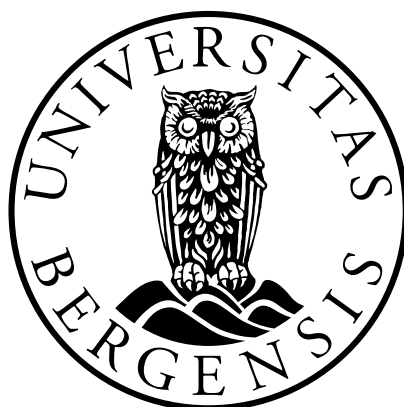


Hyppige sykefravær som oppsigelsesgrunn

Kandidatnummer: 126

Antall ord: 13488



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema for oppgaven.....	3
1.2 Temaets aktualitet.....	4
1.3 Problemstillingen.....	5
1.4 Terminologi	5
1.5 Metodiske utgangspunkter.....	6
1.6 Avgrensninger	8
1.7 Videre fremstilling.....	9
2 Grunnleggende hensyn.....	11
2.1 Innledning.....	11
2.2 Hensynet til samfunnet	12
2.3 Hensynet til arbeidsgiver	13
2.4 Hensynet til arbeidstaker	13
3 Rettslige utgangspunkter	15
3.1 Innledende om arbeidstakers stillingsvern ved sykdom	15
3.2 Arbeidstakers stillingsvern ved sykdom.....	15
3.2.1 Det særlige oppsigelsesvernet ved sykdom.....	15
3.2.2 Vernets rekkevidde.....	16
3.2.3 « <i>Summere</i> » hyppige sykefravær	18
3.3 Oppsigelse etter § 15-7	21
4 Saklighetsvurderingen etter § 15-7	22
4.1 Saklighetskravet anvendt på hyppige sykefravær	22
4.2 Tilretteleggingsplikten ved arbeidstakers hyppige sykefravær	23
4.3 Arbeidstakers medvirkningsplikt.....	24
4.3.1 Medvirkningspliktens omfang.....	24
4.3.2 Arbeidstakers medvirkningsplikt i verneperioden	26
4.4 Fremtidsutsikter	28
4.5 Rimelighetsvurderingen.....	31
4.5.1 Innledning.....	31
4.5.2 Fraværets omfang	32

4.5.3	Samarbeidsvansker og konflikt	34
4.5.4	Tilretteleggingsplikten og medvirkningsplikten	36
4.5.5	Bedriftens økonomiske forhold.....	38
4.5.6	Vikarbruk	39
4.5.7	Sosiale forhold.....	41
4.5.8	Skyldes fraværet forholdene på arbeidsplassen?.....	42
4.6	Bevisbyrden	43
5	Avsluttende bemerkninger	45
	Kildeliste	47

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er i hvilke tilfeller hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler.¹

Som eksempler på typetilfeller kan nevnes en oljeplattformarbeider som har slitasjeskader i skulder, ankel, albue, kne og hofta.² Han er også stadig plaget med influensa og forkjølelse. En lærerinne har helsemessige utfordringer, blant annet ettervirkninger fra en trafikkulykke.³ Det sentrale i disse tilfellene er at arbeidstaker, som følge av de ulike plagene, blir sykemeldt hyppig og dermed uteblir fra arbeidet. Arbeidstakers hyppige sykefravær medfører både økonomiske og organisatoriske problemer for virksomheten, noe som igjen medfører at arbeidsgiver må treffe tiltak for å holde virksomheten i gang. Arbeidsgiver vil derfor kunne ha en klar interesse i å avslutte arbeidsforholdet der ulempene ved sykefraværet blir uforholdsmessig store.

Ifølge norsk rett har arbeidstaker rett til å være hjemme fra jobb når han/hun er syk, uten at dette får konsekvenser for arbeidsforholdet. Der arbeidstaker er syk har arbeidstaker et vern mot oppsigelse begrunnet i sykdommen de første 12 månedene, jf. aml. § 15-8. Etter utløpet av denne perioden vil arbeidstaker være vernet av det alminnelige kravet om at oppsigelsen må ha en «*saklig grunn*», jf. aml. § 15-7. I praksis utgjør langvarige og hyppige sykefravær to ulike oppsigelsesgrunnlag. Oppgaven legger hovedvekt på å drøfte i hvilke tilfeller *hyppige* sykefravær kan utgjøre oppsigelsesgrunn, og hvilke momenter som er relevante i oppsigelsesvurderingen.

¹ Lov 17.6.2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.).

² Se eksempelvis LG-2016-101949.

³ Se eksempelvis LF-2013-5417.

1.2 Temaets aktualitet

I et internasjonalt perspektiv er sykefraværet i Norge svært høyt.⁴ Etter folketrygdloven⁵ § 8-19 plikter arbeidsgiver å betale avtalt lønn de første 16 dagene av sykefraværet, før ansvaret overtas av folketrygden (staten). Pengene utbetales fra og med første sykedag, jf. ftrl. § 8-19. Hovedvekten av sykefraværstilfellene i Norge faller innenfor arbeidsgiverperioden.⁶ I de tilfellene hvor arbeidstaker har gjentatte kortvarige sykefravær vil det medføre både en direkte og indirekte økonomisk belastning, samt andre ulemper for arbeidsgiveren. Arbeidstakers sykefravær vil da, til tross for det generelle og spesielle oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven §§ 15-7 og 15-8, kunne utgjøre et brudd på arbeidsavtalen. Der oppsigelsesvernet i disse bestemmelsene ikke setter begrensninger for oppsigelsesadgangen, vil derfor sykefraværet kunne være et saklig oppsigelsesgrunnlag («*arbeidstakers forhold*» jf. § 15-7 første ledd).

Spørsmålet om adgangen til oppsigelse begrunnet i arbeidstakers hyppige sykefravær, herunder vurderingstemaet, har så langt ikke vært nærmere behandlet av Høyesterett. Ved siden av eldre lagmannsrettsdommer med liten rettskildeværdi, gir to lagmannsrettsdommer fra de siste årene eksempler på at hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse⁷. I sakene foretas en konkret avveining av arbeidsgivers interesse i å få arbeidskraften han har krav på etter arbeidsavtalen, mot arbeidstakers rett til å være borte fra arbeidet når han er syk. Fougner og Holo hevder at kun små bedrifter i «*helt spesielle situasjoner*» kan si opp en arbeidstaker ved sykdom.⁸ Nicolay Skarning fremhever at rekkevidden av vernebestemmelsene for sykemeldte, balansert mot arbeidsgivers behov for å fylle stillingen, er et viktig og vanskelig spørsmål.⁹

Oppsummert er det uklart hva som er gjeldende rett når det kommer til adgangen til oppsigelse begrunnet i hyppige sykefravær. I denne oppgaven vil jeg forsøke å klarlegge dette nærmere.

⁴ Faktisk.no (2018)

⁵ Lov 28.2.1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven – ftrl.).

⁶ Virke, <https://www.virke.no/politikk/fakta-om-sykefravar/sykefravaret-i-norge/fordeling-mellom-korttids-og-langtidsfravar/> (lest 27.11.2019)

⁷ LF-2013-5417 og LG-2016-101949.

⁸ Fougner og Holo (2006) s. 788.

⁹ Skarning (2019) s. 19

1.3 Problemstillingen

Oppgavens problemstilling er i hvilke tilfeller arbeidstakers hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse etter aml. § 15-7 første ledd. Formålet med oppgaven er å klargjøre gjeldende rett.

1.4 Terminologi

Innledningsvis anses det hensiktsmessig å definere begreper som er sentrale for oppgaven.

«Virksomhet» og «bedrift» benyttes om hverandre og defineres på samme måte som virksomhetsbegrepet i arbeidsmiljøloven.¹⁰

Det foreligger legaldefinisjoner av arbeidsgiver og arbeidstaker i aml. § 1-8. «Arbeidstaker» defineres som «*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*». «Arbeidsgiver» defineres som «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*». Disse definisjonene benyttes i denne oppgaven.

Begrepet «sykdom» er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Etter ftrl. § 8-4 gis en som er arbeidsufør «*på grunn av en funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade*» rett på økonomiske ytelser som følger av loven. I denne lovens forarbeider fremgår det at sykdomsbegrepet må «*vurderes ut fra hva den medisinske vitenskap til enhver tid definerer som sykdom*».¹¹ Denne definisjonen legges til grunn i oppgaven. «Sykdom» brukes som en samlebetegnelse for sykdom og skade.

«Sykefravær» defineres i oppgaven som legitimt fravær fra arbeidet på grunn av «sykdom», dokumentert enten ved legeattest eller egenmelding.¹²

Langvarige og hyppige sykefravær reiser forskjellige problemstillinger. For å drøfte adgangen til oppsigelse ved hyppige sykefravær er det nødvendig å trekke opp grensene etter det særlige vernet som følger av aml. § 15-8.

«Langvarige sykefravær» brukes i denne oppgaven som fravær som varer i minst 12 måneder (verneperioden). «Hyppige sykefravær» brukes om gjentakende fravær av kortere varighet

¹⁰ Aml. § 1-2 første ledd.

¹¹ Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) s. 2.

¹² Se folketrygdloven § 8-7.

som samlet sett utgjør en høy fraværsprosent, uten at noen av fraværperiodene overskrider verneperioden. Grensedragningen vil bli belyst fortløpende i den grad det er relevant for oppgaven.

Det vil i det følgende ikke skilles mellom hel eller delvis sykemelding, da rettspraksis viser at oppsigelsesvurderingen uansett blir den samme.¹³

1.5 Metodiske utgangspunkter

Opgaven er en lovtolkingsoppgave og formålet er å analysere gjeldende rett. Dette gjøres på bakgrunn av alminnelig rettskildelære.

Et arbeidsforhold innebærer rettigheter og plikter for arbeidsgiver og arbeidstaker. Utover det som følger av arbeidsavtalen, følger rettighetene og pliktene av blant annet arbeidsmiljøloven av 2005 (aml) og eventuelle tariffavtaler. Arbeidsgivers oppsigelsesadgang følger av § 15-7 første ledd. Bestemmelsen gir adgang til oppsigelse der denne er *«saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold»* og er oppfattet slik at det skal foretas en helhetsvurdering der også rimelighetshensyn er sentrale.

En arbeidstaker som under arbeidsforholdet blir syk har et særlig vern mot oppsigelse etter aml. § 15-8. Bestemmelsen legger til grunn at en 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.»* Disse 12 månedene blir gjerne omtalt som «verneperioden». Det er først etter utløpet av denne verneperioden, eller der arbeidstakeren blir friskmeldt og returnerer til arbeidet før verneperioden er utløpt, at spørsmålet om oppsigelse begrunnet i hyppige sykefravær kan vurderes etter aml. § 15-7.

