ansvaret for arbeidstakeren i enkelte tilfeller "... ikke lenger ligge på arbeidsgiver, men måtte overtas av fellesskapet."²⁵ Det er altså av hensyn til arbeidsgiver, at ansvaret etter en tid må overtas av samfunnet for øvrig.

1.4 Rettskildebildet og metodiske avklaringer

Avhandlingen er rettsdogmatisk og skal klarlegge gjeldende rett. Problemstillingene løses på bakgrunn av alminnelig juridisk metode.²⁶ Avhandlingens problemstilling gir ikke grunnlag for særskilte metodiske spørsmål. Ved framstillingen av oppsigelsesvernet ved sykdom er det likevel enkelte metodiske forhold som gjøres gjeldende. Oppsigelsesvernet etter aml. § 15-7 er behandlet i en rekke rettsavgjørelser. Oppsigelsesadgangen er vurdert i flere avgjørelser av tingretter og lagmannsretter, men det foreligger lite høyesterettspraksis på området.

Andenæs uttaler at underrettspraksis i liten grad har selvstendig rettskildemessig verdi for overordnede eller sideordnede domstoler. Likevel kan underrettspraksis være av interesse for hvordan rettsspørsmål løses, og avgjørelsene kan ha "[...] betydelig argumentasjonsverdi".²⁷ Også Eckhoff tar til orde for at underrettspraksis kan være en relevant rettskilde på områder hvor saker sjelden påankes, til tross for at avgjørelsene ikke har samme rettskildemessig verdi som Høyesterettsavgjørelser.²⁸ Ifølge Nygaard er underrettspraksis av interesse på områder med lite eller ingen høyesterettspraksis.²⁹ Videre viser han til at dersom avgjørelsene gir uttrykk for fast praksis, kan det også få betydning for vektleggingen av avgjørelsen. Fanebust

²¹ LF-2004-27911.

²² RG-1985-577 s. 590 (Tana og Varanger herredsrett).

²³ LF-2004-27911.

²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

²⁵ LB-2016-70178-2 (Norges Buss-saken).

²⁶ Særlig fremstilt av Eckhoff (2001).

²⁷ Andenæs (2009) s. 96-97.

²⁸ Eckhoff (2001) s. 162.

²⁹ Nygaard (2004) s. 210.

viser til at oppsigelsessaker sjelden ankes, dersom det kun tas utgangspunkt i avgjørelser fra Høyesterett vil det "[...] gi et ufullstendig bilde av rettskildesituasjonen[...]"³⁰

I fremstillingen benyttes derfor underrettspraksis i stor grad for å belyse relevante problemstillinger, og som illustrasjon for hvordan problemstillingene ble løst. Der det er bred enighet om hvordan problemstillingen skal løses, vil fremgangsmåten og resultatet vektlegges for å belyse rettstilstanden. Øvrige avgjørelser vil primært benyttes i den utstrekning den rettslige argumentasjonen er overbevisende, og vil følgelig benyttes som et bidrag til å belyse rettstilstanden. Enkelte av lagmannsrettsavgjørelsene ble anket til Høyesterett, men ankene ble nektet fremmet.³¹

1.5 Avgrensninger

Grunnet oppgavens omfangsbegrensning, avgrenses avhandlingen til oppsigelsesvernet ved sykdom etter arbeidsmiljølovens bestemmelser. Oppsigelsesvernet ved sykdom etter statsansatteloven, luftfartsloven og skipsarbeidsloven drøftes dermed ikke.³² Vurderinger knyttet til oppsigelsesadgangen etter bestemmelsene i særlovgivningen kan imidlertid ha overføringsverdi til drøftelsene i avhandlingen.³³ Avhandlingen avgrenses videre mot generelle saksbehandlingsregler ved oppsigelse. Slike forhold kan innvirke på oppsigelsens gyldighet, men faller utenfor avhandlingens kjerne og behandles ikke nærmere.

1.6 Fremstillingen videre

Kapittel 2 omhandler plikter i forbindelse med arbeidstakers sykefravær. En fullstendig redegjørelse av pliktene er ikke hensiktsmessig av hensyn til avhandlingens problemstilling og omfang. I avhandlingens kapittel 3 fremstilles oppsigelsesvernet i verneperioden etter aml. § 15-8. Kapittel 4 omhandler arbeidsgivers adgang til oppsigelse av arbeidstaker grunnet sykdom etter verneperiodens utløp jf. § 15-7. Avhandlingens oppbygging følger gangen i et sykefravær, og anses som en naturlig fremstilling av tematikken. I kapittel 5 skal det foretas avsluttende refleksjoner om arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom.

³⁰ Fanebust (2017) s. 70.

³¹ En kan ikke uten videre kan legge til grunn at en ankenektelse indikerer at utvalget anser avgjørelsen som riktig, ankenektelsen innebærer at utvalget anser at behandling av anken ikke ville medført et annet resultat jf. Nygaard (2004) s. 211.

³² Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven), Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven). Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeiderloven).

³³ Til eksempel kan nevnes Rt.2011 s. 596 (Rederi-saken) som omhandler vernet etter tidligere sjømannsloven.

2 Plikter i forbindelse med arbeidstakers sykefravær

2.1 Innledning

I forbindelse med arbeidstakers sykefravær har både arbeidsgiver og arbeidstaker plikter. Pliktene gjelder riktignok generelt, men har særlig betydning for oppsigelsesadgangen. Arbeidstakers og arbeidsgivers oppfyllelse av pliktene er av særskilt betydning for oppsigelsesadgangen etter aml. § 15-7. Pliktene gjelder også underveis i verneperioden etter aml. § 15-8. Fordi pliktene inngår i senere drøftelser anses det hensiktsmessig å presentere pliktene innledningsvis i et eget kapittel.

2.2 Tilretteleggingsplikten

2.2.1 Innledning

Arbeidsmiljøloven kapittel 4 regulerer ulike plikter arbeidsgiver har i forhold til arbeidsmiljøet. Overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne har arbeidsgiver en særskilt tilretteleggingsplikt jf. aml. § 4-6 første ledd jf. annet ledd. Bestemmelsen lyder:

”§ 4-6 Særlig om tilrettelegging for arbeidstakere med redusert arbeidsevne

- (1) 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 sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet eller arbeidstiden, endringer i arbeidsutstyr, gjennomgått arbeidsrettede tiltak e.l. ”

Rettighetssubjektet etter bestemmelsen er arbeidstakere som har ”redusert arbeidsevne” på grunn av ”ulykke”, ”sykdom” eller ”slitasje”. Bestemmelsen må dermed forstås som at plikten gjelder både ved langvarig sykdom og ved kortvarige plager. Forståelsen støttes av forarbeidene, hvor det presiseres at arbeidsgiver også plikter å legge til rette for arbeidstakere med forbigående sykdom.³⁴ For eksempel gjelder plikten dermed både overfor arbeidstakere som lider av kronisk tennisalbue, og overfor arbeidstakere med mer kortvarige plager som albuebrudd.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt må ses i sammenheng med arbeidsmiljølovens formål. Etter aml. § 1-1 bokstav c) skal arbeidsmiljøloven tilrettelegge for tilpasninger i arbeidsforholdet etter den enkelte arbeidstakers forutsetninger og livssituasjon. Ifølge forarbeidene er bestemmelsens særlige siktemål tilbakeføring av sykemeldte arbeidstakere.³⁵ Jakhelln m.fl. uttaler at tilretteleggingsplikten skal realisere formålet om et inkluderende arbeidsliv, samt hindre og forebygge langtidssykefravær og utstøting fra arbeidslivet.³⁶

2.2.2 Innholdet i tilretteleggingsplikten

Arbeidsgiver plikter etter aml. § 4-6 første ledd å iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker skal kunne beholde arbeidet eller få annet passende arbeid. Arbeidstaker skal etter første ledd annen setning ”fortrinnsvis” gis anledning til å fortsette i sitt ordinære arbeid. Bestemmelsen antyder dermed at arbeidstakeren primært skal få beholde sitt vanlige arbeid. Forståelsen har støtte i forarbeidene, hvor det fremgår at det subsidiært er aktuelt at arbeidstakeren får andre passende arbeidsoppgaver innenfor virksomheten.³⁷ Styringsretten kan imidlertid gi arbeidsgiver grunnlag for å endre arbeidstakers oppgaver.

Arbeidsgiver plikter å iverksette ”nødvendige tiltak”. Ordlyden ”nødvendige tiltak” tilsier at det kreves at arbeidsgiver gjennomfører de tiltak som behøves. Bestemmelsens ordlyd legger opp til en konkret vurdering av tiltak som kan begrense arbeidstakerens utfordringer på arbeidsplassen. Etter første ledd annen setning kan slike tiltak være tilrettelegging av arbeidet, arbeidstid, arbeidsutstyr eller gjennomføring av arbeidsrettede tiltak. Formuleringen ”eller lignende” i lovteksten må forstås som at bestemmelsen ikke angir en uttømmende oppregning. Til illustrasjon kan arbeidsgiver også tilrettelegge arbeidssted, for eksempel ved at det gis anledning til hjemmearbeid.

I forarbeidene presiseres det at begrepet ”nødvendige tiltak” er vidt.³⁸ Etter forarbeidene kan konkrete tiltak for eksempel være anskaffelse eller endring av teknisk utstyr, endring av fysiske innretninger, endringer i rutiner, regulering av arbeidstid og arbeidsmengde, samt opplæring og omskolering. Et eksempel på hvordan tilretteleggingsplikten kan gjennomføres er Frostating lagmannsretts avgjørelse, LF-2015-72834. Arbeidsgiveren som var et sykehus, hadde tilrettelagt arbeidet for arbeidstakeren etter at hun returnerte til arbeid i etterkant av en

³⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

³⁶ Jakhelln m.fl. (2017) Aili Kristin Stenseth § 4-6 note 1 s. 278.

³⁷ Prop.89 L (2010-2011) s. 12.

³⁸ Prop.89 L (2010-2011) s. 13.

sykemeldingsperiode.³⁹ Tiltakene sykehuset iverksatte var blant annet at sykepleieren ble fritatt nattevakter og ansvarsvakter. Turnusen ble også tilrettelagt slik at hun fikk nok hvile mellom vaktene. Ansvarsoppgavene ble også tilrettelagt slik at sykepleieren ikke var i kontakt med krevende pasienter.

2.2.3 Tilretteleggingspliktenes rekkevidde

Hvilke tiltak som kan kreves iverksatt har nær sammenheng med hvor langt plikten rekker. Etter aml. § 4-6 første ledd plikter arbeidsgiver ”så langt det er mulig” å iverksette tiltak. Ordlyden ”så langt det er mulig” sikter til at tilretteleggingsplikten ikke er ubetinget. Det må derfor ses hen til den enkelte arbeidsgivers faktiske mulighet til tilrettelegging. Arbeidsgivers mulighet avhenger blant annet av virksomhetens ressurser.

Begrensningen ”så langt det er mulig” skal ifølge forarbeidene tolkes strengt.⁴⁰ Videre vises det i forarbeidene til at det må foretas en konkret helhetlig vurdering der ”[...] virksomhetens art, størrelse, økonomi og arbeidstakers forhold må veies opp mot hverandre.”⁴¹ Det kan tenkes at virksomhetens art og størrelse i enkelte tilfeller kan overlape hverandre, for eksempel ved at det stilles større krav til store offentlige bedrifter enn til mindre private virksomheter. Et eksempel hvor bedriftens art er av betydning kan være arbeid på nattklubb. Dersom arbeidstakeren har psykiske plager som medfører behov for stabilitet og rutiner i hverdagen, kan nattarbeid være utfordrende. Det kan ikke nødvendigvis kreves at en nattklubb som i hovedsak drives på kveldstid tilrettelegger for arbeid på andre tider av døgnet.

Grensedragningen er også nærmere vurdert i juridisk teori. Johansen og Stueland uttaler at arbeidsgiver må benytte tilgjengelige muligheter og midler.⁴² Videre viser de til at dersom for eksempel bygningsmessige forhold eller virksomhetens økonomiske forhold, hindrer adgangen til tilrettelegging kan det medføre at tiltakene ”[...] ligger utenfor det som med rimelighet kan anses mulig for arbeidsgiveren.” Synet underbygges av Aagaard m.fl. som viser til at det kan være aktuelt å se hen til alminnelige bedriftsøkonomiske hensyn.⁴³ Argumentasjonen fremstår rimelig. Individuelle hensyn i den enkelte virksomhet bør kunne spille inn i fastleggingen av plikten. Det må videre være åpenbart at tilretteleggingsplikten kan ikke tvinge gjennom tiltak som rammer virksomhetens eksistens.

³⁹ LF-2015-72834.

⁴⁰ Prop.89 L (2010-2011) s. 14.

⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 309.

⁴² Johansen og Stueland (2015) s. 199.

⁴³ Aagaard m.fl. (2012) s. 375.

Det kan problematiseres hvor langt tilretteleggingsplikten rekker dersom tiltaket berører eller går på bekostning av øvrige arbeidstakere. Spørsmålet ble nærmere drøftet av Høyesterett i Rt.1995 s. 227.⁴⁴ Arbeidstakeren hevdet at han som yrkeshemmet kunne kreve at øvrige arbeidstakere skulle beordres til å bytte stilling med ham. Høyesterett fastslår på s. 232 at bestemmelsen ikke gir grunnlag for at "[...] andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete."⁴⁵ I et obiter dictum uttaler Høyesterett likevel at styringsretten kan gi grunnlag for at andre arbeidstakere må bytte stilling dersom vedkommendes arbeidskontrakt er utformet slik at den dekker begge stillingene.

2.2.3.1 IA-avtalens betydning ved fastleggelsen av tilretteleggingsplikten

Spørsmålet om IA-avtalens betydning ved vurderingen av tilretteleggingsplikten har oppstått i en rekke rettsavgjørelser.⁴⁶ Spørsmålet er viktig for avhandlingens problemstilling fordi tilretteleggingsplikten er sentral ved vurderingen av oppsigelsesadgangen. I forlengelsen skal det derfor ses på i hvilken grad arbeidsgivers forpliktelse etter IA-avtalen gir grunnlag for en skjerpet tilretteleggingsplikt.

IA-avtalen er en intensjonsavtale mellom regjeringen og hovedorganisasjonene i arbeidslivet om å arbeide for et mer inkluderende arbeidsliv. Etter avtalens delmål 2 søker IA-samarbeidet å "hindre frafall og øke sysselsetting av personer med nedsatt funksjonsevne". IA-avtalens overordnede mål er blant annet reduksjon av sykefraværet, samt å hindre utstøting og frafall fra arbeidslivet. Tilretteleggingsplikten er fremhevet også i protokollen til IA-avtalen. Det fremgår dermed ikke uttrykkelig av IA-avtalen hvorvidt avtalebinding skjerper kravene til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. IA-avtalen i seg selv gir dermed lite føringer for spørsmålsstillingen.

Forarbeidene gir også i liten grad veiledning til problemstillingen. Departementet tok ikke endelig stilling til hvorvidt IA-avtalen medførte en skjerpet tilretteleggingsplikt for IA-bedriftene.⁴⁷ Spørsmålet er ikke behandlet av Høyesterett, men problemstillingen er derimot behandlet ved flere anledninger i underrettspraksis. Drammen tingrett uttalte i RG-2005-807 at deltakelse i IA-avtalen "[...] understreker det ansvar kommunen har som arbeidsgiver."⁴⁸

⁴⁴ Rt.1995 s. 227 (Eksem-saken).

⁴⁵ Forståelsen er også senere fulgt opp i LB-2016-70178-2.

⁴⁶ IA-avtalen (Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv 4. mars 2014- 31. desember 2018). https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/inkluderende_arbeidsliv/ia-avtalen-2014-18/IA-avtalen-2014-2018/id752432/.

⁴⁷ Prop.89 L (2010-2011) s. 12.

⁴⁸ RG-2005-807 (Drammen tingrett) s. 813.

Synspunktet underbygges av flertallet i LG-2006-100708 som uten nærmere rettslig forankring uttalte at de ”[...] oppfattet avtalen som et moment som i den samlede vurdering trekker i retning av skjerpede krav til arbeidsgivers innsats i henhold til aml. § 13 nr. 2.”⁴⁹ Avgjørelsen gjaldt daværende arbeidsmiljølov av 1977, bestemmelsen tilsvarende aml. § 4-6.

Standpunktene ble imidlertid fraveket av Frostating lagmannsrett i LF-2011-195233.⁵⁰ Lagmannsretten bemerket at IA-avtalen ikke skjerpet arbeidsgivers plikter i forbindelse med tilrettelegging. Oppfatningen er fulgt opp av Frostating lagmannsrett i LF-2013-5417.⁵¹ Lagmannsretten uttalte at IA-avtalen ”[...] ikke medfører større rettslige forpliktelser for arbeidsgiver enn de som følger av arbeidsmiljøloven.” Standpunktene ble ikke nærmere rettslig forankret. Synspunktet er i etterkant fulgt opp i LF-2015-168758.⁵²

I juridisk teori er det også uenighet om tilslutning til IA-avtalen gir grunnlag for en skjerpet tilretteleggingsplikt. Jakhelln m.fl. viser til RG-2005-807, og uttaler at tilknytning til IA-avtalen er et moment i skjerpende retning ved vurderingen av tilretteleggingsplikten.⁵³ Avgjørelsene LF-2011-195233 og LF-2013-5417 som i ettertid fravek RG-2005-807, ble imidlertid ikke kommentert nærmere i denne sammenheng.