Lovens forarbeider inneholder uttalelser som er relevante når det gjelder utviklingen av oppsigelsesadgangen ved sykefravær, deriblant økt fokus på stillingsvern for en syk arbeidstaker. Hyppige sykefravær som oppsigelsesgrunn har vært gjenstand for diskusjon i forbindelse med endringer i arbeidsmiljøloven, deriblant i Arbeidslivslovutvalgets utredning

¹³ Se eksempelvis LB-2018-24869-2.

fra 2004¹⁴ og Odelstingsproposisjonen utarbeidet av Arbeids- og sosialdepartementet i forbindelse med ny arbeidsmiljølov¹⁵. Disse utredningene vil bli vist til i oppgaven.

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at kravet til saklig grunn for oppsigelse videreføres¹⁶ fra den tidligere lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 1977.¹⁷ Forarbeider og rettspraksis knyttet til tidligere lovgivning vil følgelig være relevant ved spørsmål om oppsigelse etter dagens arbeidsmiljølov § 15-7.

Det er avsagt få dommer av Høyesterett som omhandler oppgavens tema. Det benyttes derfor lagmannsrettsdommer til å illustrere oppsigelsesadgangen begrunnet i hyppige sykefravær. Det er ingen tvil om at lagmannsrettsdommer har vesentlig lavere rettskildevekt enn høyesterettsdommer. Lagmannsrettsdommer vil imidlertid kunne bli bestemmende for rettstilstanden på områder der avgjørelser sjelden ankes videre, særlig der senere juridisk teori støtter opp om standpunktet.¹⁸ Lagmannsrettsavgjørelsene som omhandler oppsigelsesadgangen ved hyppige sykefravær utgjør en entydig praksis og tillegges stor rettskildemessig vekt i juridisk teori.¹⁹ Summen av avgjørelsene kan således bidra til å klarlegge problemstillingen.²⁰ I lys av dette vil lagmannsrettsdommer i det følgende bli brukt til å illustrere oppsigelsesadgangen der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers hyppige sykefravær.

I mangel av rettspraksis fra Høyesterett vil også en avveining av hensyn være av stor betydning for oppsigelsesvurderingen, herunder saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7 og vurderingen av rekkevidden til aml. § 15-8. Oppgavens del 2 redegjør for de hensyn regelverket bygger på.

Temaet sykefravær er omtalt av flere teoretikere, men ofte i et generelt perspektiv. Juridisk litteratur vil i oppgaven bli benyttet til støtte for mine egne slutninger. Særlig gjelder dette Nicolay Skarnings *Sykefravær* fra 2019.

¹⁴ NOU: 2004: 5

¹⁵ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005).

¹⁶ Ibid. s. 335.

¹⁷ Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern og arbeidsmiljø.

¹⁸ Eckhoff (2001) s. 162.

¹⁹ Skarning (2019) s. 22.

²⁰ Boe (2010) s. 304.

1.6 Avgrensninger

Det vil ikke bli foretatt noen inngående analyse av arbeidsgivers tilretteleggings- og omplasseringsplikt ved sykefravær etter aml. § 4-6. For at en oppsigelse skal være saklig er det et vilkår at arbeidsgiver «*så langt det er mulig*» iverksetter tiltak for å legge til rette for å beholde arbeidstaker i arbeid. Bestemmelsen pålegger arbeidsgiver en rekke oppfølgingsforpliktelser og det sentrale er tilretteleggingsplikten og omplasseringsplikten, jf. aml. § 4-6 første ledd. Det faller utenfor oppgavens tema å gi en selvstendig inngående analyse av bestemmelsens innhold. Oppfyllelsen av pliktene får imidlertid betydning for sakligheten av en oppsigelse. Fremstillingen begrenses derfor, slik at det legges hovedvekt på å vise betydningen i en samlet vurdering av oppsigelsen.

Temaet for oppgaven er avgrenset til en behandling av oppsigelsesadgangen ved arbeidstakers hyppige sykefravær. I teorien sammenfaller ofte drøftelsen av oppsigelse på grunn av langvarige og hyppige sykefravær. Rettspraksis viser imidlertid at det er forskjell på hvilke momenter som kommer til anvendelse i saklighetsvurderingen, og på hvor grensen går for når en ansatt kan sies opp. Ved hyppige sykefravær er det større rom for en kasuistisk gjennomgang av hvilke fravær det er snakk om, og virkningene dette får for bedriften og de øvrige ansatte. Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 4.5 om rimelighetsvurderingen.

Oppgaven går heller ikke inn på noen nærmere redegjørelse for IA-avtalen,²¹ da denne ikke medfører større rettslige forpliktelser for arbeidsgiver enn arbeidsmiljøloven.²² Skarning presiserer at IA-avtalen ikke begrenser adgangen til å gå til oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær.²³

Norge er som følge av sine forpliktelser etter EØS-avtalen gjennom Direktiv 2000/78/EF forpliktet til å forhindre diskriminering på grunn av funksjonshemming. Ved hyppige sykefravær er det vanligvis tale om sykdom man blir frisk av. Det er dermed ikke snakk om en funksjonsnedsettelse. Direktivet aktualiseres følgelig ikke ut fra oppgaves tema, og vil ikke bli behandlet.

²¹ IA-avtalen (2019-2022).

²² Se eksempelvis LB-2018-24869-2 og LF-2015-168758.

²³ Skarning (2019) s. 31-32.

Det forutsettes at fraværet skyldes arbeidstakers egen sykdom,²⁴ og det avgrenses mot tilfeller der arbeidstaker er borte på grunn av andres sykdom, for eksempel barn eller ektefelles.

Det følger av Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) s. 11 at arbeidstaker har en taushetsrett om opplysninger av personlig art, herunder diagnose og sykdom mv. I enkelte tilfeller kan dette medføre at arbeidsgiver, som følge av manglende informasjon, får mistanke om at arbeidstakers egenmelding/sykemelding ikke er reell. Mistanken kan eksempelvis forsterkes der arbeidstakeren har fått avslag på ferie, for så å bli sykemeldt i den samme perioden. I slike tilfeller bygger oppsigelsesvurderingen hovedsakelig på bevissspørsmål om fraværets gyldighet. Fraværets gyldighet og virkninger av dette reguleres av bestemmelser i folketrygdloven.²⁵ Ugyldig fravær kan utgjøre selvstendig oppsigelsesgrunnlag etter arbeidsmiljøloven²⁶ og problematiseres ikke i oppgaven. Det forutsettes i det følgende at det dreier seg om gyldig sykefravær.

Der arbeidsgiver vil gå til oppsigelse, stiller arbeidsmiljøloven formkrav til oppsigelsen²⁷ og krav til oppsigelsesfrister.²⁸ Loven angir også rettigheter for arbeidstaker i forbindelse med, og forut for, en oppsigelse, deriblant retten til å stå i stilling til saken og er endelig avgjort.²⁹ Denne oppgaven vil ikke gå inn på en videre drøftelse av betydningen om saksbehandlingsreglene for oppsigelse er fulgt eller ikke.

Når arbeidstaker blir syk reguleres retten til økonomiske ytelser av folketrygdloven, deriblant retten til sykepenger og retten til egenmeldingsdager. Ettersom det er arbeidsmiljøloven som regulerer oppsigelsesadgangen ved hyppige sykefravær, avgrenses det mot en drøftelse av folketrygdlovens ytelser og regler. På grunn av sammenhengen, vil det likevel bli vist til reglene i den grad de er relevante for å besvare oppgavens problemstilling.

Det avgrenses endelig mot de særskilte reglene som gjelder for statsansatte etter lov om statsansatte av 2017.

1.7 Videre fremstilling

²⁴ jf. ordlyden av § 8-4 «den som er arbeidsufør på grunn av (...)»

²⁵ Folketrygdloven kapittel 8.

²⁶ Storeng (2016) s. 505.

²⁷ Aml. § 15-4.

²⁸ Aml. § 15-3.

²⁹ Aml. § 15-11.

I oppgavens del to vil jeg redegjøre for de grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær.

I del tre vil jeg redegjøre for det særlige oppsigelsesvernet som følger av aml. § 15-8. Jeg vil se på i hvilke tilfeller bestemmelsen verner arbeidstaker mot å bli sagt opp på grunn av hyppige sykefravær, og hvilken betydning dette får for rekkevidden av arbeidsgivers oppsigelsesadgang etter aml. § 15-7 der oppsigelsen er begrunnet i hyppige sykefravær.

I del fire gjennomgår jeg de ulike temaene som er sentrale i vurderingen om hyppige sykefravær utgjør «*saklig grunn*» til oppsigelse etter aml. § 15-7.

I del fem vil jeg gi avsluttende bemerkninger.

2 Grunnleggende hensyn

2.1 Innledning

I denne delen vil jeg gjøre rede for hva som gjør hyppige sykefravær til en utfordring i arbeidslivet, og de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende ved spørsmål om oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær. Hensynene er av betydning både for forståelsen av lovreglene og domstolenes praksis og danner et bakteppe for oppgavens videre vurderinger.

I forarbeidene heter det at «*en sentral avveining er hvordan loven best mulig kan «ivareta» både arbeidstakernes, virksomhetenes og samfunnets behov.*»³⁰ Ved spørsmål om hvor langt stillingsvernet rekker ved sykefravær, er en slik avveining nødvendig for å sikre arbeidstakernes trygghet og helse, samfunnets interesse i å forebygge helseskader hos arbeidstakere og virksomhetens behov for verdiskaping.³¹

Arbeidstaker, arbeidsgiver og samfunnet har en felles interesse i å forebygge helseproblemer og sykefravær, og redusere kostnadene forbundet med dette.³² Der en enkelt arbeidstakers sykefravær likevel blir omfattende, blir spørsmålet hvem dette skal gå ut over.

Hvilke følger hyppige sykefravær får for samfunnet, arbeidstaker og arbeidsgiver må ses i lys av relevante bestemmelser etter folketrygdloven som regulerer hvordan de økonomiske konsekvensene fordeles mellom partene, sammenholdt med de indirekte kostnadene som påløper i forbindelse med vikarbruk, produktivitetsreduksjon mv. Det fremgår av ftrl. § 8-4 første ledd at «*den som er arbeidsufør på grunn av funksjonsnedsettelse som klart skyldes sykdom eller skade*» har rett til sykepenger. Som nevnt innledningsvis, utbetales pengene etter ftrl. § 8-19 fra første sykedag, og arbeidsgiver er ansvarlig for å utbetale lønnen for de 16 første kalenderdagene ved hver nye sykefraværsperiode.³³

³⁰ NOU 2004:5 s. 103.

³¹ Ibid s. 104.

³² I.c.

³³ Unntak der det har gått mindre enn 16 dager siden forrige sykefravær. Da skal det nye sykefraværet regnes med i samme arbeidsgiverperiode, jf. folketrygdloven § 8-19 tredje ledd.

2.2 Hensynet til samfunnet

Det å bidra til samfunnet gjennom å arbeide er av stor verdi både for den enkelte og for fellesskapet. Det er av stor betydning for å opprettholde en velfungerende velferdsstat at samfunnet sikrer en høy arbeidsdeltagelse, og arbeidsmiljølovgivningen bidrar følgelig til målet om høy sysselsetting.³⁴ Høy sysselsetting forutsetter at arbeidstakerne kan stå i arbeid inntil pensjonsalder, men også av at arbeidsgiverne ønsker å benytte denne arbeidskraften.³⁵

Norge har som nevnt innledningsvis et svært høyt sykefravær sammenlignet med andre land.³⁶ Det kan tenkes at noe av dette skyldes de generøse ordningene en syk arbeidstaker har etter folketrygdloven, som heller ikke har bestemmelser om karensdager, slik at deler av den økonomiske belastningen ved fravær faller på arbeidstaker. Folketrygdlovens forarbeider fra 1993 tilsiktet en «*innskjerping*» av praksis ved å avgrense sykdomsbegrepets rekkevidde til ikke å omfatte «*tilstander som klart ligger utenfor et medisinsk sykdomsbegrep*», deriblant ulike sosiale forhold.³⁷ Bakgrunnen var å hindre at tilstander som ligger utenfor det medisinske sykdomsbegrep «*tilsløre[r] de reelle problemer og måter å løse disse på.*»³⁸ Det kan likevel stilles spørsmål om terskelen for å få sykemelding er for lav. Skarning argumenterer for at leger på bakgrunn av omsorg for pasientene ikke i alle tilfeller klarer å holde seg til sin profesjonelle objektivitetsplikt.³⁹ For samfunnet er dette en stor økonomisk belastning, da det er staten som utbetaler sykepengene utover arbeidsgiverperioden. En illustrasjon på hvor store kostnader sykefravær utgjør i Norge er at det er avsatt over 36 milliarder kroner til dette alene i statsbudsjettet.⁴⁰

Samtidig er det en målsetting i det norske samfunnet om å ha et arbeidsliv med plass til alle, der den enkelte kan utnytte sin arbeidsevne til det beste både for seg selv og samfunnet.⁴¹ Da vil også flest mulig være i stand til å bli i arbeidslivet frem til pensjonsalder.⁴²

³⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2004) s. 13-14.

³⁵ I.c.

³⁶ SSB (2019).

³⁷ Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) s.2-3

³⁸ I.c.

³⁹ Skarning (2019) s. 90-91.

⁴⁰ Prop. 1 S (2019-2020) s. 59.

⁴¹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 60.

⁴² NOU 2004: 5 s. 110.

2.3 Hensynet til arbeidsgiver

Én ukes sykefravær koster gjennomsnittlig bedriftene 13 000 kr, ekskludert lønnskostnader i arbeidsgiverperioden, ifølge en rapport fra SINTEF.⁴³ Der sykefraværene forekommer hyppig vil det resultere i flere arbeidsgiverperioder. Det kan etter SINTEF-rapporten antas at ca. 60 prosent av alle sykefravær er kortvarige.⁴⁴ Slike hyppige sykefravær utgjør dermed utvilsomt en økonomisk belastning for arbeidsgiver.

Videre påvirker sykefravær arbeidsmiljøet og skaper utfordringer når det gjelder planlegging.

Arbeidsgiver kan vanligvis ikke noe for at arbeidstakeren stadig blir syk. Ansvar for å forebygge sykdom og sykefravær som skyldes forhold utenfor arbeidet kan derfor ikke uten videre tillegges arbeidsgiver.⁴⁵ Det å pålegge arbeidsgiver urimelige belastninger ved arbeidstakerens sykefravær vil også kunne føre til at arbeidsgivere blir kritiske til å ansette personer som har dårlig helse i utgangspunktet.⁴⁶

Hensynet til arbeidsgiver tilsier at loven også skal ivareta bedriftenes behov for verdiskaping og trygg sysselsetting.⁴⁷ I lys av dette er det behov for regler som gir arbeidsgiver en viss adgang til å si opp arbeidstaker der konsekvensene av hyppige sykefravær utgjør brudd på de forventningene arbeidsgiver kunne ha grunn til å ha etter arbeidsavtalen.⁴⁸

2.4 Hensynet til arbeidstaker

Et grunnleggende prinsipp i norsk rett er at arbeidstaker skal anses å være den svake part i arbeidsforholdet. Der man er i tvil om hvordan lovens skal forsås, tilsier derfor vernehensyn at loven skal tolkes i arbeidstakers favør.⁴⁹

Lønnet arbeid er av stor betydning for individet både økonomisk og sosialt. Et av arbeidsmiljølovens sentrale formål er å skape et inkluderende arbeidsliv.⁵⁰

⁴³ SINTEF-rapport: A19052 (2011) s. 27

⁴⁴ I.c.

⁴⁵ NOU 2004: 5 s. 171.

⁴⁶ Ibid. s. 111.

⁴⁷ Ibid. s. 69.

⁴⁸ Skarning (2019) s. 17.

⁴⁹ Storeng (2016) s. 33.

⁵⁰ Aml. § 1-1 bokstav e.

Sentralt i en arbeidsavtale er at arbeidstakeren skal utføre arbeid for arbeidsgiveren mot at arbeidsgiveren yter lønn. Når arbeidstakeren mister muligheten til å arbeide på grunn av sykdom, er det urimelig om dette automatisk gir arbeidsgiveren rett til ensidig å bringe arbeidsforholdet til opphør. Sykdom er gjerne uforskyldt, og vernehensyn slår dermed inn. Folketrygdlovens regler bygger på en tanke om at en arbeidstaker ikke skal lide et økonomisk tap fordi han blir syk.⁵¹ Bakgrunnen for dette er at sykdom vanligvis rammer tilfeldig og at tap av lønn vil kunne ramme den sykmeldte hardt. Videre kan en opprettholdelse av lønnen begrense arbeidstakers bekymringer i sykdomsperioden og slik bidra til at vedkommende blir fortere frisk.

En forutsetning for å oppnå et inkluderende arbeidsliv er derfor at arbeidstakere skal kunne delta i arbeidslivet til tross for sykdom eller andre funksjonsnedsettelse. Arbeidstakere gis et sterkt stillingsvern for å hindre utstøting fra arbeidslivet,⁵² samt sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker.⁵³ Både saklighetskravet som fremgår av aml. § 15-7 og vernebestemmelsen i § aml. § 15-8, gir uttrykk for et ønske om at en arbeidstaker i høy grad skal være vernet mot oppsigelse ved sykdom.

⁵¹ Ftrl. § 8-1.

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 231-232.

⁵³ NOU 2004: 5 s. 288.

3 Rettslige utgangspunkter

3.1 Innledende om arbeidstakers stillingsvern ved sykdom

Hensynet til arbeidstaker står sterkt i norsk rett. Arbeidsmiljøloven fastslår at arbeidstaker er vernet mot å miste arbeidet uten at det er saklig grunn til det, og arbeidsmiljølovens bestemmelser er viktige for å hindre utstøting fra arbeidslivet. Et av formålene med stillingsvernsreglene er å sikre trygghet og forutsigbarhet for hver enkelt arbeidstaker, samt ivareta behovet for at også de som har vanskeligheter med å skaffe seg/beholde en jobb får mulighet til å arbeide.⁵⁴ I det følgende gjennomgås det særlige oppsigelsesvernet ved sykdom, og i hvilken grad arbeidsmiljølovens bestemmelser begrenser arbeidsgivers oppsigelsesadgang.

3.2 Arbeidstakers stillingsvern ved sykdom

3.2.1 Det særlige oppsigelsesvernet ved sykdom

Bestemmelsen i aml. § 15-8 er en særbestemmelse som slår fast at en syk arbeidstaker ikke kan bli sagt opp på grunn av sykefraværet de første 12 månedene etter at sykdommen inntrådte. Verneperioden har blitt forlenget fra tre måneder i arbeidervernloven av 1956 § 44 til 12 måneder i dagens lov. Bestemmelsens utforming ligner bestemmelsene i aml. §§ 15-9 og 15-10 som omhandler oppsigelsesvern ved svangerskap og militærtjeneste. Et fellestrekk ved disse bestemmelsene er at arbeidstaker er i en situasjon som aktualiserer et behov for et særlig vern om sin stilling.

Bestemmelsens i aml. § 15-8 første ledd lyder:

«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»

⁵⁴ NOU 2005:4 s. 115.

En naturlig språklig forståelse av denne bestemmelsen tilsier at arbeidstaker kun er vernet mot oppsigelse når vedkommende er sykemeldt. Vernet opphører så snart arbeidstaker er friskmeldt og tilbake i arbeid,⁵⁵ eller der sykefraværet har vart i over 12 måneder sammenhengende.⁵⁶ Når vernet er opphevet, kan arbeidsgiver i prinsippet gå til oppsigelse på grunn av sykefraværet i den grad dette utgjør en saklig grunn etter aml. § 15-7.

Bestemmelsens ordlyd gir videre anvisning på at arbeidstaker ikke er vernet mot oppsigelse på grunn av andre forhold enn selve sykefraværet, for eksempel nedbemanning i bedriften.⁵⁷ Arbeidsgiver kan følgelig gå til oppsigelse når arbeidstaker er sykemeldt, så lenge det kan bevises at oppsigelsen skyldes andre forhold enn sykdommen, jf. «*på grunn av*».⁵⁸ Presumsjonen er at oppsigelse i verneperioden skyldes sykefraværet,⁵⁹ og arbeidsgiver har derfor i slike tilfeller en streng bevisbyrde, jf. «*overveiende sannsynlig*».⁶⁰

Arbeidstaker har selv plikt til «*innen rimelig tid*» å gi varsel om grunnen til fraværet, og godtgjøre fraværet ved legeattest dersom arbeidsgiver krever det, jf. aml. § 15-8 tredje ledd.

Bestemmelsen gir uttrykk for å skjerme arbeidstaker mot oppsigelse på grunn av sykdom i en viss periode. Dette legger i så fall absolutte begrensninger for oppsigelsesadgangen på grunn av hyppige sykefravær. I det følgende vil jeg vurdere vernets rekkevidde og anvendelsesområde.