Skarning på sin side avviser at tilknytning til IA-avtalen medfører skjerpede forpliktelser for virksomheten.⁵⁴ Han viser til at IA-avtalens delmål er nasjonale politiske intensjoner. Dersom avtalen begrenser arbeidsgivers oppsigelsesadgang måtte det kommet tydeligere frem. Videre viser han til at en slik forståelse kan medføre at virksomheter vegrer seg for deltakelse i IA-samarbeidet.

I avveiningen må det ses hen til at rettspraksis ikke gir uttrykk for en ensartet og etablert oppfatning. Samtlige av de overnevnte avgjørelsene tar standpunkt til spørsmålsstillingen uten noen nærmere rettslig forankring. Det er forholdsvis få avgjørelser som legger til grunn en skjerpet tilretteleggingsplikt. Standpunktet anses dermed ikke å være fast praksis. Avgjørelsene som legger til grunn at IA-avtalen ikke medfører en skjerpet tilretteleggingsplikt er truffet i nyere tid, noe som taler for at avgjørelsene bør vektlegges. Juridisk teori som

⁴⁹ LG-2006-100708 (Helse Bergen-saken).

⁵⁰ LF-2011-195233.

⁵¹ LF-2013-5417.

⁵² LF-2015-168758.

⁵³ Jakhelln m.fl. (2017) Aili Kristin Stenseth § 4-6 note 7 s. 286.

⁵⁴ Skarning (2011) s. 24.

argumenterer for en skjerpet tilretteleggingsplikt tar imidlertid ikke for seg avgjørelsene som fraviker synspunktet. Dette svekker den rettskildemessige argumentasjonsverdien.

Avgjørende i avveiningen er IA-avtalens ordlyd og utforming. En skjerpet fortolkning av tilretteleggingsplikten er riktignok effektivt i IA-arbeidet. Likevel må det fremheves at det innledningsvis i intensjonsavtalen presiseres at IA-avtalen ikke endrer at tilretteleggingsplikten er ufravikelig og vidtrekkende. Videre presiseres det at IA-avtalen heller ikke endrer at tilretteleggingsplikten kun gjelder ”så langt det er mulig”. Avtalens ordlyd taler dermed klart for at tilknytning til IA-avtalen ikke medfører en skjerpet tilretteleggingsplikt.

Etter dette medfører ikke IA-avtalen i seg selv skjerpede krav til arbeidsgivers tilrettelegging. Likevel må det presiseres at IA-virksomheter etter FOR-2003-12-19-1671 har anledning til å søke om tilretteleggingstilskudd.⁵⁵ Innvilgelse av tilskudd utvider bedriftens muligheter til tilrettelegging, det kan dermed antas at også kravet til bedriftens tilrettelegging skjerpes. Virksomhetens deltakelse i IA-samarbeidet kan på denne måten skjerpe arbeidsgivers forpliktelse til tilrettelegging.

2.3 Oppfølgingsplan og dialogmøte

2.3.1 Arbeidsgivers plikt til oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøte

Etter aml. § 4-6 tredje og fjerde ledd plikter arbeidsgiver å utarbeide oppfølgingsplan og innkalle til dialogmøte i forbindelse med arbeidstakers ”ulykke, sykdom, slitasje eller lignende”.

Plikten til utarbeidelse av oppfølgingsplan for tilbakeføring til arbeidslivet fremgår av aml. § 4-6 tredje ledd første setning. Bestemmelsen stiller etter annen setning krav om at arbeidet med oppfølgingsplan skal settes i gang så ”tidlig som mulig”. Planen skal senest være ferdigstilt når arbeidstaker helt eller delvis har vært borte fra arbeidet i en måned. Videre skal oppfølgingsplanen inneholde en vurdering av arbeidstakers arbeidsoppgaver og arbeidsevne, aktuelle tiltak i regi av arbeidsgiver og tiltak med bistand fra myndighetene samt plan for videre oppfølging jf. tredje og fjerde setning. I forarbeidene presiseres det at oppfølgingsplan er et”...effektivt virkemiddel og utgjør et positivt element i forholdet mellom arbeidsgiver og

⁵⁵ Forskrift 19. desember 2003 nr. 1671 om forebyggings og tilretteleggingstilskudd for ansatte i virksomheter som har inngått samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv og honorar til bedriftshelsetjenesten.

den enkelte arbeidstaker”.⁵⁶ Videre viser departementet til at oppfølgingsplan er viktig for innledende samarbeid, åpenhet og kommunikasjon.

Arbeidsgiver plikter å innkalle til dialogmøte om innholdet i oppfølgingsplanen jf. aml. § 4-6 fjerde ledd første setning. Innkalling skal skje senest innen sju uker etter at arbeidstaker ble borte fra arbeidsplassen. I forarbeidene uttales det at dialogmøtet skal styrke samarbeidet og “[...] kvalitetssikre arbeidet med oppfølgingsplanen.”⁵⁷ Etterfølgende dialogmøter som fremgår av ftrl. § 8-7 a andre og tredje ledd, skjer da i regi av NAV.⁵⁸

2.3.2 Unntak fra pliktene dersom det anses ”åpenbart unødvendig”

Plikten til utarbeidelse av oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøte er imidlertid ikke absolutt. Arbeidsmiljøloven § 4-6 tredje og fjerde ledd åpner for at arbeidsgiver ikke alltid behøver å oppfylle pliktene. Et spørsmål som reises i den forbindelse er i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan unnlate pliktene.

Unnlatelse av oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøte kan bare skje dersom det er ”åpenbart unødvendig”. Ordlyden antyder at terskelen for unnlatelse er høy. Det tilsier at det i tilfeller hvor pliktene kan unnlates, må være innlysende at oppfølgingsplan og dialogmøte ikke er formålstjenlig. For eksempel kan et slikt tilfelle være dersom det ikke er tilknyttet tvil om at sykemeldingsperioden vil være kortvarig uten behov for tilrettelegging.

Departementet har imidlertid i forarbeidene presisert at oppfølgingsplan kan være ”åpenbart unødvendig” hvis arbeidstakerens sykdom eller skade ikke krever tilretteleggingstiltak for at vedkommende kan komme tilbake på jobb.⁵⁹ Videre viser departementet til at unntaket også omfatter mer alvorlige tilstander som medfører at det er umulig for arbeidstakeren å komme tilbake på jobb. Departementet la videre til grunn at unntaket forutsetter at arbeidsgiveren kontakter arbeidstakeren for å finne ut om slike omstendigheter foreligger. Forståelsen er senere lagt til grunn i forarbeidene, også når det gjelder innkalling til dialogmøte.⁶⁰ Adgangen til unntak er dermed langt på vei ensartet.

Unntaksadgangen er ikke nærmere problematisert i rettspraksis, men er nærmere drøftet i juridisk teori. Fougner m.fl. tar til orde for at unntaket er begrunnet i behovet for å unngå

⁵⁶ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) s. 8.

⁵⁸ Lov 28. januar 1997 nr. 19 om folketrygd (ftrl.).

⁵⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2004) s. 9.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) s. 8, og Prop.89 L (2010-2011) s. 29.

unødvendig arbeid og byråkrati i sykefraværarbeidet.⁶¹ Videre viser de til at arbeidsgiver heller skal fokusere på arbeidstakere som faktisk har behov for oppfølging. Dette fremstår rimelig. Adgangen til unntak kan på denne måten bidra til å effektivisere tilbakeføringen av syke arbeidstakere til arbeidslivet.

Redegjørelsen viser at unntaksadgangen kan anvendes både i tilfeller hvor arbeidstakeren kan komme tilbake i arbeid uten særskilt tilrettelegging, og i tilfeller hvor det ikke er sannsynlig at arbeidstakeren kan fortsette i arbeidet. Likevel er adgangen snever, og arbeidsgiver må ha tilstrekkelig grunnlag for beslutningen. Enkelte sykdomstilstander kan imidlertid være komplekse og uforutsette. I slike tilfeller lar det seg ikke nødvendigvis gjøre å klarlegge forholdene i starten av sykemeldingsperioden. Gode grunner taler dermed for at arbeidsgiver i slike tilfeller bør foreta fortløpende vurderinger underveis i sykefraværet.

2.4 Arbeidstakers medvirkningsplikt

I likhet med arbeidsgiver har også arbeidstaker plikter i forbindelse med sykefraværet.

Arbeidstakers medvirkningsplikt følger uttrykkelig av aml. § 2-3. Etter bestemmelsens første ledd annen setning plikter arbeidstaker å "[...] aktivt medvirke ved gjennomføring av de tiltak [...]" som iverksettes av hensyn til et godt og sikkert arbeidsmiljø.

Herunder plikter arbeidstaker å medvirke til dialogmøte og gjennomføring av oppfølgingsplan. Det følger uttrykkelig at aml. § 2-3 annet ledd bokstav g) at arbeidstaker plikter å delta i dialogmøte etter arbeidsgivers innkalling. Arbeidstakers medvirkningsplikt ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplan følger av aml. § 2-3 annet ledd bokstav f). Medvirkningsplikten ved oppfølgingsplan følger dessuten forutsetningsvis av aml. § 4-6 tredje ledd. Etter ordlyden i bestemmelsen skal arbeidsgiver "[...] i samråd" med arbeidstaker utarbeide oppfølgingsplan for tilbakeføring til arbeid. Ordlyden antyder at både arbeidstaker og arbeidsgiver må delta i arbeidet med oppfølgingsplanen.

I forarbeidene presiseres det at dersom arbeidstakeren uten fornuftig grunn unnlater å samarbeide, vil det følgelig begrense arbeidsgivers plikt til tilrettelegging og utarbeidelse av oppfølgingsplan.⁶² Dette underbygges i juridisk teori hvor Jakhelln m.fl. viser til at arbeidstakers medvirkning kan innvirke på arbeidsgivers plikt til tilrettelegging.⁶³ Graden av

⁶¹ Fougner m.fl. (2018) s. 239.

⁶² Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 11.

⁶³ Jakhelln m.fl. (2017) Aili Kristin Stenseth § 4-6 note 11 s. 298.

medvirkning fra arbeidstakeren kan dermed få betydning for vurderingen av arbeidsgivers plikt til tilrettelegging og oppfølgingsplan. Manglende medvirkning kan dessuten få betydning for retten til sykepenger. Etter ftrl. § 8-8 faller retten til sykepenger bort dersom vedkommende uten ”rimelig grunn” unnlater å gi opplysninger, medvirke til utredning eller ta imot arbeidsrettede tilbud. Betydningen av arbeidstakers medvirkning kan også vektlegges i oppsigelsesadgangen, noe som skal utdypes nærmere i avhandlingens punkt 4.6.

3 Arbeidstakers oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven § 15-8

3.1 Innledning

Arbeidstakere har et særskilt vern mot oppsigelse grunnet sykdom etter aml. § 15-8.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”§ 15-8 Oppsigelsesvern ved sykdom

- (1) Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.
- (2) Oppsigelse som finner sted innenfor det tidsrom arbeidstaker er vernet mot oppsigelse etter denne paragraf, skal anses å ha sin grunn i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres overveiende sannsynlig.
- (3) Arbeidstaker som påberoper seg oppsigelsesvern etter denne paragraf, må ved legeattest eller på annen måte innen rimelig tid gi varsel om grunnen til fraværet. Om arbeidsgiver krever det, må det samlede sykefraværet godtgjøres ved legeattest. ”

I den videre fremstillingen skal bestemmelsens vilkår drøftes i punkt 3.2 til 3.5. Ved oppsigelse i verneperioden gjelder også bestemte regler om beviskrav og bevisbyrde, som vil presenteres nærmere i avhandlingens punkt 3.6.

3.2 Begrepet ”sykdom” i aml. § 15-8

Oppsigelsesvernet etter § 15-8 kan påberopes av arbeidstakere som er blitt arbeidsuføre og som er helt eller delvis borte fra arbeidet, grunnet ”ulykke” eller ”sykdom”. Etter ftrl. § 8-4 første ledd er ”sykdom” også et vilkår for bestemte trygdeytelser. I tidligere forarbeider til folketrygdloven uttales det at begrepet må vurderes på bakgrunn av den

medisinskvitenskapelige definisjon.⁶⁴ Et spørsmål som reises er om ”sykdom” i aml. § 15-8 forstås på samme måte som etter ftrl. § 8-4. Dersom samme forståelse legges til grunn innebærer det at arbeidstakere som rammes av omdiskuterte sykdommer ikke kan påberope vernebestemmelsen. Spørsmålet har betydning for avhandlingens problemstilling fordi det omhandler hvilke arbeidstakere som kan påberope vernebestemmelsen.⁶⁵ I det videre skal det ses på om oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8, i likhet med ftrl. § 8-4 begrenses til sykdommer som er medisinskfaglig akseptert.

Bestemmelsens ordlyd gir lite føringer for hvordan begrepet bør forstås. Ordlyden er vid, og må forstås som at den omfatter både nedsatt psykisk og fysisk tilstand. Arbeidsmiljøloven oppstiller heller ingen legaldefinisjon av sykdomsbegrepet. Lovteksten angir dermed ingen holdepunkter for at det bør legges til grunn en innskrenket forståelse av sykdomsbegrepet.

Forarbeidene gir også få holdepunkter for hvordan sykdomsbegrepet bør fortolkes.

Departementet presiserer derimot at årsaken til sykefraværet ikke er det vesentlige spørsmålet ved målsettingen om et inkluderende arbeidsliv.⁶⁶ Forarbeidene trekker i retning av at sykefraværets årsak er av mindre betydning, og gir dermed ikke grunnlag for en innskrenket forståelse av begrepet ”sykdom”.

Forståelsen av sykdomsbegrepet i § 15-8 er ikke problematisert av Høyesterett. Spørsmålet kom derimot opp i LE-2014-160806.⁶⁷ Saken gjaldt krav om forsikringsutbetaling og erstatning i etterkant av oppsigelse grunnet tap av helseattest. Arbeidsgiveren anførte at det måtte ses hen til folketrygdlovens forståelse av sykdomsbegrepet. Avgjørelsen gir imidlertid ikke holdepunkter for forståelsen, fordi lagmannsretten ikke tok stilling til oppsigelsens saklighet etter aml. § 15-8. Anførselen ble dermed ikke kommentert nærmere.

Jakhelln m.fl. viser til at begrepet ”sykdom” i aml. § 15-8 må forstås på tilsvarende måte som sykdomsbegrepet i ftrl. §15-8.⁶⁸ Lignende oppfatning legges også til grunn av Dege, som viser til at årsaken til fraværet må kunne karakteriseres som sykdom etter en medisinskfaglig

⁶⁴ Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) s. 2.

⁶⁵ For å belyse spørsmålets aktualitet kan det for eksempel vises til at ME tidligere var omdiskutert <https://indremedisinen.no/2012/04/myalgisk-encefalopati-me-en-innforing/> (fagtidsskrift innen indremedisin, Norsk indremedisinsk forening- Den norske legeförening).

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

⁶⁷ LE-2014-160806.

⁶⁸ Jakhelln m.fl. (2017), Monica Haugedal og Tina Storsletten Nordstrøm § 15-6 note 7 s. 1165.

vurdering, samt at sykdommen er årsaken til fraværet.⁶⁹ Standpunktene er ikke nærmere rettslig forankret.

I avveiningen vises det til at juridisk teori trekker i retning av at begrepet ”sykdom” sikter til tilstander som er medisinskfaglig definert. Harmoniseringshensyn med folketrygdloven tilsier at samme forståelse bør legges til grunn. Det må imidlertid tilføyes at det ikke er gitt at sykdomsbegrepet bør forstås på samme måte, fordi regelverkene bygger på ulike hensyn.

Lovens ordlyd gir derimot ikke grunnlag for en slik innskrenket fortolkning av begrepet ”sykdom”. Uttrykket sykdom benyttes i lovteksten uten at det nevnes noen reservasjon for enkelte sykdomstilfeller. Arbeidstakers forutberegnelighet taler dermed for at det bør legges til grunn en vid begrepsforståelse. Også forarbeidene underbygger dette, fordi lovgiver har fremhevet at årsaken til sykefraværet ikke er avgjørende. Lovgiverviljen trekker dermed i retning av en vid begrepsforståelse. Dersom lovgivers intensjon var at medisinskfaglig omdiskuterte sykdommer skulle være unntatt oppsigelsesvernet i aml. § 15-8, må det med rimelighet tenkes at forarbeidene ga klarere holdepunkter for en slik fortolkning.

Det må imidlertid fremheves at det kan være vanskelig å avklare om sykdomsvilkåret er oppfylt dersom begrepet ikke begrenses til medisinskfaglig aksepterte sykdommer.

Avgjørende i vurderingen er likevel at verken lovens ordlyd eller forarbeidene taler for en innskrenket tolkning av sykdomsbegrepet. At arbeidstakere ikke forskjellsbehandles på grunn av diagnose, samsvarer dessuten med hensynet til likebehandling i arbeidslivet og siktemålet om et inkluderende arbeidsliv. Forståelsen er dermed i tråd med hensynene oppsigelsesvernet bygger på.⁷⁰

Etter dette er det ikke grunnlag for at sykdomsbegrepet begrenses til medisinskfaglig avklarte sykdommer.

3.3 Utgangspunkter for verneperioden

Etter aml. § 15-8 første ledd gjelder oppsigelsesvernet de første 12 månedene etter at ”arbeidsuførheten inntrådte”. Tidspunktet ”arbeidsuførheten inntrådte” viser ifølge Fanebust til datoen for sykemeldingen eller eventuelt datoen forut hvor arbeidstakeren benytter egenmelding.⁷¹ Bestemmelsen fastslår en verneperiode på 12 måneder. Det er imidlertid ikke

⁶⁹ Dege (2009) s. 1103.