3.2.2 Vernets rekkevidde

En oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær forutsetter som nevnt at arbeidstaker ikke er vernet etter § 15-8. Det kan være uklart om oppsigelsen er begrunnet i sykdommen eller ikke. I det følgende benytter jeg rettspraksis for å klargjøre hvor langt vernet rekker i slike tilfeller.

Rekkevidden av vernet etter aml. § 15-8 illustreres av rettspraksis. I Rt. 2011 s. 596 (Hurtigrutedommen). Saken gjaldt en sjømann som ble oppsagt i verneperioden grunnet en udyktighetserklæring som ga uttrykk for at han ikke lenger var egnet til å tjenestegjøre om

⁵⁵ NOU 2004: 5 s. 313.

⁵⁶ Se hva som regnes som «sammenhengende» i punkt 3.2.3.

⁵⁷ Jf. Ordlyden «*av denne grunn*», jf. Aml. § 15-8.

⁵⁸ Aml. § 15-8 første ledd

⁵⁹ Nicolay Skarning, 2019, s. 114-115.

⁶⁰ Aml. § 15-8 annet ledd.

bord på skipet. Sjømannslovens⁶¹ regler kom til anvendelse, men ettersom regelen er utformet likt som § 15-8 har saken likevel relevans ved tolkingen av denne.⁶²

Retten uttalte:

«(...) hvor det foreligger "en saklig grunn for oppsigelse som har sammenheng med sykefraværet, innebærer reglene bare at arbeidsgiveren må vente inntil 6 eventuelt 12 måneder med å gå til oppsigelse." Det som her er sitert fra forarbeidene, tilsier etter min mening 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.»⁶³

Fordi udyktighetserklæringen hadde sin bakgrunn i den skaden som gjorde at arbeidstakeren var sykemeldt,⁶⁴ var oppsigelsen begrunnet i sykefraværet og dermed usaklig. Med andre ord er arbeidstaker vernet etter aml. § 15-8 til tross for at vedkommende ikke ville kunne vende tilbake til arbeidet på et senere tidspunkt. Der det foreligger saklig grunn til oppsigelse, innebærer reglene følgelig at arbeidsgiver må vente med å gå til oppsigelse til verneperioden er over.⁶⁵ Det finnes ikke senere høyesterettspraksis når det gjelder dette spørsmålet og betraktningene må anses å være gjeldende rett.

I praksis innebærer Hurtigrutedommen at en arbeidstaker som er permanent ute av stand til å komme tilbake i arbeid, likevel vil beholde stillingen frem til verneperioden utløper. Arbeidsgiver må i mellomtiden benytte vikarer for å fylle stillingen, istedenfor å kunne ansette en ny arbeidstaker i den sykemeldte arbeidstakers stilling. Dette kan medføre økonomisk tap for arbeidsgiver, og vil kunne være belastende for de øvrige arbeidstakerne. Dersom arbeidsgiveren i Hurtigrutedommen hadde vunnet frem med en oppsigelse ville dette medført at det offentlige overtok ansvaret for sykepengene. Arbeidstakeren ville i en slik situasjon følgelig ikke lidd et økonomisk tap. Dette reiser spørsmål om det ville vært hensiktsmessig med en unntaksregel som begrenser det særlige stillingsvernet i de tilfellene hvor det er åpenbart at arbeidstaker ikke vil kunne vende tilbake til stillingen. En slik unntaksregel ble også foreslått i forarbeidene.⁶⁶ Forslaget ble imidlertid forkastet da det ville

⁶¹ Lov 30.5.1975 nr. 18 Sjømannsloven [opphevet].

⁶² Rt. 2011 s. 596 avsnitt 42.

⁶³ Se dommens avsnitt 57 og 58.

⁶⁴ Se dommens avsnitt 55.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) side 26

⁶⁶ NOU 2004: 5 s. 314.

«stride mot ett av formålene med bestemmelsen som er å forhindre at en syk arbeidstaker skal måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet innenfor verneperioden».⁶⁷ I de tilfellene sykdommen medfører at arbeidstaker åpenbart ikke kan vende tilbake til stillingen etter utløpet av verneperioden, er det likevel vanskelig å se at noen prosess om å beholde jobben kan bli aktuell. Dette taler for at vernet aml. § 15-8 gir uttrykk for er uhensiktsmessig omfattende i situasjoner der det er åpenbart at arbeidstaker ikke vil kunne gjeninntre i stillingen i fremtiden.

3.2.3 «Summere» hyppige sykefravær

Der arbeidstaker er hyppig sykemeldt, blir spørsmålet om sykefraværet skal «summeres» til én sammenhengende periode ved beregningen av verneperioden etter § 15-8, eller om en ny verneperiode skal begynne å løpe ved hver nye sykefraværsperiode. Virkningen av en adgang til å kunne summere sykefravær vil i så fall være at arbeidstakers oppsigelsesvern begrenses, noe som nødvendiggjør en nærmere redegjørelse av spørsmålet.

Ordlyden i § 15-8 første ledd tilsier at en ny verneperiode begynner ved hvert nytt sykefravær, jf. «*kan ikke sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte*».

Arbeidslivslovutvalget presiserte at der arbeidstaker gjeninntre i sin stilling skal verneperioden begynne å løpe på ny når han blir syk på nytt, med mindre gjeninntredelsesperioden er «kortvarig».⁶⁸ Hva som er «kortvarig» beror på en konkret vurdering der det «*blant annet vurderes hvor lenge arbeidstakeren har vært tilbake, og om fraværet har samme eller liknende sykdomsårsak.*»⁶⁹

Temaet er også drøftet av Fougner som mener at det vil være «*naturlig å se det hele som et sammenhengende fravær, dersom arbeidsperiodene er kortvarige og sykdomsproblemene de samme.*»⁷⁰

Den begrensede rettspraksisen på området støtter forarbeidsuttalelser og juridisk teori.⁷¹

⁶⁷ NOU 2004: 5 s. 314.

⁶⁸ Ibid. s. 313.

⁶⁹ I.c.

⁷⁰ Fougner og Holo (2006) s. 814.

⁷¹ Se eksempelvis LB-2016-101949 og LF-2013-5417.

Formålsbetraktninger tilsier at arbeidsgiver har en plikt til å bære konsekvensene av arbeidstakers sykdom i inntil ett år, der dette er nødvendig⁷². Dersom fraværet skyldes samme sykdom, kan dette være et argument for at arbeidsgiver bare bør være ansvarlig for opptil ett års fravær samlet sett. Der det på den annen side er snakk om en ny diagnose, bør terskelen være lavere for å starte en ny verneperiode ved et nytt sykefravær. Ordlyden kan også forstås som at arbeidstaker bare har rett til én verneperiode der det er snakk om samme diagnose, jf. «*arbeidsuførheten*».⁷³

I RG. 1988 s. 735 ble en helikopterpilot oppsagt da han var sykemeldt. Det bemerkes at dagjeldende aml. § 64 inneholdt en verneperiode på seks måneder. Innholdet i dagens bestemmelse er forøvrig i samsvar med denne bestemmelsen, og dommen er således relevant for tolkningen av aml. § 15-8. I saken ble arbeidstakeren sykemeldt første gang 2.12.1986. Deretter ble han friskmeldt og tilbake i arbeid fra 9. til 15. mars påfølgende år, før han på nytt ble sykemeldt og senere oppsagt i juli 1987. Spørsmålet var om verneperioden begynte å løpe fra og med første gang arbeidstakeren ble sykemeldt i 1986, eller fra og med arbeidstakeren ble sykemeldt på nytt i mars 1987, etter en gjeninntredelsesperiode på seks dager. Lagmannsretten la sistnevnte alternativ til grunn, noe som medførte at oppsigelsen var gitt innenfor verneperioden (på seks måneder) og dermed ikke kunne opprettholdes. Ved vurderingen la lagmannsretten vekt på lovens ordlyd:

«Dette fordi en forstår loven slik at selv den kortvarige friskmeldingen fra 9. til 15. mars – og i hvilken periode A var i aktivt flyverarbeid – etter lovens ordlyd må ha til følge at forutgående sykmeldingsperiode ble avbrutt og erstattet av en ny.»

Gjeninntredelsen på seks dager medførte følgelig at en ny verneperiode begynte ved neste sykefravær. Retten fremhevet at sykdommen som oppstod i etterkant av gjeninntredelsen «*skyldtes helt andre årsaker*» enn den tidligere sykemeldingsperioden.

Lagmannsrettsdommen er på generelt grunnlag egnet til å illustrere at vurderingen beror på sakens konkrete omstendigheter: Til tross for at gjeninntredelsen på seks dager etter en språklig forståelse er «*kortvarig*», tilsa arbeidstakerens sykdom og bestemmelsens ordlyd og

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

⁷³ Aml. § 15-8 første ledd.

formål at gjeninntredelsen likevel ikke oppfylte vilkåret. Dommen taler for en snever adgang til å summere hyppige sykefravær.

I Hurtigrutedommen,⁷⁴ var det snakk om en gjeninntredelsesperiode på 8,5 måneder. Retten uttalte at det var «klart» at arbeidstakeren i dette tilfelle hadde vært i arbeid så lenge at verneperioden begynte å løpe på nytt da sjømannen på nytt ble syk.

Det er verdt å merke seg rettens formulering «klart». Uttalelsen tyder på at 8,5 måneder er betydelig lengre enn «kortvarig», noe som peker i retning av at arbeidsgiver heller ikke har adgang til å summere fraværene der arbeidstakerens gjeninntredelse er av kortere varighet enn 8,5 måneder. Hvor nedre grense går for lengden på gjeninntredelse før fraværene kan summeres er imidlertid ikke nærmere spesifisert.

Ved vurderingen av hva som menes med en «kortvarig» gjeninntredelse, må dette avgjøres konkret slik at det i det enkelte tilfellet legges vekt på hvor lenge gjeninntredelsen har vart, og om det er snakk om samme diagnose. Høyesterettsdommen gir anvisning på at hvert fall en gjeninntredelse på 8,5 måneder, og antakelig kortere, medfører at det begynner å løpe en ny verneperiode. Lagmannsrettsdommen illustrerer forøvrig at det har betydning om sykefraværene skyldes samme eller forskjellige sykdommer. Dette støttes som nevnt opp av lovens formål og ordlyd.

Det på bakgrunn av dette stilles spørsmål ved om den snevre adgangen til å summere hyppige sykefravær i realiteten medfører en utvidelse av vernet etter aml. § 15-8. Dersom loven åpner for at en sykemeldt arbeidstaker kan utvide verneperioden ved tidvis å gjeninntre i stillingen, har arbeidstaker fått et mer omfattende stillingsvern enn det som synes å ha vært lovgivers intensjon.⁷⁵

Likevel er det på det rene at arbeidstaker må være frisk og tilbake i arbeid for at verneperioden skal kunne starte på nytt. På det tidspunktet er ikke arbeidstaker lenger vernet etter § 15-8 og bedriften kan gå til oppsigelse så langt det foreligger saklig grunn. Med andre ord vil arbeidstaker kunne risikere oppsigelse når han er friskmeldt og tilbake i jobb, uavhengig av om det er et tilfelle av gjeninntredelse mellom hyppige sykefravær eller ved utløpet av verneperioden ved langvarige sykefravær.

⁷⁴ Se dommens avsnitt 52.

⁷⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 232.

3.3 Oppsigelse etter § 15-7

Under forutsetning av at arbeidstaker ikke er vernet etter aml. § 15-8, kan sykdom danne grunnlag for oppsigelse etter aml. § 15-7.⁷⁶ Bestemmelsen i aml. § 15-7 lyder: «*Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i (...) arbeidstakers forhold*» Vilkåret for en gyldig oppsigelse er dermed at sykefraværet utgjør «*saklig grunn*».

Ordlyden av aml. § 15-7 tilsier at arbeidstaker er beskyttet mot å bli oppsagt på grunnlag av usaklige eller utenforliggende forhold, og at oppsigelsen må bygge på et korrekt faktisk grunnlag. Virkningen av at oppsigelsen ikke er saklig begrunnet er at oppsigelsen er ugyldig, jf. aml. § 15-12. Bestemmelsen spesifiserer ikke hvilke forhold som anses å være «*saklige*», men hensynet bak bestemmelsen gir anvisning på en interesseavveining av virksomhetens og den ansattes behov.⁷⁷

Ifølge Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52 beror spørsmålet om hvorvidt det foreligger saklig grunn på «*om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må vise til gode grunner.*»

Saklighetskravets nærmere innhold er omtalt i lovens forarbeider. Det vises til at «*Bestemmelsen viderefører gjeldende regler om vern mot usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 60*»⁷⁸. I forarbeidene til arbeidervernloven av 1977 fremheves det at siden innføringen av saklighetskravet i 1936 så har det skjedd en utvikling i retning av at «*det kreves sterkere grunner fra arbeidsgiverens side, for at en oppsigelse skal anses usaklig.*»⁷⁹ Det gis videre uttrykk for at rimelighetsbetraktninger får mer plass i en oppsigelsesvurdering, og at arbeidsgivers forpliktelser overfor arbeidstaker får større betydning.⁸⁰

Etter dette kan det legges til grunn at saklighetsvilkåret er en rettslig standard, som har utviklet seg i retning av at arbeidstakers forhold i stadig større grad skal vektlegges oppsigelsesvurderingen. I neste del av oppgaven vil relevante rettskilder gjennomgå for å analysere når hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse.

⁷⁶ NOU 2004: 5 s. 314

⁷⁷ Jakhell (2017) s. 1112

⁷⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335

⁷⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 72.

⁸⁰ I.c.

4 Saklighetsvurderingen etter § 15-7

4.1 Saklighetskravet anvendt på hyppige sykefravær

I forarbeidene heter det at nedsatt arbeidsevne på grunn av sykdom kan utgjøre grunnlag som gir saklig grunn til oppsigelse:

«Arbeidstakers helse eller funksjonsevne kan etter omstendighetene gi grunn for oppsigelse dersom vedkommende har redusert arbeidsevne og ikke lenger fyller stillingen.»⁸¹ (uthevet her)

Uttalelsen understreker at ikke ethvert tilfelle av arbeidstakers sykdom kan utgjøre oppsigelsesgrunn. Videre vil det være relevant å vektlegge konkrete forhold i vurderingen, jf. *«etter omstendighetene»*. Spørsmålet blir følgelig hva som ligger i at arbeidstaker *«ikke lenger fyller stillingen»*. En naturlig språklig forståelse tilsier at sykefraværet, sett i sammenheng med sakens øvrige forhold, må påvirke arbeidstakers egnethet for stillingen i den grad at vedkommende ikke lenger kan utføre arbeidet i henhold til arbeidsavtalen. Ettersom arbeidstaker ikke plikter å opplyse om medisinsk diagnose, må vurderingen omhandle arbeidstakers faktiske arbeidsevne.⁸²

I nyere lagmannsrettspraksis oppstilles to vurderingstemaer som er sentrale ved drøftelsen: om sykefraværet samlet *«blir meget omfattende og overstiger normalfraværet»*, og arbeidsgiver *«må kunne vise til gode grunner»* for å kunne gå til oppsigelse.⁸³ Følgelig må fraværet overstige hva en arbeidsgiver normalt må forvente av fravær fra en arbeidstaker, samtidig som det kreves *«noe mer»* enn bare et omfattende sykefravær for å kunne gå til oppsigelse. Det må foretas en helhetsvurdering der hensynet til begge parter veies opp mot hverandre.⁸⁴ Disse hensynene er det gjort rede for i oppgavens del 2. For en mer detaljert fremstilling vises til punkt 4.5 om rimelighetsvurderingen.

I det følgende gjøres det rede for sentrale vurderingstemaer for oppsigelsesadgangen ved hyppige sykefravær. Når arbeidstaker er syk, er det begge parters ansvar å legge forholdene til

⁸¹ NOU 2004: 5 s. 314.

⁸² Ot.prp. nr. 18 (2002–2003) side 10-11.

⁸³ LB-2018-24869-2.

⁸⁴ NOU 2004: 5 s. 314.

rette for at vedkommende skal kunne komme tilbake i arbeid så fort som mulig, og finne løsninger som vil forhindre fremtidig sykefravær. Det er sikker rett at arbeidsgiver må ha oppfylt sin tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6 for at arbeidstakers sykdom kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse. Arbeidsgiver er den ressurssterke part, og har en alminnelig omsorgsplikt overfor arbeidstaker. Når arbeidstaker er syk innebærer omsorgsplikten å aktivt følge opp arbeidstaker. Det er imidlertid ikke bare arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge som får betydning i en oppsigelsesvurdering. Det stilles også krav til arbeidstakers medvirkning.⁸⁵ Arbeidstakers fremtidige prognose for å kunne fortsette i stillingen er et relevant vurderingstema. Der arbeidstakers utsikter til fremtidig bedring er dårlige, kan dette gi klare holdepunkter for at arbeidstaker «*ikke lenger fyller stillingen*». Endelig må bevisbyrden klargjøres. Disse forholdene gjøres rede for under punkt 4.2, 4.3, 4.4 og 4.6. Andre relevante momenter som kan ha betydning for om oppsigelsen er saklig og velbegrunnet redegjøres for under punkt 4.5.

4.2 Tilretteleggingsplikten ved arbeidstakers hyppige sykefravær

En arbeidstaker som stadig blir syk, står i fare for å falle utenfor arbeidslivet. I forarbeidene fremheves det at arbeidsgiver i slike tilfeller har en omfattende plikt til å legge til rette for og gjennomføre tiltak med sikt på å få en arbeidstaker med redusert arbeidsevne tilbake i arbeid.⁸⁶ Der plikten ikke oppfylles, vil dette tale for at en oppsigelse ikke er saklig.

Tilretteleggingsplikten er derfor et sentralt vurderingstema ved spørsmålet om hyppige sykefravær utgjør saklig grunn til oppsigelse.⁸⁷

Tilretteleggingsplikten er lovfestet i aml § 4-6. Her fremgår det at arbeidsgiver må iverksette nødvendige tiltak for å legge til rette for at arbeidstaker får beholde arbeidet «*så langt det er mulig*».⁸⁸ Eventuelt skal arbeidstaker «*få et passende arbeid*».⁸⁹ Bestemmelsen er vidt formulert, og kommer til anvendelse både ved alvorlige og mindre alvorlige sykdomstilfeller. Tilretteleggingsplikten innebærer imidlertid ikke at arbeidsgiver må opprette en ny stilling til arbeidstaker. Hvilke tiltak som mer spesifikt må settes i gang beror ifølge forarbeidene på en

⁸⁵ Prop 89 L s. 54.

⁸⁶ NOU 2004: 5 s. 313.

⁸⁷ Skarning (2016) s. 127.

⁸⁸ Aml. § 4-6 første ledd.

⁸⁹ L.c.

konkret helhetsvurdering der det legges vekt på blant annet virksomhetens art, størrelse, økonomi, hensynet til de andre ansatte og arbeidstakers forhold.⁹⁰

Arbeidsgiver pålegges etter aml. § 4-6 tredje og fjerde ledd å utarbeide en oppfølgingsplan innen fire uker og å innkalle til dialogmøte innen syv uker, med mindre dette fremstår som «åpenbart unødvendig» sett opp mot bedriftens økonomiske ressurser og størrelse generelt.⁹¹ Ved hyppige sykefravær vil arbeidstaker ofte være tilbake i jobb før arbeidsgivers lovpålagte frister for gjennomføringen av disse oppfølgings tiltakene utløper. Når en ser de kortvarige sykefraværene hver for seg kan det virke urimelig å pålegge arbeidsgiver store kostnader til ombygging eller innkjøp⁹² og tilrettelegging kan anses som lite hensiktsmessig å gjennomføre. Disse faktorene taler for at arbeidsgiver har en mindre vidtrekkende tilretteleggingsplikt ved kortvarige sykefravær enn ved langvarige, hvis ikke årsakene til fraværene skyldes samme forhold.

Bestemmelsens formulering,⁹³ og lovens generelle krav til å «forebygge skader og sykdommer»⁹⁴ taler imidlertid for at tilrettelegging også er nødvendig ved sykefravær av kortere varighet, selv om disse fraværene enkeltvis ikke medfører risiko for at arbeidstaker skal falle ut av arbeidslivet. Tilrettelegging er også viktig for å minimere ulempene fraværet påfører de øvrige ansatte i virksomheten. Fanebust fremhever at tilretteleggings- og omplasseringsplikten er sentral i oppsigelsesvurderingen der sykefraværene samlet sett utgjør et omfattende fravær.⁹⁵ Jeg vil illustrere nærmere hvordan tilretteleggingsplikten er vektlagt konkret under punkt 4.5.4 av oppgaven.

4.3 Arbeidstakers medvirkningsplikt

4.3.1 Medvirkningspliktens omfang

Et viktig tema i arbeidet med ny arbeidsmiljølov var å forebygge sykefravær. Medvirkning fra arbeidstaker selv var et av momentene som hadde særlig betydning i denne sammenheng.⁹⁶

⁹⁰ Prop.89 L (2010–2011) s. 13

⁹¹ Aml. § 4-6 tredje ledd.