⁷⁰ Se avhandlingens punkt 1.3.

⁷¹ Fanebust (2015) s. 243-244.

alltid arbeidstakerens sykmeldingsperiode er sammenhengende. Sykefraværet kan utvikle seg mer komplekst og uregelmessig med perioder hvor arbeidstakeren er midlertidig tilbake i arbeid. Det kan ofte skje at arbeidstaker etter enten kortere eller lengre sykefravær blir friskmeldt, og deretter på ny leverer sykemelding.⁷² I slike tilfeller oppstår spørsmålet om verneperioden må beregnes fra arbeidstakerens opprinnelige sykefravær, eller om det påløper ny verneperiode fra det tidspunktet arbeidstakeren blir sykemeldt igjen. I forlengelsen skal det ses på hvilken betydning avbrudd i sykefraværet har for beregningen av verneperioden.

Ordlyden ”arbeidsuførheten inntrådte” sikter til at verneperioden beregnes fra det tidspunktet arbeidstakerens sykefravær startet. Det innebærer at verneperioden begynner å løpe fra arbeidstakeren blir sykemeldt. Bestemmelsens ordlyd gir dermed lite henvisning på hvordan verneperioden påløper i tilfeller hvor arbeidstakeren kommer tilbake til arbeidsplassen og deretter blir sykemeldt igjen.

Forarbeidene gir derimot holdepunkter for forståelsen. I forarbeidene presiseres det at hva som utgjør en sammenhengende fraværsperiode ”[...] i tilfeller hvor arbeidstakeren etter en sykdomsperiode har vært tilbake på arbeidet og så blir syk igjen, beror på en konkret vurdering.”⁷³ Departementet viser videre til at det må ses på ”[...] hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake, og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak.” Etter departementets syn er det som hovedregel ikke anledning til å summere kortvarige hyppige fraværsperioder. Departementet uttalte videre at utgangspunktet er at verneperioden starter på nytt, med mindre tiden tilbake i arbeid er kortvarig. Arbeidslivslovutvalget la til grunn samme synspunkter i NOU 2004:5.⁷⁴ Uttalelsene i forarbeidene trekker i retning av at verneperioden i utgangspunktet påløper på nytt ved gjentatt sykefravær. At det skal foretas en vurdering av lengden på perioden arbeidstakeren er tilbake og årsaken til sykefraværet, åpner likevel for unntak. Vurderingsmomentene i forarbeidene synes heller ikke uttømmende.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt.2011 s. 596.⁷⁵ Innledningsvis vurderte Høyesterett om oppsigelsen fant sted i verneperioden. Arbeidstakeren pådro seg en ankelskade, og var sykemeldt gjentatte ganger frem til han ble oppsagt 11.mars 2009. I perioden 7. mai 2008 til 20. februar 2009 var arbeidstakeren tilbake i arbeid. Arbeidstakeren hadde altså vært tilbake i omtrent 8,5 måneder. Høyesterett uttalte at det var ”[...] klart at A da hadde vært i arbeid så

⁷² Allstrin m.fl. (2008) s. 189.

⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231.

⁷⁴ NOU 2004: 5 s. 313.

⁷⁵ Rt.2011 s. 596 (Rederi-saken).

lenge at verneperioden i sjømannsloven § 14 nr. 1 begynte å løpe på nytt den 20. februar 2009.”⁷⁶ Avgjørelsen viser at til tross for at arbeidstakerens sykefravær skyldtes samme sykdomsgrunn, var perioden tilbake i arbeid så lang at Høyesterett fant det utslagsgivende. Etter Høyesteretts syn var det ”klart” at perioden på 8,5 måneder medførte at verneperioden startet på nytt. Kortere arbeidsperioder enn 8,5 måneder kan dermed være tilstrekkelig for at ny verneperiode påløper.

Også RG-1988-735 omhandlet avbrudd i sykefraværet.⁷⁷ Saken gjaldt oppsigelsen av en helikopterpilot. Partene var uenige om hvilken sykemelding den daværende 6 månedsfristen måtte beregnes fra. Arbeidstakeren var først sykemeldt grunnet bronkitt og lungebetennelse, deretter var han tilbake i arbeid i 6 dager før han ble sykemeldt på nytt grunnet andre forhold. Til tross for den kortvarige friskmeldingen fant retten at verneperioden løp fra det andre sykefraværet. Retten fant at det første sykefraværet skyldtes ”helt andre årsaker” enn det andre sykefraværet som var begrunnet i problemer med ryggen og foten. Avgjørelsen viser at dersom fraværet skyldes helt andre sykdomsgrunner, kan også korte friskmeldingsperioder medføre at verneperioden starter på nytt.

I juridisk teori uttaler Skjønberg m.fl. at det antas at adgangen til å anse perioden som en sammenhengende fraværperiode, er et unntak som bare kan anvendes ved helt kortvarige arbeidsperioder.⁷⁸ Skarning argumenterer derimot for at dersom fraværet skyldes samme sykdomsgrunn, taler lovteksten og rimelighetshensyn for at den ansatte bør ha vært tilbake på jobb en lengre tid før verneperioden begynner på nytt. Videre viser Skarning til at dersom det er snakk om samme diagnose, er det mindre rimelig at det påløper ny verneperiode etter en kort arbeidsperiode fordi det kan medføre ”[...] utilsiktede lange verneperioder hvor arbeidsgiver forbys å gå til oppsigelse”.⁷⁹

I en samlet vurdering må det innledningsvis presiseres at adgangen til å summere sykefraværperiodene er snever. Det skal foretas en konkret vurdering av arbeidsoppholdets varighet og om sykefraværene skyldes samme eller lignende sykdomsårsak. Likevel må det trekkes en grense dersom arbeidstakeren etter kort tid blir sykemeldt igjen. De overnevnte avgjørelsene er imidlertid meget ulike. Det er dermed vanskelig å trekke en klar grense på

⁷⁶ Rt.2011 s. 596 (Rederi-saken) (avsnitt 52).

⁷⁷ RG-1988-735 (Nordre Sunnmøre Herredsrett).

⁷⁸ Skjønberg m.fl. (2017) s. 436.

⁷⁹ Skarning (2011) s. 88-89.

bakgrunn av avgjørelsene. I vurderingen synes det hensiktsmessig å skille tilfeller hvor det gjentatte sykefraværet skyldes samme eller andre sykdomsgrunner.

I tilfeller hvor fraværet skyldes andre sykdomsgrunner viser herredsrettsavgjørelsen at arbeidsperioden ikke behøver å være lengre enn en uke for at verneperioden skal starte på nytt. Avgjørelsen ble imidlertid truffet før forarbeidene anga føringer for vurderingen. I etterkant av avgjørelsen ble det uttalt i forarbeidene at kortvarige arbeidsperioder kan medføre at verneperioden løper fra det første sykefraværet. Dette har betydning for avgjørelsens rettskildemessige vekt. At kortvarige friskmeldinger ikke medfører at verneperioden starter på nytt er dessuten i tråd med hensynet til arbeidsgivers behov for avklaring.

Likevel må det ses hen til at arbeidsgiver etter aml. § 4-6 så langt det er mulig, plikter å tilrettelegge også for de nye sykdomsplagene. Dersom arbeidstakerens gjentatte sykefravær skyldes andre sykdomsgrunner enn tidligere fravær, bør dette være et moment som tilsier at verneperioden starter på nytt. Forståelsen er i tråd med hensynet til å unngå utstøting fra arbeidslivet.

Dersom fraværet derimot skyldes samme eller lignende sykdomsgrunner er Rederi-saken veiledende. Høyesterett fant det ”klart” at perioden på 8,5 måneder medførte at det påløp ny verneperiode. Uttalelsen trekker i retning av at også kortere perioder enn 8,5 måneder er tilstrekkelig. Det må likevel trekkes en grense for hvor korte perioder som aksepteres. Overfor arbeidsgiver er det ikke rimelig dersom små arbeidsperioder medfører at verneperioden utvides utover 12 måneder. Dersom arbeidstakeren er fraværende grunnet samme sykdom, har vedkommende dessuten fått tid til friskmelding og rehabilitering slik bestemmelsen skal sikre.⁸⁰ Det er dermed ikke rimelig korte arbeidsperioder utvider verneperioden.

Ut fra gjeldende rettskildesituasjon medfører ikke korte arbeidsperioder at verneperioden løper fra nytt sykefravær, dersom det er snakk om samme sykdom. Er det derimot snakk om andre sykdomsgrunner kan også kortere arbeidsperioder være tilstrekkelig til at ny verneperiode påløper. Av redegjørelsen kan en også utlede at det kan oppstå tvilsspørsmål om hvorvidt det gjentatte sykefraværet skyldes samme eller andre sykdomsgrunner. Et slikt tvilstilfelle kan for eksempel være dersom en arbeidstaker rammes av kreft, og deretter plages av senskader. Det vil da oppstå spørsmål om senskadene anses som samme eller annen sykdomsgrunn.

⁸⁰ Se avhandlingens punkt 1.3.

3.4 Krav om årsakssammenheng

3.4.1 Innledning

Etter aml. § 15-8 første ledd gjelder vernet bare dersom arbeidstaker ”av denne grunn” sies opp i verneperioden. Ordlyden antyder at bestemmelsen i utgangspunktet ikke innskrenker arbeidsgivers adgang til oppsigelse på grunn av andre forhold enn sykefraværet. Dermed kommer oppsigelsesvernet etter bestemmelsen kun til anvendelse dersom oppsigelsen begrunnes i arbeidstakerens fravær ved ulykke eller sykdom.

Lignende betraktninger legges også til grunn i forarbeidene og juridisk teori. I forarbeidene vises det til at ”Arbeidstakeren har ikke noe sterkere vern mot å bli sagt opp av andre grunner enn friske arbeidstakere.”⁸¹ I juridisk teori vises det til at begrensningen i arbeidsgivers oppsigelsesadgang bare gjelder dersom oppsigelsen begrunnes i selve sykefraværet.⁸² Etter dette har ikke syke arbeidstakere et sterkere vern mot oppsigelse grunnet andre forhold enn sykefraværet. Arbeidsgivers adgang til oppsigelse grunnet for eksempel nedbemanning innskrenkes derfor ikke av aml. § 15-8. Likevel har arbeidsgiver bevisbyrden, og må oppfylle det strenge beviskravet som gjelder ved oppsigelse i verneperioden.⁸³

3.4.2 Adgangen til oppsigelse grunnet avledede forhold ved sykdommen

Et særskilt spørsmål i forlengelsen av arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom, er hvorvidt arbeidstakeren er vernet mot oppsigelse grunnet forhold som har nær sammenheng med sykdommen som medfører sykefraværet. Det skal altså ses på tilfeller hvor arbeidsgiver ikke har begrunnet oppsigelsen i sykdommen eller sykefraværet, men forhold som er tilknyttet sykdommen.

Det kan her ses hen til bestemmelsens ordlyd og forarbeidene. Ordlyden ”av denne grunn” sikter til at vernet kun gjelder oppsigelse grunnet arbeidstakers sykdom. Bestemmelsens ordlyd er tvetydig. Ordlyden antyder at vernet kun gjelder oppsigelser som begrunnes i selve sykdommen, samtidig kan ordlyden også tolkes dithen at vernet også omfatter forhold som har sammenheng med sykdommen. I forarbeidene vises det til at dersom det avledede forholdet ved sykdommen oppfyller saklighetskravet, medfører bestemmelsen kun at

⁸¹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 26.

⁸² Fougner m.fl. (2018) s. 921, og Langfeldt m.fl. (2018) s. 418.

⁸³ Se avhandlingens punkt 3.6.

arbeidsgiver må vente til verneperiodens utløp før oppsigelse foretas.⁸⁴ Uttalelsen i forarbeidene antyder dermed at avledede forhold ved sykdommen ikke anses som saklig grunn til oppsigelse i verneperioden.

Forståelsen er også lagt til grunn i rettspraksis. Spørsmålet om avledede forhold ved sykdommen utgjorde saklig grunn for oppsigelse ble behandlet i Rt.1986 s. 224.⁸⁵ Bedriften gikk blant annet til oppsigelse fordi arbeidstakeren ikke kunne nyttiggjøre seg av bedriftens arbeidstrening grunnet det omfattende sykefraværet. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene viste Høyesterett til at "[...] oppsigelsesvernet ved sykdom også omfatter en saklig oppsigelsesgrunn som har sammenheng med sykefraværet." (s. 227). Sykefraværet var årsaken til at kvinnen ikke kunne nyttiggjøre seg av arbeidstreningen. Forholdet var dermed omfattet av oppsigelsesvernet.

Også Rt.2011 s. 96 underbygger at avledede forhold ved sykdommen ikke er saklig oppsigelsesgrunn.⁸⁶ Saken omhandlet gyldigheten av oppsigelsen av en sykemeldt styrmann. I oppsigelsen ble det vist til at arbeidstakerens fastlege hadde skrevet en udyktighetserklæring. Lagmannsretten mente at oppsigelsesvernet i sjømannsloven § 14 ikke kom til anvendelse når oppsigelsen var begrunnet i arbeidstakerens tap av helseattest. Tidligere sjømannsloven § 14 er nå erstattet av skipsarbeidsloven § 15-7. På bakgrunn av uttalelser i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, fant Høyesterett derimot at "[...]forhold som har sammenheng med sykdommen eller skaden som førte til sykefraværet- i dette tilfellet tapet av helseattesten- ikke skal kunne gi grunnlag for oppsigelse i verneperioden etter sjømannsloven § 14." (avsnitt 58). Høyesterett besvarte deretter bekreftende på at sykefraværet ble ansett som den egentlige oppsigelsesgrunnen. Udyktighetserklæringen hadde nær sammenheng med styrmannens sykdom. Oppsigelsesvernet kom derfor til anvendelse.

Juridisk teori trekker også i retning av at avledede forhold ved sykdommen ikke er saklig grunn for oppsigelse i verneperioden. Johansen og Stueland viser til at betraktningene også gjelder for andre typer stillinger som er avhengige av helsesertifikat, for eksempel piloter og oljearbeidere.⁸⁷ Slike betraktninger bør også gjelde andre yrker som er avhengige av helsesertifikat, for eksempel brannmenn, politi og offshorearbeidere. Også Skarning støtter oppfatningen om at forhold som har nær sammenheng med arbeidstakerens sykdom omfattes

⁸⁴ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 26.

⁸⁵ Rt.1986 s. 224.

⁸⁶ Rt.2011 s. 596 (Rederi-saken).

⁸⁷ Johansen og Stueland (2015) s. 862.

av vernet etter § 15-8.⁸⁸ Ifølge Skarning kan slike forhold være samarbeidsproblemer og nedsatt arbeidsytelse som har forbindelse med sykdommen som utløser sykefraværet. Et tenkt praktisk eksempel være arbeidstakere med psykiske lidelser som for eksempel angst eller depresjon. Slike sykdommer kan medføre utfordringer med kommunikasjon og samarbeid. Dersom den psykiske lidelsen er årsaken til utfordringene, er arbeidstakeren i verneperioden vernet mot oppsigelse på dette grunnlag.

De overnevnte rettskildene tilsier at arbeidstakere i verneperioden også er vernet mot oppsigelse grunnet avledede forhold ved sykdommen. I forlengelsen skal det ses på hvor langt vernet rekker ved å illustrere et par tilfeller utover de som er skissert ovenfor.

Et tilfelle kan være at arbeidstakerens sykdom gjør det utfordrende å utføre arbeidsoppgavene i tråd med det som forventes.⁸⁹ Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan i utgangspunktet være saklig grunn for oppsigelse. Dersom arbeidstakerens sviktende arbeidsprestasjoner skyldes sykdommen, er arbeidstakeren i verneperioden vernet mot oppsigelse på dette grunnlag. Til illustrasjon kan sykdommer som svekker allmenntilstanden og gir konsentrasjonsvansker, medføre at arbeidstakeren ikke klarer å gjennomføre arbeidsoppgavene sine.

Det kan også vises til at enkelte sykdommer medfører at arbeidstakere blir fratatt førerkortet. Til illustrasjon nevnes narkolepsi, epilepsi og andre sykdommer som kan innvirke på kjøreevnen. For yrkessjåfører kan manglende sertifikat i utgangspunktet være saklig grunn for oppsigelse. Dersom arbeidstakeren mister sertifikatet på grunn av sykdommen, er vedkommende i verneperioden vernet mot oppsigelse grunnet manglende sertifikat. På en annen side må det fremheves at synspunktet bare gjøres gjeldende dersom sykdommen faktisk er årsaken til at vedkommende mistet sertifikatet. Dersom årsaken til at den sykemeldte yrkessjåføren mistet sertifikatet for eksempel er kjøring i ruspåvirket tilstand, kan vedkommende derimot ikke påberope oppsigelsesvernet.

I hvert enkelt tilfelle må det vurderes konkret om forholdet faktisk har sammenheng med sykdommen. Hvorvidt forholdet faktisk har forbindelse med arbeidstakers sykdom kan være tilknyttet tvil. I slike tilfeller kan det derfor oppstå vanskelige bevissspørsmål. Arbeidsgiver har da bevisbyrden i slike saker. Bevisbyrden drøftes nærmere i avhandlingens punkt 3.6.2.

⁸⁸ Skarning (2011) s. 86.

⁸⁹ Arbeidsgiver plikter imidlertid etter § 4-6 så langt det er mulig å tilrettelegge for å avbøte slike forhold, se avhandlingens punkt 2.2.

3.5 Krav til arbeidstakers varsling og dokumentasjon ved sykefravær

3.5.1 Arbeidstakerens plikt til snarlig varsel

Det stilles også krav til arbeidstakeren for at det særskilte oppsigelsesvernet ved sykdom skal komme til anvendelse. Arbeidsmiljøloven § 15-8 tredje ledd oppstiller som vilkår for oppsigelsesvern etter bestemmelsen at arbeidstakeren oppfyller varslingsplikten.

Varslingsplikten har sammenheng med lojalitetsplikten i arbeidsforholdet.⁹⁰ Det antas at varslingsplikten også kan ses i lys av arbeidstakers medvirkningsplikt ved sykefravær.

Varslingsplikten kan derfor ses på som et utslag av medvirkningsplikten.

Bestemmelsen stiller krav til hvor tidlig arbeidstakeren varsler arbeidsgiver om sykefraværet. Etter tredje ledd første setning må arbeidstakeren for å kunne påberope oppsigelsesvernet etter bestemmelsen, innen ”rimelig tid” varsle arbeidsgiveren om fraværets årsak. Ordlyden ”innen rimelig tid” sikter til at arbeidstaker må varsle så snart vedkommende har mulighet, men likevel innen en periode som anses forsvarlig og akseptabel. Etter bestemmelsen legges det opp til en konkret vurdering. I forarbeidene presiseres det at endringen fra ”i rett tid” til ”innen rimelig tid” ikke innebar noen realitetsendring.⁹¹

Snarlig varsel anses etter dette som en betingelse for at oppsigelsesvernet etter § 15-8 kan påberopes. Et krav om snarlig varsel er av hensyn til arbeidsgiver. Fra arbeidsgivers ståsted er det nødvendig at slik informasjon mottas raskt. Kravet til arbeidstakers varsling må ses i sammenheng med at arbeidsgiver må få anledning til å håndtere situasjonen med redusert arbeidskraft på arbeidsplassen. Arbeidsgiver kan for eksempel dekke behovet ved innleie av vikarer. Dersom det er i tråd med styringsretten kan arbeidsgiver også ha anledning til å fordele arbeidsoppgavene på de resterende arbeidstakerne. Det er nødvendig for arbeidsgiver å få beskjed innen rimelig tid, slik at det kan tas stilling til hvordan situasjonen med redusert arbeidskraft skal håndteres.

Det kan i forlengelsen av oppsigelsesvernet ved sykdom problematiseres hvilke følger unnlatt varsling kan få for arbeidstakeren. Spørsmålet aktualiseres uavhengig av verneperioden. Det er likevel naturlig å drøfte spørsmålet i denne sammenheng, fordi det omhandler arbeidstakers oppsigelsesvern ved sykdom. Unnlatt varsling kan i enkelte tilfeller utgjøre et selvstendig oppsigelsesgrunnlag, og det er disse tilfellene som skal drøftes nærmere.

⁹⁰ Skarning (2011) s. 27.

⁹¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

Det kan i den sammenheng vises til LB-2002-2867.⁹² Saken omhandlet oppsigelsen av en kranfører grunnet manglende kommunikasjon under ett sykefravær på 5 uker. Kranføreren sendte en tekstmelding til sin overordnede om at han hadde skadet armen og avventet behandling. Lagmannsretten påpekte derimot at tekstmeldingen ikke ga holdepunkter for fraværets varighet. Arbeidstakeren unnlot å informere arbeidsgiveren om utviklingen, og arbeidsgiveren forsøkte forgjeves å kontakte han. Lagmannsretten viste til økonomiske og praktiske utfordringer et slikt sykefravær kan få for virksomheten. Grunnet usikkerheten om fraværets lengde, ble innleie av fører og kran meget kostbart. Lagmannsretten fant at kranføreren var mest å bebreide for den manglende kommunikasjonen. Lagmannsretten vurderte oppsigelsen saklig begrunnet.

Også THALD-2016-78886 er illustrerende.⁹³ Saken gjaldt krav om erstatning grunnet urettmessig avskjed. Arbeidstakeren hadde gitt beskjed til arbeidsplassen at hun var syk, men var sykemeldt 9 dager uten at sykemelding ble levert. Tingretten fant at det ikke var grunnlag for avskjed. I begrunnelsen viste tingretten til tidligere avgjørelser LG-1999-672 og NAD-1988-285.⁹⁴ Begge avgjørelsene gir uttrykk for at det sentrale er om arbeidsgiveren til tross for manglende sykemelding likevel er klar over arbeidstakerens sykdom. På denne bakgrunn viste Halden tingrett til at var verken grunnlag for avskjed eller oppsigelse. Arbeidsgiveren i saken var klar over at arbeidstakeren var sykemeldt, og kjente dessuten til arbeidstakerens tidligere sykdomsbilde.

Varslingsplikten er også nærmere drøftet i juridisk teori. Johansen og Stueland argumenterer for at ordlyden ”innen rimelig tid” innebærer at sykefraværet vanligvis skal varsles samme dag som det inntreffer.⁹⁵ Videre viser de til at unnlatt varsling er et pliktbrudd, men at et enkeltstående brudd likevel ikke fører til at arbeidsgiver har grunnlag for å gå til oppsigelse. Kranfører- saken viser imidlertid at et enkeltstående brudd kan være saklig grunn for oppsigelse. Dege på sin side viser til at bedriftens tidligere praksis kan få betydning i vurderingen, da hvorvidt arbeidsgiver praktiserer varsling “[...]strengt eller liberalt.”⁹⁶ Synspunktet fremstår rimelig. Arbeidsgiverens tidligere håndtering kan være veiledende for hvordan arbeidstakeren kan påregnes å følge opp situasjonen.

⁹² LB-2002-2867 (Kranfører-saken).

⁹³ THALD-2016-78886.

⁹⁴ LG-1999-672 og NAD-1988-285 (Oslo byrett).

⁹⁵ Johansen og Stueland (2015) s. 863.

⁹⁶ Dege (2009) s. 1107.

Avgjørende i avveiningen er om arbeidsgiver kjenner til at fraværet skyldes sykdom og den tidligere sykdomssituasjon. Dersom arbeidsgiver kjenner til slike forhold, kan fraværet få mindre praktiske og økonomiske virkninger for virksomheten til tross for manglende varsling fra arbeidstakerens side. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller ha bedre forutsetninger for å avbøte de utfordringer fraværet medfører for virksomheten. Dersom arbeidsgiver kjenner til at arbeidstakeren er syk anses arbeidsgivers interesser i stor grad ivaretatt. Kranfører-saken viser imidlertid at unnlatt varsling kan medføre at arbeidsgiveren har saklig grunn for oppsigelse, også dersom unnlattelsen er et engangstilfelle. Videre viser avgjørelsen at fraværets lengde og følgene av fraværet er relevante momenter i vurderingen. Likevel bør arbeidsgiver kunne påvise at det er forsøkt å kontakte arbeidstakeren underveis i sykefraværet, særlig tatt i betraktning det styrkeforholdet som foreligger mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidstakers manglende varsling kan etter dette utgjøre saklig grunn for oppsigelse.

3.5.2 Krav til arbeidstakerens dokumentasjon av sykefraværet

Etter aml. § 15-8 tredje ledd første setning må arbeidstakers varsel om årsaken til fraværet skje ”ved legeattest eller på annen måte”. Det kan her problematiseres hvordan arbeidstaker kan dokumentere fraværet ”på annen måte” enn ved legeattest. Arbeidsgiver kan imidlertid etter tredje ledd annen setning kreve at sykefraværet godtgjøres ved legeattest. Det er altså bare i tilfeller hvor arbeidsgiver ikke krever legeattest, at spørsmålsstillingen er aktuell.

Ordlyden ”på annen måte” åpner for at sykefraværet kan dokumenteres på annen måte enn legeattest. Bestemmelsen angir dermed ingen uttømmende oppregning av hvordan sykefraværet kan dokumenteres. Rettspraksis gir ikke uttrykk for hvordan fraværet kan dokumenteres ”på annen måte”. I juridisk teori viser derimot Johansen og Stueland til at det er tilstrekkelig med egenmelding eller at arbeidstakeren ringer om fraværet.⁹⁷ Videre uttaler de at det er av betydning for arbeidstakeren å dokumentere fraværet så godt som mulig.

Da det ikke foreligger rettskilder som konkret eksemplifiserer hvordan arbeidstaker ”på annen måte” kan dokumentere sykefraværet, kan det som eksempel vises til folketrygdloven. Etter ftrl. § 8-7 første ledd forutsetter retten til sykepenger at arbeidsuførheten dokumenteres med legeerklæring. Departementet kan imidlertid i forskrift gjøre unntak fra kravet om legeerklæring etter første ledd, arbeidsuførheten kan da dokumenteres ved erklæring fra annet helsepersonell jf. sjette ledd. Etter FOR-2005-12-21-1668 § 1 åpnes det for at kiropraktorer

⁹⁷ Johansen og Stueland (2015) s. 862.

og manuellterapeuter kan dokumentere arbeidsuførheten i en tidsbestemt periode.⁹⁸ Fordi arbeidsmiljøloven § 15-8 tredje ledd første setning ikke er uttømmende, kan det tenkes at slike erklæringer er et eksempel på hvordan sykefraværet kan dokumenteres ”på annen måte”.

3.6 Regler om beviskrav og bevisbyrde ved oppsigelse under sykefravær

3.6.1 Beviskravet ”overveiende sannsynlig” i aml. § 15-8

Av arbeidsmiljøloven § 15-8 annet ledd fremgår det at dersom oppsigelsen finner sted innen verneperiodens utløp, anses oppsigelsen å være begrunnet i sykefraværet dersom ikke noe annet gjøres ”overveiende sannsynlig”. I dette punktet skal beviskravet som er oppstilt i aml. § 15-8 annet ledd undersøkes nærmere.

Lovens ordlyd og forarbeidene gir noe veiledning om hvordan beviskravet bør forstås. Ordlyden ”overveiende sannsynlig” gir ikke uttrykkelig henvisning på hvilket beviskrav som legges til grunn. Det kan imidlertid tenkes at ordlyden ”overveiende sannsynlig” sikter til at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Denne forståelsen underbygges av uttalelser i forarbeidene. Departementet la i Ot.prp.nr.41 (1975-1976) til grunn at det stilles ”[...]strenge krav til arbeidsgivers beviser, i tilfeller hvor det blir påstått at oppsigelsen skyldes andre grunner.”⁹⁹ Lovendringen medførte ingen realitetsendring, det kan derfor legges til grunn at aml. § 15-8 skal forstås på samme måte.¹⁰⁰

Lignende synspunkter legges også til grunn i rettspraksis. Agder lagmannsrett uttalte uttrykkelig i LA-2014-15802 at bestemmelsen oppstiller et ”[...]strengt beviskrav[...]”.¹⁰¹ Synspunktet uttrykkes også i LG-2014-197037.¹⁰² Lagmannsretten uttalte at presumsjonsregelen innebærer at det må foreligge sterke etterprøvbare bevis for at oppsigelsen skyldes andre forhold enn sykdom. Det er også i TBERG-2018-33602 uttalt at det må påvises ”[...] sterke, etterprøvbare bevis [...]”.¹⁰³ Utover dette gir avgjørelsene ikke henvisning på hvilket beviskrav bestemmelsen oppstiller.

⁹⁸ Forskrift 21. desember 2005 nr. 1668 om unntak fra vilkåret om legeerklæring når kiropraktorer og manuellterapeuter dokumenterer arbeidsuførheten med erklæring.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

¹⁰⁰ Johansen og Stueland (2015) s. 862.

¹⁰¹ LA-2014-15802.

¹⁰² LG-2014-197037.

¹⁰³ TBERG-2018-33602.

Derimot gir HR-2018-1189-A anvisning på spørsmålsstillingen.¹⁰⁴ Høyesterett tok stilling til beviskravet etter aml. § 15-9 første ledd. Bestemmelsen regulerer arbeidstakerens særskilte oppsigelsesvern ved svangerskap, og etter fødsel eller adopsjon. I likhet med § 15-8 stilles det også etter § 15-9 krav om at det må være ”overveiende sannsynlig” at oppsigelsen skyldes andre grunner enn arbeidstakers graviditet. Høyesterett kom i den sammenheng med prinsipielle uttalelser om beviskravet etter § 15-9.

Høyesterett viste til at dersom oppsigelsesvernet ved graviditet skal være reelt må bestemmelsen forstås slik at det stilles krav om ”[...] klar sannsynlighetsovervekt for at oppsigelsen skyldes noe annet enn graviditet.”¹⁰⁵ Standpunktet ble forankret i lovgivers begrepsbruk i arbeidsmiljøloven, uttalelser i forarbeidene og formålsbetraktninger. Høyesterett uttalte videre at oppfatningen ”[...] begrenser seg derfor til forståelsen etter arbeidsmiljølovgivningens spesielle stillingsvernregler og er begrunnet i de tydelige anvisningene som lovforarbeider gir på styrken i beviskravet.”¹⁰⁶ Uttalelsene har derfor overføringsverdi til aml. § 15-8 annet ledd, og trekker i retning av at bestemmelsen oppstiller krav om klar sannsynlighetsovervekt.¹⁰⁷

I avveiningen vektlegges Høyesteretts uttalelse om at aml. § 15-8 annet ledd stiller krav om klar sannsynlighetsovervekt til arbeidsgiveres bevis. Standpunktet er i tråd med lovgivers uttalelser i forarbeidene. Et strengt beviskrav oppfordrer dessuten arbeidsgivere til å foreta ytterligere undersøkelser i forkant av en eventuell oppsigelse. Dette kan bidra til å unngå unødvendige prosesser i en periode hvor arbeidstakeren behøver ro og stabilitet for å bli frisk. Standpunktet harmonerer dermed med de legislative hensynene som ligger til grunn for bestemmelsen.¹⁰⁸

Drøftelsen viser at aml. § 15-8 annet ledd stiller krav om klar sannsynlighetsovervekt til arbeidsgivers bevis for at oppsigelsen ikke skyldes arbeidstakers sykdom.

3.6.2 Bevisbyrden påhviler arbeidsgiver

Oppsigelser som finner sted innen verneperiodens utløp ”skal anses å ha sin grunn” i sykefraværet, dersom ikke annet gjøres overveiende sannsynlig jf. aml. § 15-8 annet ledd.

¹⁰⁴ HR-2018-1189-A.

¹⁰⁵ HR-2018-1189-A (avsnitt 54).

¹⁰⁶ HR-2018-1189-A (avsnitt 55).

¹⁰⁷ Slik også Eidsvaag (2018) s. (2-3).

¹⁰⁸ Se avhandlingens punkt 1.3.

Bestemmelsen gir uttrykk for en bevisbyrderregel.¹⁰⁹ En bevisbyrderregel fastslår hvilken part avgjørelsen rammer dersom det foreligger tvil om beviskravet anses oppfylt.¹¹⁰

Bevisbyrderregelen innebærer at enhver oppsigelse som finner sted i verneperioden, presumeres å være motivert av arbeidstakers sykdom.¹¹¹ Bevisbyrden for at oppsigelsen skyldtes andre omstendigheter enn sykefraværet, påhviler i sin helhet arbeidsgiver.¹¹²

Hensikten med bevisbyrderregelen er å verne arbeidstaker mot at feilaktige grunner oppgis som årsak til oppsigelsen, når oppsigelsen i realiteten er begrunnet i sykefraværet.¹¹³ Det kan dermed tenkes at bevisbyrderregelen fungerer som beskyttelse av arbeidstakeren, som ofte anses som den svakeste part i en oppsigelsessak. Slike forhold forsterkes når arbeidstakeren er syk.

I forarbeidene presiseres det at regelen om omvendt bevisbyrde innebærer at det er arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at oppsigelsen skyldes andre forhold enn arbeidstakerens sykefravær.¹¹⁴ Dette ble nærmere presisert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977, hvor departementet i tilknytning til daværende § 64 uttalte at det ikke er tilstrekkelig å vise til forhold som sammen med sykefraværet kan gi grunnlag for oppsigelse, det må foreligge forhold som "[...] helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn til oppsigelse." (avsnitt 76).¹¹⁵

Bevisbyrderregelen ble nærmere vurdert i Rt.1986 s.224. Oppsigelsen ble begrunnet i tidligere og nåværende fravær, samt at fraværet medførte vanskeligheter for arbeidsrettede tiltak. Høyesterett uttalte på bakgrunn av bedriftens fraværliste at tidligere sykefravær var av kortere varighet, mens fraværet på oppsigelsestiden derimot varte omtrent 12 uker. Etter Høyesteretts syn måtte fraværet på oppsigelsestiden være den faktiske oppsigelsesgrunnen.¹¹⁶ Bevisbyrderregelen i § 64 annet ledd var avgjørende. Arbeidsgiver hadde ikke klart å fremskaffe tilstrekkelig bevis for at oppsigelsen ikke skyldtes nåværende sykefravær.

Lignende betraktninger fremgår også av LG-2014-197037.¹¹⁷ Arbeidstakeren ble oppsagt mens han var sykemeldt. Oppsigelsens begrunnelse var at arbeidstakeren ikke hadde utført

¹⁰⁹ Se tilsvarende Fanebust (2017) s. 201.

¹¹⁰ Skoghøy (2017) s. 911.

¹¹¹ Skarning (2011) s. 85.