⁹² Allstrin (2012) s. 176.

⁹³ «så tidlig som mulig» jf. aml. § 4-6 tredje ledd annet punktum.

⁹⁴ Aml. § 4-1 annet ledd.

⁹⁵ Fanebust (2017) s. 202.

⁹⁶ NOU 2004: 5 s. 195-196.

Arbeidstaker har etter arbeidsavtalen en alminnelig lojalitetsplikt som omfatter at han ved sykdom skal bidra aktivt til å komme tilbake i arbeid.⁹⁷ Dette følger forutsetningsvis av ftrl. §§ 8-8 og 21-8 og aml. § 2-3 bokstav f og g. Plikten gjelder så lenge arbeidstaker ikke har «rimelig grunn» til å motsette seg å samarbeide.⁹⁸ Ordlyden av «rimelig grunn» tilsier at det skal mye til for at arbeidstaker kan motsette seg å samarbeide med arbeidsgiver.

Medvirkningspliktens formål er å oppfordre arbeidstaker til selv å bidra aktivt for å komme tilbake i arbeid.⁹⁹ Der arbeidstaker ikke medvirker kan det skape samarbeidsproblemer og forhindre arbeidsgivers tilrettelegging. Ifølge forarbeidene vil arbeidstakers mangel på samarbeidsvilje ved eget sykefravær begrense arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter aml. § 4-6, med mindre arbeidstaker har «rimelig grunn».¹⁰⁰

Arbeidstakers medvirkningsplikt ved sykefravær består i praksis av at arbeidstaker «medvirker [til tilretteleggingen] og opplyser om sin funksjonsevne».¹⁰¹ Selv om arbeidstaker plikter å opplyse om funksjonsevne,¹⁰² må opplysningsplikten avgrenses mot arbeidstakers rett til taushet/diskresjon. For eksempel har arbeidstaker «rimelig grunn» til å unnlate å opplyse om medisinsk diagnose, da funksjonsevnen vanligvis gir tilstrekkelig informasjon om restarbeidsevne til at arbeidsgiver kan oppfylle sin tilretteleggingsplikt.¹⁰³ Videre må arbeidstaker «medvirke» til tilretteleggingen ved å gjøre det han kan for å komme tilbake i arbeid.¹⁰⁴ Der en mekaniker for eksempel utfører private bilreparasjoner i sykemeldingsperioden,¹⁰⁵ kan det bli tale om brudd på medvirkningsplikten dersom det er holdepunkter for at arbeidet kan forsinke rehabiliteringen.¹⁰⁶

Der arbeidstaker mangler «rimelig grunn,» men likevel motsetter seg å samarbeide, risikerer vedkommende å miste retten til sykepengen etter ftrl. § 8-8 annet ledd. I LH-1997-00889 la lagmannsretten til grunn at prinsippene i ftrl § 21-8 om medvirkning «er å anse som et generelt prinsipp i arbeidsforhold». Ifølge lagmannsrettspraksis og juridisk teori kan også

⁹⁷ Skarning (2019) s. 73.

⁹⁸ Ot.prp.nr.18 (2002-2003) s.11; ftrl. § 8-8 annet ledd.

⁹⁹ Skarning (2019) s. 73.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s.11.

¹⁰¹ Aml. § 2-3 første ledd; ftrl. § 8-8 første ledd.

¹⁰² Ftrl. § 8-8 første ledd annet punktum.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 11.

¹⁰⁴ Skarning (2019) s. 73.

¹⁰⁵ LB-2006-114896.

¹⁰⁶ Dege (1997) s. 391.

manglende medvirkning gi grunnlag for oppsigelse.¹⁰⁷ Dette forutsetter at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er oppfylt ettersom det er arbeidsgiver som har hovedansvaret ved oppfølgingen ved sykefravær.¹⁰⁸ Arbeidstakers manglende medvirkning må dessuten ha ført til ulemper for bedriften. Bevissspørsmål medfører imidlertid at oppsigelse på et slikt grunnlag vanskelig kan føre fram. Dette ble illustrert i Miljøterapeut-saken¹⁰⁹ hvor retten vurderte om en oppsigelse begrunnet i manglende medvirkning ved sykefravær var gyldig. De kom til motsatt konklusjon på grunn av mangelfull tilrettelegging fra arbeidsgivers side. Dommen viser at manglende medvirkning under særlige omstendigheter kan utgjøre oppsigelsesgrunn. Dette er særlig av betydning der arbeidstakeren burde opptrådt tydeligere «*og at han sterkt kan klandres for dette*».¹¹⁰

Arbeidsgiver må for øvrig ha tatt initiativ til dialog med arbeidstaker med sikte på at arbeidstaker skal kunne komme tilbake i arbeid før oppsigelse blir vurdert.¹¹¹ Arbeidsgiver er i utgangspunktet den ressurssterke part, og styrkeforholdet blir ytterligere forsterket ved at arbeidstaker er syk. Det er derfor naturlig at arbeidsgiver skal være den mest aktive part.¹¹² At den syke arbeidstaker ikke medvirker, kan derfor ikke sies å være like klanderverdig som der arbeidsgiver ikke tilrettelegger. Dette taler for at det skal mye til for at manglende medvirkning i seg selv utgjør saklig grunn til oppsigelse.

Manglende medvirkning vil likevel være et relevant moment i saklighetsvurderingen ved hyppige sykefravær ifølge rettspraksis og teori.¹¹³ Ettersom tilstrekkelig tilrettelegging er et vilkår for gyldig oppsigelse, vil manglende medvirkning fra arbeidstakers side bidra til å senke terskelen for oppsigelse. Under punkt 4.5.4 gjør jeg nærmere rede for hvordan manglende medvirkning påvirker rimelighetsvurderingen i praksis.

4.3.2 Arbeidstakers medvirkningsplikt i verneperioden

Det kan stilles spørsmål om § 15-8 verner arbeidstaker mot at den manglende medvirkningen kan få betydning i en oppsigelsesvurdering. Hvis en arbeidstaker har psykiske lidelser og på grunn av dette stadig har fravær, er for syk til å ta telefon når arbeidsgiver ringer eller ikke

¹⁰⁷ Allstrin (2012) s. 185; LB-2013-178053.

¹⁰⁸ Jf. ordlyden av aml. §§ 4-6 og 2-1.

¹⁰⁹ LB-2013-178053.

¹¹⁰ l.c.

¹¹¹ Skarning (2019) s. 49.

¹¹² Jf. Aml. § 2-1.

¹¹³ Skarning (2019) s. 74.

møter/svarer på innkallinger til dialogmøter, foreligger en situasjon der arbeidstaker *på grunn av* sykdommen ikke oppfyller sin medvirkningsplikt.

Ifølge forarbeidene må det «foreligge omstendigheter som helt uavhengig av sykefraværet gir saklig grunn for oppsigelse»¹¹⁴ når arbeidstaker blir sagt opp i verneperioden som følger av § 15-8. Forarbeidsuttalelsen gir anvisning på at arbeidsgiver har en streng bevisbyrde for å sannsynliggjøre at oppsigelsen er begrunnet i andre forhold enn sykefraværet.

I LB-2002-2867 var arbeidstakeren sykemeldt i fem uker uten å kommunisere dette til arbeidsgiveren utover én tekstmelding. Uvissheten angående fraværets lengde var problematisk for arbeidsgiveren og arbeidstakeren ble sagt opp på grunn av manglende medvirkning. Retten kom til at oppsigelsen var saklig. Hva gjaldt § 15-8,¹¹⁵ ble det uttalt:

«Lagmannsretten finner i nærværende sak tilstrekkelig sannsynliggjort at B ikke ble sagt opp på grunn av sykefraværet, men utelukkende på grunn av hans manglende informasjon/kommunikasjon under fraværet. Forholdet rammes derfor ikke av begrensningen i § 64»

Rettsanvendelsen viser at det ble lagt stor vekt på medvirkningspliktens formål om å unngå at arbeidstaker forholder seg passiv i sykemeldingsperioden. Retten drøftet ikke nærmere om den manglende medvirkningen skyldtes sykdommen, og dommen gir følgelig uttrykk for at manglende medvirkning kan vektlegges i en oppsigelsesvurdering uavhengig av om den har sitt opphav i sykdommen. Det er verdt å merke seg at dette er en eldre underrettsdom, noe som taler for at dommen har begrenset rettskildeverdi, se punkt 1.5.

I Hurtigrutedommen¹¹⁶ tillia retten derimot betydelig vekt at udyktighetserklæringen som utgjorde oppsigelsesgrunnlaget hadde sitt opphav i arbeidstakerens sykdom. Dommen endte som nevnt med ugyldig oppsigelse. I dommen uttales det:

«I og med at det var de samme ankelplagene som forårsaket tapet av helseattesten og som var årsak til arbeidsuførheten, taler etter min mening ordlyden i § 14 nr. 1 og nr. 2 for at A på

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 41 (1975-1976) s. 76

¹¹⁵ Som nevnt under punkt 3.2.3 har den tidligere regelen samme innhold som dagens aml. § 15-8.

¹¹⁶ Rt. 2011 s. 596.

tidspunktet for oppsigelsen var underlagt det særskilte stillingsvernet som følger av bestemmelsen.»¹¹⁷

Uttalelsen gir uttrykk for at der oppsigelsen bygger på forhold som er begrunnet i arbeidstakers sykdom, stenger ordlyden i § 15-8 for oppsigelse. Dette er i tråd med bestemmelsens formål om at en syk arbeidstaker skal være vernet mot å bli oppsagt på grunn av forhold som kan ha sammenheng med sykdommen. Saken gjaldt ikke medvirkningsplikt, men gir uttrykk for en høy terskel for å vektlegge forhold som har tilknytning til sykdommen/skaden i oppsigelsesvurderingen der arbeidstaker i utgangspunktet er vernet av § 15-8. Det er derfor tvilsomt om arbeidstakers manglende medvirkning i verneperioden vil kunne vektlegges i en oppsigelsesvurdering, dersom sykdommen har vært til hinder for medvirkningen. Sett i lys av Høyesteretts rettsanvendelse i Hurtigrutedommen,¹¹⁸ vil det per dags dato være nødvendig å ikke bare vurdere om en oppsigelse er begrunnet i arbeidstakers sykdom, men også om oppsigelsen er begrunnet i forhold som står i nær sammenheng med sykdommen, eksempelvis manglende medvirkning.