¹¹² Fougner m.fl. (2018) s. 924.

¹¹³ Jakhelln m.fl. (2017), Monica Haugedal og Tina Storsletten Nordstrøm § 15-6 note 7 s. 1168.

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 76.

¹¹⁶ Rt.1986 s. 224 (s. 228).

¹¹⁷ LG-2014-197037.

arbeidsoppgavene sine tilfredsstillende. Lagmannsretten var imidlertid delt i spørsmålet om bevisbyrden var oppfylt. Flertallet fant at bevisbyrden var oppfylt grunnet dokumentbevis, samt parts- og vitneforklaringer som underbygde arbeidstakerens manglende håndtering av arbeidsoppgavene. Mindretallet viste derimot blant annet til at temaet i drøftelsesmøtene var arbeidstakerens fravær, forholdene ved arbeidsutførelsen ble derimot ikke tatt opp.

Derimot kom lagmannsretten i LG-2005-49282 til motsatt resultat.¹¹⁸ Arbeidstakeren ble oppsagt mens han var sykemeldt. Oppsigelsen skyldtes at arbeidsgiver ikke var tilfreds med arbeidsutførelsen. Arbeidstakeren anførte forgjeves at arbeidsgiveren ikke hadde oppfylt beviskravet i daværende aml. § 64 annet ledd. Lagmannsretten fant det overveiende sannsynlig at oppsigelsen skyldtes arbeidstakerens mangelfulle arbeidsutførelse. Begrunnelsen var at arbeidsgiveren på oppsigelsestidspunktet ikke visste at arbeidstakerens uhell ville føre til langvarig sykefravær. Før skaden oppsto var det kjent at arbeidsgiveren var misfornøyd med arbeidsutførelsen, det var også uttalt at det måtte tas affære ovenfor arbeidstakeren. Det var dermed tidligere holdepunkter for arbeidsgivers misnøye.

Bevisbyrden var også oppfylt i LB-2012-158782.¹¹⁹ Sykefraværet hadde etter lagmannsrettens syn ikke sammenheng med oppsigelsen. Arbeidstakeren ble oppsagt fordi hun ikke behersket arbeidsoppgavene sine. Lagmannsretten viste til at det var "[...] ingen holdepunkter for at As sykefravær har hatt betydning for eller på andre måter vært en del av den prosessen og de vurderinger som ledet fram til oppsigelsen." Uttalelsen antyder at lagmannsretten kan ha lagt til grunn et annet vurderingstema enn det som angis i forarbeidene. Den øvrige gjennomgangen viser at det kreves holdepunkter for at oppsigelsen skyldes andre omstendigheter enn sykdommen. Lagmannsretten viste derimot til at det ikke forelå holdepunkter for at sykefraværet hadde hatt betydning for oppsigelsen. Forståelsen samsvarer ikke med lovgivers føringer i forarbeidene eller øvrig rettspraksis på området. Avgjørelsen bør dermed tillegges mindre vekt.

Redegjørelsen viser at bevisbyrderegelen anvendes strengt. Arbeidsgiver må fremlegge bevis som tydeliggjør at oppsigelsen ikke knyttes til sykdommen eller følgene av sykdommen. Fra arbeidsgivers ståsted er det derfor avgjørende med grundig dokumentasjon av forholdene som begrunner oppsigelsen. Drøftelsen viser at tidligere forhold kan inngå i vurderingen, arbeidsgiver bør dermed aktivt dokumentere også underveis i prosessen.

¹¹⁸ LG-2005-49282.

¹¹⁹ LB-2012-158782.

4 Oppsigelsesvernet etter verneperiodens utløp jf. arbeidsmiljøloven § 15-7

4.1 Innledning

Det særskilte oppsigelsesvernet etter aml. § 15-8 gjelder bare inntil 12 måneder. I tilfeller hvor arbeidstakeren er sykemeldt utover verneperioden, følger oppsigelsesvernet av aml. § 15-7 første ledd. Bestemmelsen hjemler arbeidstakerens alminnelige oppsigelsesvern, og har følgende ordlyd:

”§ 15-7 Vern mot usaklig oppsigelse

(1) Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.”

Etter bestemmelsens ordlyd er arbeidstakers sykefravær omfattet av vilkåret ”arbeidstakers forhold”. Forståelsen har støtte i juridisk teori ved Fougner m.fl. som uttaler at ”arbeidstakers forhold” blant annet omfatter tilfeller hvor oppsigelsen skyldes arbeidstakers sykdom.¹²⁰ I den videre drøftelsen skal det vurderes nærmere i hvilken grad sykefravær kan utgjøre saklig grunn for oppsigelse etter aml. § 15-7.

I den videre fremstillingen presenteres saklighetskriteriet etter § 15-7 i avhandlingens punkt 4.2. En fullstendig drøftelse av saklighetskriteriet er ikke hensiktsmessig av hensyn til avhandlingens problemstilling og omfangsbegrensning. Derfor foretas det en presentasjon av kriteriet spesielt knyttet til oppsigelse grunnet sykdom.

I forarbeidene til bestemmelsen og i rettspraksis trekkes det fram flere momenter som er relevante i vurderingen av oppsigelsens saklighet. De ulike vurderingsmomentene i oppsigelsesadgangen presenteres under punkt 4.3-4.7. Fordi avhandlingen har et begrenset omfang, skal utvalgte rettsavgjørelser presenteres. Fremstillingen av rettspraksis er dermed ikke uttømmende. Det påpekes at oppsigelsesadgangen må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Fremstillingen skal likevel gi en anvisning på hvilke momenter som er relevante i oppsigelsesadgangen. Siktemålet med fremstillingen er også å kartlegge hvordan de ulike vurderingsmomentene avveies av domstolene i oppsigelsesadgangen.

¹²⁰ Fougner m.fl. (2018) s. 896.

4.2 Saklighetskriteriet ved oppsigelse grunnet sykdom

Arbeidsmiljøloven § 15-7 fastslår at arbeidstakere bare kan sies opp dersom det foreligger ”saklig grunn”. Ordlyden ”saklig grunn” trekker i retning av at arbeidsgiver må ha berettigede grunner for å gå til oppsigelse av arbeidstakeren. Etter bestemmelsens ordlyd legges det opp til en konkret skjønnsmessig vurdering av om arbeidsgiver har grunnlag for oppsigelse. Oppsigelsesadgangen beror dermed på en avveining av hensyn overfor både arbeidstaker og arbeidsgiver. Lignende betraktninger legges også til grunn av Arbeidslivslovutvalget i forarbeidene.¹²¹ Videre viste Arbeidslivslovutvalget til at vurderingen av om arbeidsgiver kan gå til oppsigelse av arbeidstakere som har redusert arbeidsevne grunnet helseproblemer beror på en ”[...] konkret helhetsvurdering.”

Saklighetskriteriet er en rettslig standard. Forarbeidene underbygger dette og fastslår at saklighetskriteriet ikke er statisk.¹²² Videre viser departementet til at utviklingen viser at det stilles strengere krav til begrunnelsen, samt at en i større grad foretar rimelighetsvurderinger overfor den oppsagte. Ifølge Nygaard vil innholdet i en rettslig standard avgjøres på bakgrunn av samfunnets syn i den aktuelle perioden.¹²³ Etter dette kan det tenkes at saklighetskriteriet i aml. § 15-7 bør forstås som en fleksibel norm som utvikles i tråd med samfunnsutviklingen. En bør dermed utvises forsiktighet med å tillegge eldre rettspraksis avgjørende vekt, dersom avgjørelsene er fraveket i nyere tid eller dersom samfunnsutviklingen tilsier det.

Det generelle innholdet i saklighetskravet er nærmere utdypet i rettspraksis og juridisk teori. Høyesterett fastsatte i Rt.2009 s. 685 enkelte føringer for vurderingen av saklighetskravet. Etter Høyesteretts syn gir aml. § 15-7 ”[...] anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.”¹²⁴ Høyesterett fastslår videre at terskelen for oppsigelse er høy, og at det kreves at arbeidsgiver påpeker gode grunner. Den strenge oppfatningen av oppsigelsesadgangen etter § 15-7 er videreført i Rt.2011 s. 1674, hvor det vises til at terskelen er høy.¹²⁵ I juridisk teori uttales det at kravet om saklig grunn innebærer at arbeidsgivers grunner for opphør av arbeidsforholdet

¹²¹ NOU 2004: 5 s. 314.

¹²² Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

¹²³ Nygaard (2004) s. 190.

¹²⁴ Rt.2009 s. 685 (avsnitt 52) (Webredaktør-saken).

¹²⁵ Rt.2011 s. 1674 (avsnitt 35).

må være gode og fornuftige.¹²⁶ Arbeidsgiver som går til oppsigelse på bakgrunn av arbeidstakers sykefravær må etter dette påvise berettigede og rimelige grunner.

Forarbeidene gir henvisning på hvordan saklighetskriteriet skal vurderes i sykefraværstilfellene. Arbeidslivslovutvalget viser til at det blant annet må ses hen til om arbeidsgiver har fulgt tilretteleggingsplikten.¹²⁷ Arbeidslivslovutvalget uttaler videre på samme side at det først kan bli tale om oppsigelse dersom det ikke er mulig å tilrettelegge den opprinnelige stillingen, og omplassering heller ikke lar seg gjøre.

De ulike vurderingsmomentene kommer til uttrykk i den omfattende rettspraksisen som foreligger på området. Enkelte av avgjørelsene presenterer kun de momentene som er relevante for det konkrete saksforholdet. På bakgrunn av tidligere rettspraksis ble momentene oppsummert og opplistet i LG-2016-177480.¹²⁸ Lagmannsretten uttalte at det er særlig tre momenter som er sentrale i saklighetsvurderingen. Det skal blant annet tas stilling til arbeidsgivers oppfyllelse av tilretteleggingsplikten, arbeidstakers sykdomsbilde og rimelighetshensyn.¹²⁹ Den videre fremstillingen i punkt 4.3 til 4.7 viser at momentene ikke er uttømmende, slik at også andre forhold kan få betydning i vurderingen av oppsigelsens saklighet.

Grensegangen for vurderingen av saklighetskriteriet i sykdomstilfellene er nærmere drøftet i juridisk teori. Skjønberg m.fl. tar til ordet for at tilretteleggingsplikten og rimelighetshensyn medfører at oppsigelser vanskelig kan begrunnes i sykefravær.¹³⁰ Også Allstrin m.fl. viser til at lovverket oppfordrer arbeidsgiver til å være forsiktig med å gå til oppsigelse grunnet sykdom og sykefravær.¹³¹ Fanebust underbygger dette og påpeker at hensynet til arbeidstakeren tilsier at man er restriktiv i vurderingen av hvilke forhold som utgjør saklig grunn når det gjelder arbeidstakerens sykefravær.¹³² Videre uttaler han at det likevel må trekkes en grense for bedriftens plikter i sykefraværstilfellene. Avhandlingen skal i det videre søke å kartlegge denne grensegangen.

¹²⁶ Benson (2014) s. 333.

¹²⁷ NOU 2004: 5 s. 314-315.

¹²⁸ LG-2016-177480.

¹²⁹ Slik også Kokkvold (2005) s. 55.

¹³⁰ Skjønberg m.fl. (2017) s. 424.

¹³¹ Allstrin m.fl. (2008) s. 191.

¹³² Fanebust (2015) s. 248.

4.3 Arbeidsgivers gjennomføring av tilretteleggingsplikten

Arbeidsgivers gjennomføring av tilretteleggingen er et vurderingsmoment i oppsigelsesadgangen etter verneperiodens utløp.¹³³ Dette underbygges også i Rt.1995 s. 227.¹³⁴ Saken omhandlet særskilt anførsler om tilretteleggingspliktens rekkevidde, men det kan på bakgrunn av avgjørelsen legges til grunn at tilretteleggingsplikten er et moment i saklighetsvurderingen. Forståelsen er fulgt opp i en rekke nyere underrettspraksis.¹³⁵ Det er dermed etablert praksis i domstolene at tilretteleggingsplikten er et relevant moment i saklighetsvurderingen.

Det kan i forlengelsen stilles spørsmål om hvilken betydning manglende tilrettelegging tillegges i saklighetsvurderingen. Gulating lagmannsrett tok stilling til spørsmålet i LG-2006-100708.¹³⁶ Lagmannsretten uttalte på generelt grunnlag at unnlatt tilrettelegging vil ”[...]normalt i seg selv være tilstrekkelig til at en oppsigelse må anses som usaklig, og derved ugyldig.” Den videre drøftelsen viser at uttalelsen er modifisert i andre avgjørelser.

I den sammenheng kan det vises til LB-2000-3513.¹³⁷ Spørsmålet i saken var om oppsigelsen av en medarbeider i Gokart Huset var usaklig. Lagmannsrettens flertall viste til at tilretteleggingsplikten ikke var oppfylt. Det ble imidlertid tillagt mindre vekt. Arbeidstakeren anså det ikke realistisk å komme tilbake i arbeidet. Han hadde startet på annen videreutdanning og gått over på attføring. Bedriften var liten og oversiktlig. Arbeidsgiveren hadde dermed anledning til å vurdere at tilrettelegging ikke var mulig. Rettens avveining viser at selv om tilretteleggingsplikten ikke var oppfylt, medførte ikke det at oppsigelsen ble ansett usaklig.

Lignende betraktninger ble også gjort i LA-2009-117161.¹³⁸ Selv om arbeidstakeren ikke ble tilbudt annet arbeid i virksomheten, anså lagmannsretten det mindre avgjørende for saklighetsvurderingen. Arbeidstakeren var under attføring med sikte på omskolering fra arbeidet som selger til læreryrket. Manglende omplassering i bedriften, var dermed etter lagmannsrettens syn ikke utslagsgivende. Lagmannsretten fant at oppsigelsen ikke var usaklig.

¹³³ NOU 2004: 5 s. 314-315.

¹³⁴ Rt.1995 s. 227.

¹³⁵ Se blant annet LG-2016-177480, LG-2016-101949, LA-2013-192125, LA-2013-45685 og LG-2006-100708 (Helse Bergen-saken).

¹³⁶ LG-2006-100708 (Helse Bergen-saken).

¹³⁷ LB-2000-3513 (Gokart-saken).

¹³⁸ LA-2009-117161.

Etter dette bør det kunne legges til grunn at manglende tilrettelegging ikke nødvendigvis fører til at oppsigelsen anses usaklig.¹³⁹ Forhold på arbeidstakersiden kan tilsi at oppsigelsen anses saklig, til tross for at arbeidsgiver ikke har fulgt tilretteleggingsplikten. Er arbeidstakeren under attføring for ett annet yrke, utdanning eller omskolering er hensynet om å unngå frafall fra arbeidslivet naturligvis ikke være like tungtveiende. Det kan riktignok være kritikkverdig at arbeidsgiver ikke følger tilretteleggingsplikten. Likevel er det ikke rimelig at byrden fortsatt pålegges arbeidsgiver når det foreligger forhold som medfører at arbeidstakeren sannsynligvis ikke kommer tilbake til bedriften. Det kan også være at små oversiktlige bedrifter på forhånd ser at tilrettelegging ikke lar seg gjøre. I slike tilfeller kan ikke en utstrakt tilrettelegging tvinges gjennom på bedriftens bekostning.

Arbeidsgivers gjennomføring av tilretteleggingsplikten er likevel et sentralt element i saklighetsvurderingen. I forlengelsen skal det ses på hvordan arbeidsgivers tilrettelegging vurderes og avveies i saklighetsvurderingen.

I vurderingen kan det ses hen til om arbeidsgiver har hatt særskilte utfordringer i forbindelse med tilretteleggingen. Forholdet ble fremhevet av Gulating lagmannsrett i LG-2016-101949.¹⁴⁰ Arbeidstakerens sykefravær hadde flere ulike årsaker. Gulating lagmannsrett fant at tilretteleggingsplikten var oppfylt, og viste blant annet til at arbeidsgiveren hadde hatt særskilte utfordringer med å tilrettelegge på grunn av arbeidstakerens varierende sykdomsbilde. Fordi det var ulike årsaker til sykefraværet og behov i forbindelse med tilretteleggingen, var det vanskelig å forstå hvilke plager arbeidstakeren hadde. Forståelsen må ses i lys av aml. § 4-6 og tilretteleggingspliktens rekkevidde. Det er rimelig at slike forhold vektlegges fordi det må settes en grense for arbeidsgivers anstrengelser når arbeidstakeren har komplekse helseplager.

Likevel stilles det krav om at arbeidsgivers tiltak må være et oppriktig og realistisk forsøk på å tilpasse arbeidet. Dette ble for første gang uttalt av mindretallet i Helse Bergen-saken. Mindretallet fant at arbeidsgiver ikke hadde sannsynliggjort at det var foretatt en ”reell søken” etter omplasseringsmuligheter i helseforetaket. Arbeidstakeren ble sykemeldt i juni 1999, men saken ble ikke oversendt til sykehusets personal- og administrasjonsavdeling før september 2004. Etter mindretallets syn skulle saken blitt håndtert på et overordnet nivå tidligere i prosessen.

¹³⁹ Slik også Benson (2014) s. 365.

¹⁴⁰ LG-2016-101949.

Mindretallets forståelse er imidlertid videreført i LA-2013-192125.¹⁴¹ Lagmannsretten fant at oppsigelsen var ugyldig fordi tilretteleggingsplikten ikke var oppfylt. Arbeidstakeren var utbrent som følge av barnas sykdom, og hadde behov for tilrettelegging fordi hun var sårbar for belastninger. Etter flertallets syn var sårbarhet for belastning faktoren som avgjorde om hun kunne komme tilbake i arbeid. Stillingen arbeidsgiver tilbudte var i en annen by, noe som medførte at kvinnen måtte reise langt. Flertallet fant det ikke sannsynliggjort at det var gjort ”[...] reelle undersøkelser og vurderinger [...]” for å etablere en ordning som tok hensyn til arbeidstakerens sårbarhet for belastning

Avgjørelsene trekker i retning av at arbeidsgiver må legge ned en betydelig innsats i tilretteleggingen. Tiltakene må være reelle forsøk på tilpasning til arbeidstakerens helseproblemer. Arbeidsgivers tiltak må derfor være målrettede. Slik tilrettelegging kan også skje i form av redusert stilling. I forlengelsen skal det ses på om oppsigelsens gyldighet avhenger av at arbeidstakeren ble tilbudt redusert stilling.

Agder lagmannsrett fant i LA-2013-45685 at arbeidsgivers manglende tilbud om deltidsstilling medførte brudd på tilretteleggingsplikten og oppsigelsen ble derfor kjent ugyldig.¹⁴² Lagmannsretten konstaterte innledningsvis at tilbud om redusert stilling ikke regnes som oppretting av ny stilling. Barnehagen hadde på oppsigelsestidspunktet flere deltidsstillinger. Lagmannsretten uttalte riktignok at det i seg selv, kunne være et argument for å unngå ytterligere ansettelser i redusert stilling. Avgjørende var likevel at stillingsstrukturen var vanlig på den type arbeidsplass. Deltidsstilling var dermed i tråd med ”[...] praktisk og økonomisk” drift av barnehagen. Det var uten betydning hvorvidt arbeidstakeren ville godtatt stillingen. Lagmannsretten uttalte at det sentrale var at arbeidsgiveren hadde unnlatt å tilby redusert stilling, og at det innebar brudd på tilretteleggingsplikten.

Derimot kom Gulating lagmannsrett til motsatt resultat i LG-2016-177480.¹⁴³ Saken omhandlet oppsigelsen av en formann på et maskinverksted. Lagmannsretten dissenterte i spørsmålet om arbeidsgiveren hadde oppfylt tilretteleggingsplikten etter aml. § 4-6. Et sentralt spørsmål var om arbeidsgiver måtte tilby redusert stilling. Flertallet besvarte spørsmålet benektende. Lagmannsretten uttalte ”Slik flertallet ser det, må den som har en lederstilling

¹⁴¹ LA-2013-192125.

¹⁴² LA-2013-45685.

¹⁴³ LG-2016-177480 (Heli One-saken).

være til stede på arbeidsplassen i arbeidstiden, for å kunne ta seg av sine lederoppgaver. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at vedkommende arbeider i redusert stilling.” Til tross for at arbeidsgiveren tidligere hadde innrettet seg ved å delegere lederoppgavene til andre, viste lagmannsretten til at det er arbeidsgiver som avgjør organisasjonsstrukturen. Arbeidsgiveren sto dermed fritt til å gå tilbake til den opprinnelige organiseringen av lederne.

Avgjørelsene viser at hvorvidt arbeidsgiver må tilby redusert stilling må vurderes konkret. Saken i Agder lagmannsrett viser at stillingstype og ordningen for øvrig på arbeidsplassen kan tilsa at arbeidsgiver må tilby deltidsstilling. Heli One-saken viser derimot at stillingens oppgaver og arbeidstakerens ansvar, kan medføre at det ikke stilles krav om at arbeidsgiver må tilby redusert stilling.

Dersom tilrettelegging ikke er mulig må arbeidsgiver vurdere omplassering jf. aml. § 4-6. Omplassering må dermed vurderes før en eventuell oppsigelse treffes.¹⁴⁴ I den overnevnte Heli One-saken lot det seg ikke gjøre å tilrettelegge arbeidet. Lagmannsretten drøftet dermed omplasseringsmuligheter. Et flertall av stillingene krevde flyteknisk kompetanse, noe formannen manglet. På oppsigelsestidspunktet var det ingen andre ledige stillinger. Flertallet la derfor til grunn at det ikke var aktuelle stillinger formannen kunne omplasseres til. Avgjørelsen viser at begrensede omplasseringsmuligheter i små bedrifter, kan være et moment som tilsier at arbeidsgiver kan gå til oppsigelse.

På samme måte kan også større virksomheter oppleve vanskeligheter med omplassering. Helse Bergen- saken viser at det også i store helseforetak kan være vanskelig med omplassering. Saken omhandlet oppsigelsen av en hjelpepleier. Arbeidstakeren hadde hørselsproblemer, beinskjørhet, ulcerøs kolitt og angst. Stillingen som hjelpepleier ble dermed vanskelig. Arbeidstakeren foreslo at hun kunne utføre oppgaver som regnskap, lønn og arkivering. Lagmannsretten uttalte at hennes manglende konkretisering av arbeidsoppgaver, viste hvor begrenset omplasseringsmulighetene var. Kvinnens kompetanse tilsvarte ikke regnskapsavdelingens behov. Helse Bergen var dermed ikke forpliktet til å gi kvinnen arbeid i regnskapsavdelingen.

¹⁴⁴ Kokkvold (2005) s. 48.

Også perioden arbeidsgiver har forsøkt å tilrettelegge uten positivt resultat, kan få betydning i saklighetsvurderingen. Det ble påpekt av Borgarting lagmannsrett i LB-2016-70178-2.¹⁴⁵ Saken omhandlet oppsigelsen av en bussjåfør i Norges Buss. Arbeidsgivers tilrettelegging var omtvistet. Arbeidstakeren ble langtidssykemeldt som følge av en trafikkulykke i arbeidstiden. Han startet i redusert stilling etter ett års sykefravær med mål om å returnere til full stilling. Arbeidsgivers tilrettelegging med redusert stilling varte i omtrent fire måneder. Retten viste til at Norges Buss over en lang periode hadde tilrettelagt arbeidet, arbeidstakeren kunne ikke ha et "[...] berettiget krav om at denne ordningen skulle fortsette [...]".

Det kan ikke nødvendigvis legges til grunn at lignende tidsperioder vektlegges i like stor grad i andre tilfeller. Perioden med tilrettelegging må vurderes konkret. Norges Buss hadde særskilte utfordringer i forbindelse med tilretteleggingen. Det måtte tas hensyn til tilpasning av øvrige skiftplaner, tariffavtaler samt regler om kjøre- og hviletid for bussjåførene. Arbeidstakers helse gjorde det vanskelig å arbeide på morgenen og flere dager på rad. Tilretteleggingen ble da utfordrende fordi vaktene måtte inngå i den øvrige skiftplanen. Disse forholdene viste at Norges Buss la ned omfattende ressurser i tilretteleggingen. Slike forhold gjør det rimelig å vektlegge tilretteleggingens lengde. Arbeidsgiver har i slike tilfeller lagt ned mye tid og ressurser i tilretteleggingen. Etter en tid er det rimelig at det settes en strek for arbeidsgivers forpliktelser overfor arbeidstakeren.

4.4 Arbeidsgivers oppfølging underveis i sykefraværet

Arbeidsgiver plikter å utarbeide oppfølgingsplan og innkalle til dialogmøte underveis i sykefraværet, som beskrevet i avhandlingens punkt 2.3. I dette punktet skal det redegjøres for om manglende oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøter er relevant i saklighetsvurderingen.

Spørsmålet ble nærmere drøftet i LF-2011-195233.¹⁴⁶ Lagmannsretten fant at arbeidsgivers oppfølging var "[...] mangelfull og til dels kritikkverdig." Videre viste lagmannsretten til at det ikke var grunnlag for å spekulere i om sviktende oppfølging skyldtes kompetansemangel, eller om det skyldtes at arbeidsgiveren anså oppfølging lite hensiktsmessig. Det er grunn til å være kritisk til en slik forståelse. Etter aml. § 4-6 tredje og fjerde ledd stilles det strenge krav

¹⁴⁵ LB-2016-70178-2 (Norges Buss-saken). Også TBERG-2012-114649, hvor tilretteleggingen hadde pågått i omtrent 2,5 år.

¹⁴⁶ LF-2011-195233.

til at oppfølging kan unnlates. Manglende kompetanse er ikke et slikt grunnlag.¹⁴⁷ Likevel fant lagmannsretten at det ikke ville fått betydning for saklighetsvurderingen, fordi omplassering av arbeidstakeren uansett ikke var aktuelt. Flertallet anså oppsigelsen saklig. Avgjørelsen gir uttrykk for at mangelfull oppfølging vektlegges, men dersom det ikke lar seg gjøre å tilrettelegge anses oppsigelsen likevel saklig.

Spørsmålet ble også vurdert i TBERG-2005-132729.¹⁴⁸ Saken omhandlet oppsigelsen av en salgskonsulent i en bilforretning. Oppsigelsen ble begrunnet i langvarig sykefravær. Arbeidsgiveren utarbeidet aldri oppfølgingsplan. Innkalling til dialogmøte skjedde først etter omtrent 6 måneder, til tross for at fristen etter aml. § 4-6 fjerde ledd er 7 uker fra arbeidstakeren blir sykemeldt. Tingretten fant at tilretteleggingsplikten ikke var oppfylt, og kom etter en samlet vurdering til at oppsigelsen var usaklig. Det fremgår imidlertid ikke hvilken vekt forsømmelsene av oppfølgingsplan og dialogmøte ble tillagt i avveiningen.

I juridisk teori uttaler Skarning at dersom arbeidsgiver oppfylder pliktene, styrker dette arbeidsgivers sak i oppsigelsesadgangen.¹⁴⁹ Redegjørelsen overfor underbygger dette, og viser at arbeidsgivers oppfølging er relevant i saklighetsvurderingen. Likevel viser drøftelsen også at manglende oppfølging ikke vektlegges i like stor grad som gjennomføringen av tilretteleggingsplikten. I likhet med arbeidsgivers tilretteleggingsplikt, er også plikten til utarbeidelse av oppfølgingsplan og innkalling til dialogmøte forankret i arbeidsmiljøloven. Dette taler for at også unnløst av oppfølgingsplan og dialogmøte bør vektlegges i saklighetsvurderingen. En slik fortolkning oppfordrer dessuten arbeidsgiver til aktivt å oppfylle plikten til oppfølgingsplan og dialogmøte. Vektlegging av mangelfull oppfølging er på den måten virksomt for å hindre utstøting fra arbeidslivet.

I forlengelsen vises det til at manglende oppfølging kan få ytterligere konsekvenser for arbeidsgiver. TOSLO-2015-85737 illustrer dette.¹⁵⁰ Svekket dialog medførte at arbeidsgiveren tok stilling til arbeidstakerens sykdomsprognoser på feilaktig grunnlag. Arbeidsgiveren la derfor til grunn uriktig faktum for oppsigelsen. Tingretten presiserte at ”Dette må arbeidsgiver bære ansvaret for.” Oppsigelsen ble kjent ugyldig. Mangelfull oppfølging kan dermed også på denne måten få betydning for oppsigelsens saklighet.

¹⁴⁷ Se avhandlingens punkt 2.3.2

¹⁴⁸ TBERG-2005-132729.

¹⁴⁹ Skarning (2011) s. 92.

¹⁵⁰ TOSLO-2015-85737.

4.5 Arbeidstakers fremtidige sykdomsbilde

Hvorvidt arbeidstakers fremtidige sykdomsbilde medfører videre sykefravær eller friskmelding er et sentralt moment i oppsigelsesadgangen. Arbeidstakers fremtidige sykdomsbilde er fremhevet som et relevant vurderingsmoment i en rekke av oppsigelsessakene som er behandlet i underinstansene. Momentet ble blant annet fremhevet av Borgarting lagmannsrett i LB-2016-35087.¹⁵¹ Lagmannsretten fremholdt at et sentralt moment i saklighetsvurderingen er om det er ”[...] kort tid til arbeidstakeren kan forventes tilbake i stilling, og om det eventuelt fortsatt må påregnes et omfattende sykefravær.” Forståelsen underbygges i juridisk teori hvor det uttales at arbeidstakers fremtidige sykdomsbilde er et av de sentrale momentene i oppsigelsesadgangen.¹⁵² Vurderingen av den videre sykdomsprognosen bygger blant annet på legens uttalelser, arbeidstakerens informasjon og sykefraværet i perioden vedkommende har vært ansatt i bedriften.¹⁵³

Dersom arbeidstakeren ikke kan dokumentere forestående utsikt til forbedring trekker det i retning av at oppsigelse bør anses saklig. Oppfatningen illustreres av LF-2013-5417.¹⁵⁴ Lagmannsretten uttalte at ”[...] utsiktene til en tilfredsstillende bedring i fraværssituasjonen på sikt, ikke kan anses gode.” Det ble også fremhevet at kommunen i en lengre periode hadde iverksatt reelle tilretteleggingstiltak med sikte på å få kvinnen tilbake i lærerstillingen. Lignende betraktninger er også lagt til grunn i overnevnte LF-2004-27911.¹⁵⁵ Etter lagmannsrettens syn hadde ikke arbeidstakeren i tilstrekkelig grad klargjort at hun snarlig ville friskmeldes. Lagmannsretten viste til at vitneuttalelser fra lege og psykolog derimot underbygde at hun ikke ville være i stand til å arbeide innen 1-2 år fra domstidspunktet. Også i denne saken hadde arbeidsgiver oppfylt tilretteleggingsplikten.

Avgjørelsene trekker i retning av at dersom arbeidstakers prognose viser at det er tvilsomt om arbeidstakeren overhodet friskmeldes eller dersom eventuell friskmelding tar flere år, tilsier det at oppsigelsen bør anses saklig. Hvordan momentet vektlegges dersom arbeidstakers utsikt til friskmelding er mer nærstående er derimot mer usikkert. I forlengelsen skal det dermed ses på hvor nærstående arbeidstakers friskmelding må være for at momentet trekker i arbeidstakers favør i oppsigelsesadgangen.

¹⁵¹ LB-2016-35087.

¹⁵² Skarning (2011) s. 93.

¹⁵³ Skarning (2011) s. 93.

¹⁵⁴ LF-2013-5417.

¹⁵⁵ LF-2004-27911.

LB-2016-35087 gjaldt oppsigelsen av en skipsarbeider grunnet flere og langvarige sykefravær.¹⁵⁶ Lagmannsretten uttalte innledningsvis at saklighetsvurderingen etter skipsarbeidsloven § 5-6 første ledd er den samme som etter arbeidsmiljøloven, og bygget på lovforståelsen etter § aml. 15-7 første ledd. Arbeidstakeren hadde et gjennomsnittlig årlig sykefravær på 38%. På oppsigelsestidspunktet hadde han vært sykemeldt i over ett år grunnet rygg- og nakkeproblemer samt depresjon. På oppsigelsestidspunktet ble det antatt at arbeidstakeren kunne komme tilbake etter omtrent 4 måneder. Etter lagmannsrettens syn hadde arbeidsgiver likevel et godt grunnlag for å vurdere at videre sykefravær var påregnelig.

Avgjørelsen viser at selv om arbeidstaker forventes friskmeldt innen noen måneder, kan tidligere sykdomshistorie spille inn i vurderingen. Det antas at dersom vurderingen av sykdomsbildet skal trekke i arbeidstakers favør må det fremskaffes konkrete opplysninger og faglig dokumentasjon. Kravet til dokumentasjon har sammenheng med arbeidsgivers behov for avklaring. Arbeidstakers friskmelding bør også forventes innen få måneder. Lengre tidsperioder aksepteres dersom arbeidstakeren venter på operasjon eller annen planlagt behandling.¹⁵⁷ Det kan tenkes at slike forhold forsterkes dersom det er alminnelig kjent at behandlingen medfører få komplikasjoner, da det er et holdepunkt for at arbeidstakeren kan forventes tilbake kort tid etter operasjonen.

Dersom det er risiko for at arbeidstakeren blir syk igjen av å komme tilbake i arbeidet, taler det for at oppsigelsen anses saklig. Hvis denne risikoen er betydelig kan det tillegges vekt i saklighetsvurderingen. Forståelsen fremgår av LB-2005-182268.¹⁵⁸ Saken omhandlet oppsigelsen av en industriarbeider som var sykemeldt på grunn av tennisalbue. Oppsigelsen skyldtes at kvinnens sykdom gjorde at hun ikke lenger kunne utføre arbeidsoppgavene sine. Selv om oppsigelsen fant sted før arbeidsgiver kunne vite følgene av operasjonene, fant lagmannsretten at arbeidsgiveren hadde grunnlag for å konkludere med at helseplagene ville innvirke på kvinnens mulighet for videre arbeid i bedriften. Lagmannsretten avviste kvinnens påstand om at det måtte være hennes valg å utsette seg for en slik risiko. Det var ikke mulig med tilrettelegging eller omplassering. Oppsigelsen ble derfor ansett saklig. Avgjørelsen viser at dersom det er risiko for at sykdomsplagene kommer tilbake når arbeidstakeren gjenopptar arbeidsoppgavene sine, taler det for at oppsigelsen anses saklig. I slike tilfeller står hensynet til arbeidsgivers avklaringsbehov sentralt.

¹⁵⁶ LB-2016-35087.

¹⁵⁷ Slik også Jakhelln (2017) Stig Åkenes Johnsen og Mårten Brandsnes Faret § 15-7 note 6 s.1137.

¹⁵⁸ LB-2005-182268.