Hurtigrutedommen kan tas til inntekt for at aml. § 15-8 gir arbeidstaker vern mot at hans manglende medvirkning kan få betydning i en oppsigelsesvurdering. Forutsetningen er at den manglende medvirkningen er begrunnet i sykdommen.

4.4 Fremtidsutsikter

For vurderingen av om sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse, er prognosen for arbeidstakers fremtidige sykefravær et sentralt moment.¹¹⁹ Spørsmålet blir når arbeidstakers helse medfører at han «*ikke lenger fyller stillingen*».¹²⁰ Her kan det være relevant å vurdere arbeidstakers konkrete utsikter til bedring, men også når arbeidstakers tidligere sykefravær er av et slikt omfang at vedkommende sannsynligvis også vil ha et like omfattende sykefravær i fremtiden. Dommene som omtales nedenfor benyttes for å illustrere betydningen av arbeidstakers fremtidsutsikter i oppsigelsesvurderingen.

¹¹⁷ Se dommens avsnitt 55.

¹¹⁸ Rt. 2011 s. 596.

¹¹⁹ Skarning (2019) s. 130.

¹²⁰ NOU 2004: 5 s. 315.

Saken i LF-2013-5417 («Lærerinne-saken») omhandler oppsigelsesadgangen ved hyppige sykefravær. Saken gjaldt en lærerinne som ble sagt opp etter et arbeidsforhold på seks år. I denne perioden hadde hun hatt et gjennomsnittlig fravær som til sammen utgjorde 74 prosent av undervisningstiden hvert skoleår. Oppsigelsen ble først kjent ugyldig av tingretten. Lagmannsretten kom til motsatt resultat og frifant arbeidsgiver.

Retten fant at lærerinnen hadde hatt et *«uforholdsmessig høyt sykefravær over mange år»*, og at *«kommunens/skolens bestrebelser gjennom en lang tidsperiode»* var *«preget av et oppriktig ønske om å få A til å fungere i stillingen»*.

I vurderingen av arbeidstakerens fremtidsutsikter ble det lagt vekt på omfanget av tidligere fravær, og over hvor lang periode sykefraværene hadde forekommet. Ettersom arbeidstakeren hadde hatt hyppige sykefravær gjennom hele arbeidsforholdet, talte dette for fravær av samme omfang også i fremtiden. Vedrørende vurderingen av lærerinnens fremtidsutsikter ble det i forlengelsen av dette uttalt:

«Lagmannsretten er enig med tingretten i at utsiktene til en tilfredsstillende bedring i fraværssituasjonen på sikt, ikke kan anses gode.»

Det samme synspunkt kommer til uttrykk i LG-2016-101949 (Maersk). Her var også arbeidstakerens fremtidsutsikter et relevant moment i oppsigelsesvurderingen. Avgjørelsen er per dags dato den seneste avgjørelsen som godtar oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær. Saken gjaldt en arbeidstaker som tjenestegjorde på en oljeplattform. Av ulike grunner var arbeidstaker sykemeldt i gjennomsnitt i 32,3 prosent av hele sin periode som ansatt i Maersk fra 1995 til 2015.

Lagmannsretten la avgjørende vekt på om *«utsiktene til framtidige sjukefråvær er av eit slikt omfang at det på tidspunktet for oppseiinga ga sakleg grunn for oppseiing»* og at det måtte foretas en *«totalvurdering av framtidsutsiktene (..) ut frå historia om A sine fråvær gjennom heile arbeidsforholdet»*.

I saken erklærte arbeidstakeren seg selv frisk. Retten tilla dette vekt, men det fikk likevel ikke betydning i totalvurderingen da det også hadde *«vore gode periodar før, men det har likevel ført til nye situasjoner med sykemeldingar»*. Dette viser at arbeidstakerens egen oppfatning av fremtidig sykefravær etter omstendighetene kan tillegges vekt i vurderingen som ett av flere momenter.

I LB-2019-74520 («Montør-saken») var det spørsmål om oppsigelsen av en montørleder var usaklig. Oppsigelsen var ikke direkte begrunnet i hyppige sykefravær, men dommen inneholder synspunkter som er relevante når det gjelder betydningen av fremtidig sykefravær i en oppsigelsesvurdering. Retten fant at de tidligere helseutfordringene «ikke (hadde) noen betydning for fremtidig arbeidskapasitet», og at «det ikke var forhold som tilsa at A ikke skulle være skikket til å montørjobben.». Videre uttalte retten at det var tale om «forskjellige medisinske årsaker» som ikke lenger medførte reduksjon av arbeidsevnen.

Avgjørelsen viser at det er et relevant moment hvorvidt sykdommen er av varig karakter. Dette samsvarer med hensynet om at arbeidstaker ikke kan sies opp på grunn av sitt foregående sykefravær isolert sett, men at det må foreligge konkrete holdepunkter for at vedkommende også i fremtiden vil ha et høyt sykefravær.¹²¹ Der det er klare holdepunkter for at arbeidstaker vil komme tilbake i arbeid etter en viss periode, for eksempel etter en planlagt operasjon, vil dette tale mot en oppsigelse.¹²²

Der prognosene derimot er uklare, og det ikke er forhold som tyder på fremtidig bedring, taler det for oppsigelse.¹²³ I *Maersk*¹²⁴ fant retten at «Sjølvs om det har vore ulike årsaker til sjukefråværa, er omfanget av slik karakter at det gjev inntrykk av at A si helse generelt sett er svak. Ser ein på dei opplysningane om årsakene til dei ulike sjukefråværa, gjev det eit inntrykk av at A har gjennomgåande plager som slitasjeskader knytt til muskel og skjelett.» Arbeidstakerens omfattende helseplager fremgikk også av fastlegens og bedriftslegens referater. Av disse fremgikk det at arbeidstakeren hadde helsemessige utfordringer som «ikke er forenlig med den jobben han har», og at det var en «reell fare for at han ville falle ut etter en tid». Videre viste retten til at det hadde «teikna seg et mønster med jamlege fråvær frå 1995 frametter.» I forlengelsen av dette ble det fremhevet at det «ikkje hadde skjedd endringar i hans lyter/helsemessige utfordringar».

Dommen viser at det er relevant å vektlegge arbeidstakers tidligere sykefravær og sakkyndiges uttalelser om fremtidsutsiktene. Der disse peker i retning av at arbeidstaker vil ha fravær av omtrent samme omfang også i fremtiden, er dette av betydning for

¹²¹ Skarning (2019) s. 130.

¹²² Jakhelln (2017) s. 1137.

¹²³ l.c.

¹²⁴ LG-2016-101949.

rimelighetsvurderingen. I forlengelsen av dette er det også relevant å vurdere om det har skjedd endringer i arbeidstakers helse som kan tilsi en fremtidig forbedring.

Felles for dommene var at arbeidstakerne hadde et omfattende sykefravær over mange år, og at dette ble lagt vekt på i vurderingen av arbeidstakers fremtidige arbeidsevne. Sakene viser viktigheten av sakkyndiges vurderinger og arbeidstakers egen oppfatning av sin sykdom. At dette er viktige momenter er også lagt til grunn av Nicolay Skarning.¹²⁵ Dersom arbeidstaker vurderes å ha en dårlig prognose når det gjelder fremtidig arbeidsevne, tyder dette på at vedkommende ikke lenger fyller stillingen sin.¹²⁶ Dommene gir uttrykk for nyere og konsekvent lagmannsrettspraksis med støtte i juridisk teori. I lys av at det ikke finnes høyesterettspraksis på området har lagmannsrettsdommene derfor betydelig rettskildeverdi.¹²⁷

4.5 Rimelighetsvurderingen

4.5.1 Innledning

Etter å ha sett på temaene som er behandlet under punkt 4.2, 4.3 og 4.4, blir neste spørsmål *«om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.»*¹²⁸ I dette avsnittet redegjøres det for momenter som etter forarbeider og rettspraksis inngår i den omfattende rimelighetsvurderingen.

Rimelighetsvurderingen skal fungere som en sikkerhetsventil mot at det foretas en uforholdsmessig og urimelig oppsigelse.¹²⁹

Der oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers hyppige sykefravær, er formålet med helhetsvurderingen å avklare om det synes rimelig at de konkrete forhold ved saken kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse.¹³⁰ Ettersom sykdom er et forhold arbeidstaker vanligvis ikke kan bebreides for, blir avveiningen mellom partenes interesser mer kompleks enn der arbeidstaker har brutt en forpliktelse, interne instruksjoner, rutiner e.l. med viten og vilje.

¹²⁵ Skarning (2019) s. 130.

¹²⁶ NOU 2004: 5 s. 315.

¹²⁷ Se punkt 1.5.

¹²⁸ Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

¹²⁹ Se for eksempel Rt. 2001 s. 1589.

¹³⁰ NOU 2004: 5 s. 315.

I saker som gjelder langvarige sykefravær har arbeidsgiver en mer åpenbar grunn til å vurdere oppsigelse i form av *ett* langvarig sykefravær, i motsetning til ved hyppige sykefravær.

Fanebust argumenterer for at arbeidsgiver i utgangspunktet kan si opp arbeidstaker på grunn av langvarig sykefravær, så sant tilretteleggings- og medvirkningsplikten er oppfylt.¹³¹

Rimelighetshensyn taler for at arbeidsgivers forpliktelser ved arbeidstakers sykdom bør falle bort etter ett år.¹³²

Ved kortere sykefravær påfører ikke nødvendigvis hvert enkelt fravær arbeidsgiver store praktiske og/eller økonomiske ulemper. Samlet kan de derimot by på store utfordringer. En mer omfattende rimelighetsvurdering er derfor på sin plass for å kunne legge til grunn at oppsigelsen er saklig.

Ifølge forarbeidene skal det blant annet legges vekt på om tilretteleggingen er tilstrekkelig, bedriftsøkonomiske hensyn og størrelsen på bedriften.¹³³

Senere avgjørelser fra lagmannsretten viser at hyppige sykefravær kan oppfylle saklighetskravet. Sakenes karakter tilsier at rettens vurderinger nødvendigvis må gjøres konkrete for hver enkelt sak. Dette gjør det vanskelig å oppstille generelle vurderingsmomenter som gjelder for denne type saker. Nyere og eldre lagmannsrettspraksis viser likevel at det er visse forhold som er særlig relevante å vektlegge i rimelighetsvurderingen, i tillegg til de forhold som fremgår av forarbeidene. I det følgende vil jeg redegjøre for de mest sentrale momentene.