4.6 Arbeidstakerens medvirkning

Arbeidstakerens medvirkning er et sentralt moment i vurderingen av oppsigelsens saklighet etter verneperiodens utløp.¹⁵⁹ Arbeidstakerens medvirkningsplikt må ses i sammenheng med arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Det kan her vises til LB-2013-178053.¹⁶⁰

Saken gjaldt oppsigelsen av en miljøterapeut. Oppsigelsen ble begrunnet i langvarig fravær og arbeidstakers brudd på medvirkningsplikten. Lagmannsretten uttalte på generelt grunnlag at det kan være utfordrende for arbeidsgiver å oppklare "[...] de reelle årsaker til fravær og utarbeide passende tiltak dersom arbeidstaker er passiv og taus." Lagmannsretten dissenterte i spørsmålet om arbeidstakeren i det konkrete tilfellet hadde medvirket tilstrekkelig. Avgjørelsen gir uttrykk for at graden av medvirkning spiller inn i vurderingen av oppsigelsens saklighet.

Synspunktet underbygges også i overnevnte LB-2016-70178-2. Etter lagmannsrettens syn hadde arbeidstakeren vært unødvendig forbeholden med opplysninger som skulle belyse restarbeidsevnen og muligheten for tilbaketreden i hans opprinnelige fulltidsstilling. Som drøftet under avhandlingens punkt 4.5 har sykdomsprognose betydning for oppsigelsesvurderingen. Avgjørelsen viser at arbeidstakers manglende medvirkning til å bringe klarhet i prognosen tillegges selvstendig betydning i oppsigelsesadgangen.

Lignende betraktninger fremgår også av LB-2013-210912.¹⁶¹ Oppsigelsen ble begrunnet i samarbeidsproblematikk, men fant sted mens arbeidstakeren var sykemeldt. Saken har imidlertid overføringsverdi til sykdomstilfellene, fordi lagmannsretten vurderer arbeidstakerens medvirkning i forbindelse med drøftelsen etter aml. § 15-7. Arbeidsgiveren hadde lagt ned en betydelig innsats for å få arbeidstakeren tilbake i arbeid. Arbeidstakeren på sin side hadde vært lite konstruktiv og i liten grad imøtekommet arbeidsgivers forslag. Avgjørelsen trekker i retning av at det stilles krav om aktiv medvirkning fra arbeidstakers side. I likhet med arbeidsgivers tilrettelegging, stiller også medvirkningsplikten krav om at arbeidstaker er virksom og handlekraftig.

Dersom arbeidsgiver har fremsatt flere relevante tilbud i form av tilrettelegging eller omplassering, uten at arbeidstaker aksepterer tilbudene kan det vektlegges jf. LG-2016-

¹⁵⁹ Se blant annet LB-2013-178053, LB-2016-70178-2, LB-2013-210912 og LA-2013-45685.

¹⁶⁰ LB-2013-178053.

¹⁶¹ LB-2013-210912.

101949.¹⁶² Arbeidsgiveren hadde tilbudt arbeidstakeren flere midlertidige løsninger som tilpasning. Arbeidstakeren avslo tilbudene fordi de ikke var i tråd med hans ønsker. Lignende betraktninger fremgår også av LF-2004-27911.¹⁶³ Saken omhandlet oppsigelsen av en lærer. Arbeidstakeren ble tilbudt flere stillinger. Etter lagmannsrettens syn fremsto samtlige tilbud som relevante. Kvinnen avviste tilbudene med henvisning til helsetilstanden, og at tilbudene ikke var på statlige vilkår. Et tilbud tok særlig hensyn til hennes helsetilstand ved at stillingsprosenten ville øke ved forbedring. Lagmannsretten anså særlig dette tiltaket som relevant. Avgjørelsene viser at dersom arbeidstakeren ikke godtar tilbud som fremstår passende og relevante, trekker det i arbeidsgivers favør i saklighetsvurderingen.

Det kan videre problematiseres om arbeidsgiver må formidle mangelfull medvirkning overfor arbeidstakeren. Slike betraktninger ble lagt til grunn i LA-2013-45685, hvor lagmannsretten vektla arbeidsgivers manglende kommunikasjon.¹⁶⁴ Etter lagmannsrettens syn hadde arbeidstakeren ikke aktivt medvirket med informasjon eller synspunkter. Likevel fant lagmannsretten at fordi arbeidsgiveren ikke hadde kommunisert dette overfor arbeidstakeren, var det "[...] mindre rimeleg å la dette kome henne til skade ved den avsluttande vurderinga." Tilretteleggingsplikten var heller ikke oppfylt. Oppsigelsen ble dermed ansett usaklig.

Synspunktet er på nåværende tidspunkt ikke fulgt opp i rettspraksis. Forståelsen anses dermed ikke som etablert praksis. En slik forståelse medfører at det stilles strengere krav til arbeidsgiver. I forbindelse med arbeidstakers sykefravær stilles det allerede inngående krav til arbeidsgivers håndtering av sykefraværet. Et krav om kommunikasjon ved manglende medvirkning kan dermed være uforholdsmessig tyngende for arbeidsgiver.

Likevel må det her ses hen til styrkeforholdet mellom partene. Det er ikke nødvendigvis urimelig å kreve at arbeidsgiver kommuniserer manglende medvirkning tatt styrkeforholdet mellom partene i betraktning. Forholdet forsterkes ytterligere ved at arbeidstakeren er sykemeldt, og derfor allerede i en sårbar posisjon. Arbeidstakerens hovedfokus er naturligvis friskmelding. Det er dermed ikke urimelig at arbeidsgiver må gi tilbakemelding ved misnøye om medvirkningen. Sykdommen i seg selv kan dessuten gjøre det vanskelig for arbeidstakeren å medvirke. I praksis krever heller ikke tilbakemelding om slike forhold mye av arbeidsgiver.

¹⁶² LG-2016-101949.

¹⁶³ LF-2004-27911.

¹⁶⁴ LA-2013-45685.

4.7 Rimelighetsvurdering

4.7.1 Sykefraværets lengde

Sykefraværets lengde er et relevant moment i saklighetsvurderingen. Momentet er nærmere presisert i LB-2016-70178-2. Lagmannsretten uttalte at oppsigelsen ble truffet 1 år og 4 måneder etter at arbeidstakeren ble 100% sykemeldt, og ble ansett saklig. Sykefraværet hadde også i LF-2004-27911 vart over en lengre periode.¹⁶⁵ Lagmannsretten fant at oppsigelsen var saklig, og påpekte at arbeidsgiver først gikk til oppsigelse etter 2 år og 4 måneder.¹⁶⁶ Det er rimelig å ta hensyn til sykefraværets lengde fordi arbeidsgivers behov for avklaring forsterkes ytterligere ved lengre sykefravær. Hensynet til arbeidstakeren er i mange tilfeller ivaretatt ved at vedkommende har fått rikelig tid til friskmelding og restitusjon, selv om situasjonen ikke har bedret seg. Tidsmomentet kan imidlertid i liten grad vektlegges isolert. Det relevante er partenes handlinger underveis i sykefraværet. Likevel er tidsmomentet relevant fordi det gir anvisning på at prosessen har vart over lengre tid. Fra arbeidsgivers ståsted vil vektlegging av sykefraværets lengde, oppfordre til at pliktene aktivt overholdes også underveis i langvarige sykefravær.

4.7.2 Belastende vikarbehov for bedriften

Sykefravær fører til at virksomheten i større grad må benytte vikarer. Ofte er hensynet til arbeidsgiveren ivaretatt ved at det ansettes en vikar.¹⁶⁷ For enkelte bedrifter er det imidlertid vanskelig å tilegne seg kompetente vikarer. I det videre skal det redegjøres for om det i saklighetsvurderingen tas hensyn til at sykefraværet medfører et uavklart og belastende vikarbehov for virksomheten.

At det er relevant å se hen til arbeidstakers stillingstype kan utledes av LA-2013-45685.¹⁶⁸ Lagmannsretten fant til tross for at sykefraværet medførte et omfattende og uavklart vikarbehov, at det i liten grad kunne tillegges vekt i saklighetsvurderingen. Avgjørelsen var enstemmig. Saken gjaldt imidlertid oppsigelsen av en barnehageansatt. For barnehager er kvalifisert personell lett tilgjengelig gjennom vikarbyråer. Det er dermed ikke sikkert at synspunktet lar seg forsvares i andre tilfeller.

¹⁶⁵ LF-2004-27911.

¹⁶⁶ Slik også Kokkvold (2005) s. 54.

¹⁶⁷ Fougner m.fl. (2018) s. 922, og Kokkvold (2005) s. 53.

¹⁶⁸ LA-2013-45685.

Forståelsen underbygges i juridisk teori av Jakhelln m.fl. som uttaler at utfordringene ved sykefravær reduseres ved å innhente vikar, men at det likevel kan være krevende å finne "[...] kompetent arbeidskraft på midlertidig basis."¹⁶⁹ Det kan eksempelvis vises til flere typetilfeller hvor slike hensyn gjøres gjeldende. Blant annet dersom arbeidstakeren innehar unik kompetanse og kunnskap er det særlig utfordrende med vikarbruk. Videre er det også krevende dersom den sykemeldte arbeidstakeren har en lederstilling. Vikarbruk er utfordrende dersom bedriftens systemer er særlig kompliserte å sette seg inn i. Dersom arbeidsoppgavene krever at kompetansen må være kontinuerlig tilstede i bedriften og ikke kan fylles sporadisk, tilsier også det at engasjering av vikarer er problematisk. Videre er det også i yrker som preges av personlige relasjoner vanskelig å benytte vikar. Disse nevnte situasjonene hvor vikarbruk generelt anses utfordrende, forsterkes ytterligere dersom det er snakk om kortvarige og hyppige fravær.

Videre kan også økonomiske hensyn trekke i retning av at oppsigelsen anses saklig, dersom arbeidsgiver har hatt omfattende utgifter i forbindelse med vikarordninger. Dette ble påpekt i LB-2016-35087.¹⁷⁰ Lagmannsretten uttalte at "Omkostningene over mange år forbundet med å skaffe vikarløsninger må ha vært omfattende." Omkostningene og eventuelle ytterligere lønnskostnader ved gjentatt sykemelding, tilsa etter en helhetsvurdering opprettholdelse av oppsigelsen. Det kan tenkes at slike forhold forsterkes ytterligere dersom arbeidsgiver har hatt slike utgifter i en lengre periode.

Redegjørelsen viser at det må foretas en konkret vurdering av virksomhetens mulighet til å innhente kompetent arbeidskraft. Herunder hvor lett tilgjengelig arbeidskraften er, og om arbeidsoppgavene kan utføres av en vikar. Også det økonomiske perspektivet ved omfattende vikarordninger er et moment. Foreligger slike forhold, trekker det i retning av at den belastende vikarordningen bør tillegges vekt i saklighetsvurderingen.

I denne sammenheng kan det også påpekes at dersom arbeidsgiver ikke forsøker å innhente vikar, kan det virke negativt for arbeidsgivers ståsted. TOSLO-2015-85737 illustrerer dette.¹⁷¹ Etter tingrettens syn hadde ikke arbeidsgiver sannsynliggjort at det var forsøkt å skaffe vikar. Arbeidsgiveren var dermed selv ansvarlig for anstrengelsene svekket bemanning hadde påført øvrige arbeidstakere. Avgjørelsen trekker i retning av at arbeidsgiver må iverksette tiltak for

¹⁶⁹ Jakhelln m.fl. (2017), Stig Åkenes Johnsen og Mårten Brandsnes Faret § 15-7 note 6 s. 1137.

¹⁷⁰ LB-2016-35087.

¹⁷¹ TOSLO-2015-85737.

at sykefraværet ikke medfører økt belastning for øvrige arbeidstakere. Unnlater arbeidsgiver å forsøke å innhente vikar kan det trekke i arbeidsgivers disfavør. Forståelsen er imidlertid ikke fulgt opp i andre avgjørelser. Likevel anses en slik forståelse rimelig, tatt i betraktning av at det er arbeidsgivers ansvar å påse at bemanningen er forsvarlig jf. aml. § 4-1 første ledd. Etter dette antas det at økt belastning på øvrige arbeidstakere grunnet manglende innhenting av vikarer ikke bør gå utover den sykemeldte arbeidstakeren.

4.7.3 Sykefraværets virkninger for arbeidsplassen og virksomhetens drift

Punktet over viser at dersom sykefravær medfører et belastende vikarbehov trekker det i retning av at oppsigelsen anses saklig. Videre kan også vikarbruken få virkninger på arbeidsplassen, som i seg selv kan være relevant i saklighetsvurderingen. Omfattende vikarbruk og andre forhold ved arbeidstakers sykefravær kan virke negativt på arbeidsplassen og virksomhetens drift.

Forståelsen underbygges av Tana og Varanger herredsrett i RG-1985-577.¹⁷² Saken omhandlet oppsigelsen av en deleekspeditør/kontomedarbeider i et bilfirma. Herredsretten påpekte at sykefraværet fikk virkninger for den ”[...] jevne og rasjonelle drift.” Øvrige arbeidstakere måtte på egenhånd sørge for selvekspedering på delelageret, noe som medførte at lagerholdningen ble tom. Herredsretten viste også til at sykefraværet var en merbelastning for kollegaene, etter rettens syn var dette et relevant moment i vurderingen. Belastningen for kollegaene sto også sentralt i LG-2016-177480.¹⁷³ Den sykemeldte arbeidstakeren var ansatt som formann på maskinverkstedet til Heli-One. I rimelighetsvurderingen påpekte flertallet at sykefraværet medførte at enkelte av formannens arbeidsoppgaver måtte utføres av andre arbeidstakere, og at arbeidstakerne på maskinavdelingen ikke hadde en overordnet å henvende seg til.

Lignende betraktninger ble også lagt til grunn i LF-2013-5417.¹⁷⁴ Saken gjaldt oppsigelse grunnet omfattende sykefravær og samarbeidsproblemer, men illustrerer problemstillingen. Lagmannsretten viste til at fraværet medførte at vikarlærere måtte benyttes i stor grad, noe som måtte ”[...] ha virket uheldig på læringsmiljøet.” Vikarbruken hadde etter lagmannsrettens syn utvilsomt negativ innvirkning på arbeidsoppgavene, altså opplæring og

¹⁷² RG-1985-577 (Tana og Varanger herredsrett).

¹⁷³ LG-2016-177480.

¹⁷⁴ LF-2013-5417.

oppfølging av elevene. Avgjørelsene viser at sykefraværets virkning for arbeidsplassen og virksomhetens drift kan være et relevant moment i saklighetsvurderingen.

I avveiningen kan det etter ses hen til om arbeidstakeren har en form for lederstilling med et spesielt ansvar på arbeidsplassen. Omfattende sykefravær kan da gå utover arbeidsplassen og kollegaene. Sykefraværet kan også være utfordrende dersom arbeidstakeren har et yrke med høy grad av personlig relasjon. Fraværet kan i slike tilfeller gå utover arbeidsoppgavene, som igjen kan få betydning for virksomhetens drift. Slike forhold kan tale til arbeidsgivers fordel i saklighetsvurderingen. Det kan avslutningsvis påpekes at arbeidsgiver i enkelte tilfeller kan unngå problematikken ved bruk av styringsretten. Dersom det lar seg gjøre i tråd med styringsretten kan arbeidsgiver tildele den sykemeldte arbeidstakeren andre passende arbeidsoppgaver.¹⁷⁵

4.7.4 Arbeidstakerens individuelle forhold

Forhold som har sammenheng med målet om å unngå utstøting fra arbeidslivet er fremhevet i en rekke saker. Arbeidstakers alder er et eksempel på et slikt moment i rimelighetsvurderingen. Vektlegging av arbeidstakers alder i oppsigelsesvurderingen underbygges av arbeidsmiljølovens formål om et inkluderende arbeidsliv. Både i LG-2016-101949 og LF-2004-27911 var arbeidstakeren 56 år.¹⁷⁶ I begge avgjørelsene viste lagmannsretten til at arbeidstakers alder og sykdomsplager kunne gjøre det vanskelig å få annet arbeid. Både i LG-2016-101949 og LF-2004-27911 måtte imidlertid hensynet vike til fordel for arbeidsgivers interesser.

Også arbeidstakers ansiennitet er fremhevet som et moment i rimelighetsvurderingen. Synspunktene kan forankres i Helse Bergen-saken og TBERG-2012-114649.¹⁷⁷ I Helse Bergen-saken ble det fremhevet at arbeidstakeren hadde jobbet i helseforetaket i 20 år. I TBERG-2012-114649 vektla tingretten at oppsigelsen etter 24 års ansettelse og fra den eneste virksomheten han hadde arbeidserfaring fra, ville ramme arbeidstakeren hardt. Ifølge tingretten kunne det bli utfordrende for arbeidstakeren å få annet arbeid. Lang ansettelsestid i virksomheten har imidlertid nær sammenheng med hensynet til å unngå at arbeidstakere faller ut av arbeidslivet. Arbeidstakere som har jobbet store deler av karrieren i samme virksomhet, har ikke nødvendigvis etablert et nettverk utover arbeidsplassen.

¹⁷⁵ Se Johannessen og Grønland (2010) som uttaler at man kan unngå uheldige virkninger ved å frata de "[...] kritiske arbeidsoppgavene" eller "[...] gi arbeidstakeren en ny og mindre kritisk stilling." artikkelens punkt 4.

¹⁷⁶ LG-2016-101949, og LF-2004-27911.

¹⁷⁷ TBERG-2012-114649.

Det kan også være andre individuelle forhold som er relevante. I TOSLO-2008-125008 ble det fremhevet at arbeidstakeren manglet utdanning, og at det dermed ville være vanskelig for han å få annet arbeid.¹⁷⁸ Manglende utdanning kan gjøre det vanskelig på arbeidsmarkedet. Mindretallet i TBERG-2012-114649 viste derimot til at arbeidstakeren opplevde en særlig trykghetsfølelse på arbeidsplassen. Det var riktignok mindretallet i en tingrettsavgjørelse som fremhevet dette. Synspunktet fremstår likevel rimelig. For en syk arbeidstakeren som kjenner en spesielltrykghetsfølelse på arbeidsplassen, kan det være særlig utfordrende å finne seg nytt arbeid. Hensynet om å unngå utstøting fra arbeidslivet er derimot ikke like vesentlig når arbeidstakeren tar annen videreutdanning, slik som i LB-2000-3513.¹⁷⁹ Utdanning forsterker alternative muligheter i arbeidslivet. Avgjørelsene viser at det må foretas en konkret vurdering av arbeidstakerens forutsetninger til å få seg annet arbeid.

Økonomiske forhold er også en del av vurderingen av arbeidstakers individuelle forhold. I Helse Bergen-saken var arbeidstakeren innvilget 50% uføretrygd, og hun hadde en fast 50% stilling som regnskapsmedarbeider i et annet firma. Ifølge lagmannsretten var dermed konsekvensene av oppsigelsen begrensede. Arbeidstakers økonomiske forhold var også en del av vurderingen i Norges Buss-saken. Lagmannsretten påpekte at arbeidstakeren var selvstendig næringsdrivende og hadde solid økonomi. Det kan tenkes at oppsigelse i slike tilfeller ikke rammer arbeidstakeren like hardt fordi han har et annet alternativt inntektsgrunnlag. Sakene viser at dersom oppsigelsen har svært begrensede følger for arbeidstakeren rent økonomisk kan det være et relevant i rimelighetsvurderingen. Dersom det er økonomiske forhold som medfører at oppsigelse ikke rammer like hardt som ellers, styrker det arbeidsgivers sak.

Overnevnte momenter i dette punktet gjelder i oppsigelsessaker generelt. Et forhold som gjøres gjeldende spesielt i sykdomstilfellene, er betydningen av om arbeidsuførhetens årsak skyldes forhold på arbeidsplassen. Videre skal det ses på i hvilken grad bakgrunnen for arbeidsuførheten vektlegges i avveiningen.

Det er lagt til grunn i forarbeidene at plikten til tilrettelegging er "[...] særlig vidtgående hvis helseplagene har oppstått gjennom utførelsen av arbeidet."¹⁸⁰ Forarbeidene trekker dermed i retning av at det kan forventes mer av arbeidsgiver dersom arbeidsuførheten har tilknytning til

¹⁷⁸ TOSLO-2008-125008.

¹⁷⁹ LB-2000-3513.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

arbeidsforholdet.¹⁸¹ Forståelsen er også lagt til grunn i LB-2018-24869-2.¹⁸² Saken gjaldt oppsigelsen av en lagermedarbeider, hvor oppsigelsen ble begrunnet i sykefravær. Arbeidstakeren hadde rygg- og albueplager. Lagmannsretten fant at helseplagene antakelig var arbeidsrelatert, og uttalte uttrykkelig at det "[...] tilsier et noe skjerpet krav til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt." Videre påpekte lagmannsretten at arbeidsgiveren likevel ikke kunne bebreides for arbeidstakerens skader. Avgjørelsen er imidlertid anket til Høyesterett, og er på nåværende tidspunkt ikke rettskraftig jf. tvl. § 19-14 (1).¹⁸³

Flere underrettsavgjørelser underbygger likevel forståelsen. Spørsmålsstillingen ble nærmere drøftet i TOSLO-2005-88443.¹⁸⁴ Tingretten uttalte på generelt grunnlag at "i denne sammenheng vil både bakgrunnen og årsaken til sykdommen kunne inngå som en del av saklighetsvurderingen." Saken gjaldt daværende tjenestemannsloven § 10 nr. 2 bokstav a, som ble opphevet av statsansatteloven § 21. Også TOSLO-2010-204182 trekker i retning av at plikten til tilrettelegging skjerpes ved arbeidsrelatert sykdom.¹⁸⁵

Etter dette kan arbeidsuførhetens relasjon til arbeidsforholdet vektlegges i avveiningen. Det må likevel trekkes en grense for når arbeidsuførheten anses tilknyttet arbeidsforholdet. Synspunktene i forarbeider og rettspraksis er i tråd med oppfatningen om at det er arbeidsgiver som har ansvaret for trygge rammer på arbeidsplassen. Arbeidsgiver er pålagt plikter etter arbeidsmiljølovens kapittel 3 og 4. Likevel har også arbeidstaker en selvstendig plikt etter aml. § 2-3 (2) til å forhindre ulykke og helseskade. Det kan tenkes at tilretteleggingsplikten skjerpes dersom arbeidsgiver ikke forebygde eller stilte med nødvendig utstyr for å unngå helseplagene arbeidstakeren ble påført. Likevel må det trekkes en grense ved uforutsette og tilfeldige hendelser som ligger utenfor arbeidsforholdet. Norges Buss-saken kan i denne sammenheng være illustrerende. Saken gjaldt riktignok arbeidsrelatert sykefravær, fordi bussjåføren hadde vært i en trafikkulykke i arbeidstiden. Lagmannsretten vurderte ikke om yrkesskaden medførte skjerpede krav til tilretteleggingen. Årsaken til dette kan være at med mindre ulykken skyldtes bussens beskaffenhet, var trafikkulykken utenfor arbeidsgivers kontroll. Arbeidsgiveren kunne ikke forhindre arbeidsuførheten ved tiltak etter arbeidsmiljøloven kapittel 3 og 4. Arbeidsuførheten hadde dermed ikke relasjon til arbeidsforholdet, og bør ikke vektlegges i arbeidsgivers disfavør i avveiningen.

¹⁸¹ Slik også Kokkvold (2005) s. 48.

¹⁸² LB-2018-24869-2.

¹⁸³ Lov 17.juni 2005 nr. 90 (tvl.) om mekling og rettergang i sivile tvister.

¹⁸⁴ TOSOLO-2005-88443.

¹⁸⁵ TOSLO-2010-204182 (avsnitt 46).

5 Avsluttende vurderinger

Arbeidstaker har et sterkt oppsigelsesvern i verneperioden etter aml. § 15-8. I verneperioden er arbeidstakeren ikke bare vernet mot oppsigelse grunnet sykdom, men også forhold som har sammenheng med sykdommen. Utformingen av reglene om beviskrav og bevisbyrde gjør at arbeidsgiver vanskelig kan omgå vernet ved å oppgi andre forhold som oppsigelsens begrunnelse. Disse momentene bidrar til et reelt vern mot oppsigelse grunnet sykdom i verneperioden. Bestemmelsen styrker formålet om å legge til rette for friskmelding, restitusjon og tilrettelegging slik at den syke arbeidstakeren kan komme tilbake til arbeidslivet.

Etter verneperiodens utløp er derimot oppsigelsesvurderingen mer kompleks og sammensatt. Adgangen til oppsigelse etter aml. § 15-7 beror på en konkret helhetsvurdering. Avhandlingen viser at fordi vurderingen av oppsigelser truffet etter verneperioden er sammensatt og skjønnsmessig, kan det være vanskelig å etablere en vurderingsnorm. Dette illustreres ved et betydelig antall dissenser i sakene om oppsigelsesadgangen etter verneperiodens utløp.¹⁸⁶ Høyesterett har ikke tidligere kommet med en avklarende uttalelse om hvordan slike saker skal vurderes, eller hvordan vurderingsmomentene bør avveies.

Med bakgrunn i dette rettskildebildet kan det være utfordrende for rettsanvenderen å ta stilling til oppsigelsens saklighet. Følgelig kan det både for arbeidstakere og arbeidsgivere være vanskelig å forutberegne sin rettsstilling i slike saker. Hensynet til forutberegnelighet er viktig i arbeidsrett, både for arbeidstaker og arbeidsgiver. Deltakelse i arbeidslivet sikrer ikke bare økonomisk trygghet, men det gir også den enkelte arbeidstakeren en følelse av å være en del av et større fellesskap.¹⁸⁷ For arbeidstakere som rammes av sykdom er det dermed viktig å kunne forutberegne sin rettsstilling. Til sist kan usikkerheten medføre at arbeidstakere vegrer seg for å gå til søksmål om oppsigelsens gyldighet og krav om erstatning samt oppreisning, fordi uforutsigbarheten forsterker risikoen. Dette kan på sikt medføre en svekkelse av stillingsvernet og arbeidstakers rettssikkerhet. Arbeidsgivere behøver også i stor grad forutsigbare oppsigelsesregler ved arbeidstakers sykdom. Dette illustreres ved at dersom en oppsigelse kjennes ugyldig får det økonomiske konsekvenser for bedriften. Et klarere regelverk kan i større grad forebygge usaklige oppsigelser.

¹⁸⁶ Se eksempelvis LG-2016-177480, LA-2013-192125, LB-2013-178053, LF-2011-195233, LG-2006-100708 og LB-2000-3513.

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14.

Oppsigelsesvernet ved sykdom skal imidlertid kunne anvendes i en rekke ulike arbeidsforhold. Det er dermed usikkert om det lar seg gjøre å komme med en rettsavklaring. Det er likevel enkelte overordnede momenter som gjøres gjeldende i oppsigelsesvurderingen etter aml. § 15-7. I avveiningen ses det blant annet på hvorvidt arbeidsgiver har fulgt tilretteleggingsplikten, oppfølging underveis i sykefraværet, fremtidig sykdomsbilde, arbeidstakers medvirkning og rimelighetsforhold. Avhandlingen viser at arbeidsgivers gjennomføring av tilretteleggingsplikten er avgjørende i avveiningen.

Arbeidsgivers oppfølging underveis i sykefraværet burde imidlertid også tillegges avgjørende vekt i oppsigelsesvurderingen.¹⁸⁸ Dette kan begrunnes i at både innkalling til dialogmøte og utarbeidelse av oppfølgingsplan er lovpålagte plikter ved arbeidstakers sykefravær. Dialogmøte og oppfølgingsplan er viktig når det gjelder kontakt med arbeidstakeren under sykefraværet, og kan således bidra til å redusere risikoen for at arbeidstakeren faller ut av arbeidslivet. Dialogmøte kan dessuten fungere som en konstruktiv samarbeidsarena underveis i sykefraværet, og bidrar derfor til at tilretteleggingen forbedres. Det er både i arbeidsgivers og arbeidstakers interesse. Som påpekt i avhandlingen vil dessuten vektlegging av oppfølgingsplan og dialogmøte i oppsigelsesadgangen, være en oppfordring til arbeidsgiver om å oppfylle sine forpliktelser. Gode grunner taler dermed for å tillegge arbeidsgivers oppfølging større vekt i oppsigelsesvurderingen, sammenlignet med det som gjøres etter gjeldende rett.

¹⁸⁸ Se avhandlingens punkt 4.4.

Kildeliste

Lover

Gamle arbeidervernloven	Lov 19. juni 1936 nr. 8 om arbeidervern (gamle arbeidervernloven)
Gamle arbeidervernlov	Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern (gamle arbeidervernloven)
Arbeidsmiljøloven	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven)
Luftfartsloven	Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven).
Folketrygdloven	Lov 28. januar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 (tv1.) om mekling og rettergang i sivile tvister
Skipsarbeiderloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)
Statsansatteloven	Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven)

Forskrift

FOR-2003-12-19-1671	Forskrift 19. desember 2003 nr. 1671 om forebyggings og tilretteleggingstilskudd for ansatte i virksomheter som har inngått samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv og honorar til bedriftshelsetjenesten (Forskrift om forebyggings- og tilretteleggingstilskudd for IA-virksomheter og BHT-honorar)
FOR-2005-12-21-1668	Forskrift 21. desember 2005 nr. 1668 om unntak fra vilkåret om legeerklæring når kiropraktorer og manuellterapeuter dokumenterer arbeidsuførheten med erklæring.

Forarbeider

NOU 2004: 5	NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst
Ot.prp. nr. 31 (1935)	Ot.prp. nr. 31 (1935) Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid.
Ot.prp. nr. 8 (1956)	Ot.prp. nr. 8 (1956) Om lov om arbeidervern.
Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)	Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.
Ot.prp. nr. 39 (1992-1993)	Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 17.juni 1966 nr. 12 om folketrygd
Ot.prp. nr. 18 (2002-2003)	Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven.
Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)	Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)
Ot.prp. nr. 6 (2006-2007)	Ot.prp. nr. 6 (2006-2007) Om lov om endring i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven (tilrettelegging og oppfølging av sykemeldte mv.)
Prop.89 L (2010-2011)	Prop.89 L (2010-2011) Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom)

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt.1986 s. 224

Rt.1995 s. 227 (Eksem-saken)

Rt.2009 s. 685 (Webredaktør-saken)

Rt.2011 s. 596 (Rederi-saken)

Rt.2011 s. 1674

HR-2018-1189-A

Lagmannsrettsavgjørelser

LA-2009-117161

LA-2013-45685

LA-2013-192125

LA-2014-15802

LB-2000-3513 (Gokart-saken)

LB-2002-2867 (Kranfører-saken)

LB-2005-182268

LB-2012-158782

LB-2013-210912

LB-2013-178053

LB-2016-70178-2 (Norges Buss-saken)

LB-2016-35087

LB-2018-24869-2

LE-2014-160806

LF-2004-27911

LF-2011-195233

LF-2013-5417

LF-2015-72834

LF-2015-168758

LG-1999-672

LG-2005-49282

LG-2006-100708 (Helse Bergen-saken)

LG-2014-197037

LG-2016-101949

LG-2016-177480 (Heli One-saken)

Tingrettsavgjørelser

NAD-1988-285 (Oslo byrett)
RG-1985-577 (Tana og Varanger herredsrett)
RG-1988-735 (Nordre Sunnmøre Herredsrett)
RG-2005-807 (Drammen tingrett)
TBERG-2005-132729
TBERG-2012-114649
TBERG-2018-33602
THALD-2016-78886
TOSLO-2005-88443
TOSLO-2008-125008
TOSLO-2010-204182
TOSLO-2015-85737

Litteratur

- Aagaard m.fl. (2012) Erik C. Aagaard, Nina Melsom og Kurt Weiltzien, *Bedriftens personalhåndbok. Rett og plikt i arbeidsforhold*, 8. utgave, (Oslo 2012)
- Allstrin m.fl (2008) Tor Allstrin, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig, *Endring og opphør av arbeidsforhold*, 2. utgave, (Oslo 2008)
- Andenæs (2009) Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, (Oslo 2009)
- Benson (2014) Thomas Benson, *Arbeidsrettsboka*, 2. utgave (Bergen 2014)
- Dege (2009) Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett Del II*, (Oslo 2009)
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, (Oslo 2001)
- Fanebust (2015) Arne Fanebust, *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle del*, 4. utgave, (Oslo 2015)
- Fanebust (2017) Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, (Oslo 2017)

- Fougner m.fl. (2018) Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven Lovkommentar*, 3. utgave, (Oslo 2018)
- Jakhelln m.fl. (2017) Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken, Claude A. Lenth, *Arbeidsmiljøloven med kommentarer- arbeidsrett.no*, 4. utgave, (Bergen 2017)
- Johansen og Stueland (2015) Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis*, 2. utgave, (Oslo 2015)
- Langfeldt m.fl. (2018) Sverre Faafeng Langfeldt, Tore Bråthen, Monica Viken og Stine Winger Minde, *Lov og rett for næringslivet*, 25. utgave, (Oslo 2018)
- Nygaard (2004) Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, (Oslo 2004)
- Skarning (2011) Nicolay Skarning, *Sykefravær. Nye arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse*, (Oslo 2011)
- Skjønberg m.fl. (2017) Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, (Oslo 2017)
- Skoghøy (2017) Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, (Oslo 2017)

Artikler

- Kokkvold (2005) Lars Kokkvold, ”Sykdomsfravær som oppsigelsesgrunn etter at verneperioden i arbeidsmiljøloven § 64 er utløpt”, *Arbeidsrett*, 1:2005, s. 44-55
- Johannessen og Grønland (2010) Espen Johannessen (advokat) og Karl-Anders Grønland (advokat), ”Arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter og plikter overfor hverandre ved arbeidstakers sykefravær” *Magma: Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 4:2010 (s.1-4). (Tilgjengelig på nettsiden under <https://www.magma.no/arbeidsgivers-og-arbeidstakers-rettigheter-og-plikter-overfor-hverandre-ved-arbeidstakers-sykefravaer> (12.12.2018)
- Eidsvaag (2018) Tine Eidsvaag, ”Beviskrav til oppsigelse av gravid arbeidstaker- HR-2018-1189-A”, *Nytt i privatretten*, 3:2018, s. 2-3.

Andre kilder

- SSB <https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/sykefratot/kvartal> (12.12.2018)

- Fagtidsskrift innen indremedisin <https://indremedisineren.no/2012/04/myalgisk-encefalopati-me-en-innforing/> (12.12.2018)

- IA-avtalen (Regjeringen) https://www.regjeringen.no/no/tema/arbeidsliv/arbeidsmiljo-og-sikkerhet/inkluderende_arbeidsliv/ia-avtalen-2014-18/IA-avtalen-2014-2018/id752432/ (12.12.2018)