4.5.2 Fraværets omfang

Oppsigelse kan i utgangspunktet ikke være en reaksjon på tidligere høyt sykefravær. Arbeidstaker har rett til å være sykemeldt i inntil ett år uten at det medfører oppsigelse, jf. aml. § 15-8. Likevel kan omfanget av arbeidstakers sykefravær over en periode tale for oppsigelse der det klart overstiger det fravær arbeidsgiver normalt må regne med.¹³⁴ Dette kan peke i retning av at arbeidstaker «*ikke lenger fyller stillingen*».¹³⁵ Et eksempel kan være at arbeidstaker utfører arbeidet på en tilfredsstillende måte og er godt likt av kolleger, men

¹³¹ Fanebust (2017) s. 202.

¹³² Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 232.

¹³³ NOU 2004: 5 s. 315.

¹³⁴ Nicolay Skarning (2019) s. 13.

¹³⁵ NOU 2004: 5 s. 315.

hennes høye fravær skaper isolert sett så store problemer for bedriften at det blir spørsmål om oppsigelse.

I RG-1985-577 førte en bilmekanikers fravær både til økonomisk tap for bedriften, og til en stor belastning for de øvrige ansatte. Ved vurderingen fremholdt retten at «*[e]n arbeidsgiver må være forberedt på at en arbeidstaker unntaksvis kan ha et langvarig fravær eller at fraværet i løpet av f.eks. et år overstiger det som måtte være gjennomsnittlig fravær (...) uten at dette vil betinge en saklig oppsigelse.*» Retten fant at oppsigelsen likevel var saklig blant annet fordi det var snakk om en tilsynelatende «*permanent*» situasjon, slik at det virket sannsynlig at arbeidstaker ville ha et sykefravær av tilsvarende omfang også i fremtiden. I totalvurderingen la retten også vekt på andre hensyn, som den økonomiske belastningen for bedriften og belastningen for de øvrige ansatte.

Dommen var hovedsakelig begrunnet i omfattende og gjentatte sykefravær. Forøvrig viser dommen at sykefraværet ikke alene var grunnlaget for oppsigelsen, men også andre momenter. Dommen understreker at det skal mye til for at sykefravær isolert sett utgjør saklig grunn til oppsigelse. Videre forutsettes det holdepunkter for at sykefraværet vil være på samme høye nivå i fremtiden, se punkt 4.4.

I Lærerinne-saken¹³⁶ hadde lærerinnen i løpet av en periode på seks år hatt en fraværspersent på 74 prosent. Ved rimelighetsvurderingen påpekte retten at lærerinnens fravær var «*uvanlig omfattende*», og retten godtok oppsigelsen fordi arbeidstakeren hadde hatt et «*uforholdsmessig høyt sykefravær over mange år*». Retten konkluderte altså med at lærerinnens omfattende fravær, sett i sammenheng med forventet fremtidig fravær og øvrige momenter, utgjorde saklig grunn til oppsigelse.

I *Maersk*¹³⁷ hadde oljeplattformarbeideren et gjennomsnittlig sykefravær på 32,3 prosent i hele ansettelsestiden på 20 år, og fraværet hadde vært økende i omfang de siste årene. Retten påpekte at fraværet hele ansettelsesforholdet var «*uvanleg omfattende*» og la vekt på omfanget av fraværet som et moment av flere i oppsigelsesvurderingen.

Etter en gjennomgang av de ovennevnte dommene, er det grunnlag for å hevde at hyppige og omfattende sykefravær alene kan tillegges atskillig vekt ved rimelighetsvurderingen.

¹³⁶ LF-2013-5417.

¹³⁷ LG-2016-101949.

Forutsetningen er at fraværene må vedvare over tid, og det må foreligge holdepunkter for at det vil være fravær av noenlunde samme omfang i fremtiden som på oppsigelsestidspunktet. Det er likevel vanskelig å trekke opp en generell grense for når sykefraværet er av et slikt omfang at oppsigelse er en naturlig reaksjon. Hyppige sykefravær må i alle fall føre til problemer for bedriften, som ikke kan løses ved tilrettelegging eller andre tiltak. Oppsummert taler sakene for at sykefravær som over en lang periode har utgjort fravær på 30 prosent eller mer, alene kan tillegges vesentlig vekt i en rimelighetsvurdering. Som tidligere vist til har lagmannsrettsdommene betydelig rettskildeverdi. I de fleste praktiske tilfeller der oppsigelsen er begrunnet i hyppige sykefravær har også andre faktorer påvirket rimelighetsvurderingen. Disse forholdene vil jeg i det følgende gjøre rede for.

4.5.3 Samarbeidsvansker og konflikt

Hyppige sykefravær kan i praksis skape konflikt på grunn av de ulempene dette påfører kolleger og arbeidsgiver. Andre arbeidstakere må for eksempel ta over arbeidsoppgaver, jobbe overtid mv. i kraft av arbeidsgivers styringsrett. En allerede syk arbeidstaker kan for øvrig bli enda sykere av konflikt, noe som kan føre til et mer omfattende sykefravær.¹³⁸ Der arbeidstakers sykefravær stadig skaper konflikt, viser eksempler fra rettspraksis at dette ofte har en sammenheng med arbeidstakers evne til samarbeid.¹³⁹ Både arbeidstakers samarbeidsevne og konfliktskapende adferd er derfor naturlige momenter i en rimelighetsvurdering. Om vektingen er til arbeidsgivers eller arbeidstakers fordel kommer an på omstendighetene, slik jeg vil redegjøre for under dette punktet.

Arbeidsgiver er pålagt hovedansvaret for at det psykososiale arbeidsmiljøet er godt, og må aktivt bidra til dette.¹⁴⁰ Dette følger av aml. §§ 4-1 og 4-3. Der arbeidsgiver ikke oppfyller denne plikten, skal det følgelig mer til for å vektlegge arbeidstakers konfliktskapende opptreden og manglende evne til samarbeid i en oppsigelsesvurdering.¹⁴¹

Arbeidstakers alminnelige lojalitetsplikt medfører at arbeidstaker må opptre på en måte som ikke skader samarbeidsforholdene i bedriften.¹⁴² Samarbeidsvansker kan i seg selv utgjøre

¹³⁸ Se for eksempel HR-2018-2344-A avsnitt 32. Høyesterett la til grunn at konflikt er gyldig sykefraværsgrunn dersom konflikten utvikler seg til sykdom i medisinsk forstand.

¹³⁹ LF-2013-5417.

¹⁴⁰ Jf. aml. § 2-1.

¹⁴¹ Se eksempelvis LA-2014-15802.

¹⁴² Storeng (2016) s. 529-530.

oppsigelsesgrunn der arbeidstaker kan bebreides i særlig grad.¹⁴³ Videre kan arbeidsgiver ha plikt til å si opp arbeidstakere som er ansvarlige for konflikt på arbeidsplassen.¹⁴⁴

Forutsetningen er at problemene er av en slik karakter at de kan forringe arbeidsmiljøet på arbeidsplassen, at arbeidsgiver har forsøkt å løse problemene forut for oppsigelsen og at arbeidstaker kan bebreides.¹⁴⁵

I Lærerinne-saken¹⁴⁶ var en av oppsigelsesgrunnene «*store samarbeidsvansker*» mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren/kolleger. Bevisførselen viste at arbeidstakeren kunne bebreides for å ha påført kolleger merarbeid. Ved spontane fravær hadde hun «*ikke synes å ha bidratt tilstrekkelig med tilrettelegging for vikarene som da kom inn. For skoleledelsen og for hennes kolleger på trinnet må situasjonen følgelig ha vært vanskelig med den usikkerheten som da oppstod*». Lærerinnen hadde videre hatt en «*negativ innstilling til de initiativ og forslag skolen kom opp med*». Motsetningsvis hadde arbeidsgiveren forsøkt å løse problemene med arbeidstakeren i 21 møter. Retten fant ikke dekning for arbeidstakerens negative beskrivelse av arbeidsmiljøet, eller at hun følte seg lite velkommen på skolen: «*Tvert imot synes ledelsen og kollegene å ha strukket seg langt i retning av å få henne til å fungere*». Vurderingen viser at retten veide arbeidstakerens samarbeidsproblemer opp mot de øvrige ansattes gjentatte forsøk på å få arbeidsforholdet til å fungere.

I *Asko Øst*¹⁴⁷ var spørsmålet om en lagerarbeider kunne bli sagt opp på grunn av både hyppige og langvarig sykefravær. Oppsigelsen ble opprettholdt som saklig. I saken hadde det oppstått konflikt mellom arbeidstakeren på den ene siden, og de øvrige ansatte og arbeidsgiveren på den andre siden.

Arbeidstakeren hevdet at han ble mobbet på arbeidsplassen, og at arbeidsforholdet var preget av konflikt. Retten fant det imidlertid bevist at arbeidsgiveren hadde tatt tak i problemet så snart han ble kjent med det. Det hadde også oppstått konflikt fordi arbeidstakeren mente arbeidsgiveren hadde manipulert ordresystemet med konsekvenser for arbeidstakerens lønn. Retten fant ikke dette bevist, og la vekt på at ingen andre ansatte hadde samme mistanke, samt at arbeidstakeren hadde fått mulighet til å inspisere ordresystemet. Arbeidsgiver hadde videre

¹⁴³ Storeng (2016) s. 529-530.

¹⁴⁴ Jakhelln (2017) s. 798.

¹⁴⁵ Storeng (2016) s. 530.

¹⁴⁶ LF-2013-5417.

¹⁴⁷ LB-2018-24869-2.

reagert saklig og rimelig på arbeidstakerens anførsler, og kommet disse i møte så godt han kunne.

Avgjørelsene viser at gjentatte konflikter på grunn av sykefraværet er relevant i rimelighetsvurderingen ved sykefravær. Det er av betydning hvem av partene som forårsaker konflikten, og hvem som forsøker å løse den. Arbeidsgiver har en særlig plikt til å forebygge konflikter på arbeidsplassen,¹⁴⁸ og forsømmelse av plikten hever terskelen for oppsigelse. Der arbeidstaker har utvist manglende samarbeidsevne og kan bebreides for dette, peker dette derimot i retning av oppsigelse. Her er det av betydning i hvilken grad konflikten og samarbeidsvanskene har skapt vanskeligheter for arbeidsgiver.

4.5.4 Tilretteleggingsplikten og medvirkningsplikten

Tilretteleggingsplikten og medvirkningsplikten er som påpekt ovenfor i punkt 4.2 og 4.3, sentrale momenter i en oppsigelsesvurdering begrunnet i sykefravær. I det følgende vil jeg se hvordan momentene vektlegges i rimelighetsvurderingen i praksis.

I *Askø Øst*¹⁴⁹ uttalte lagmannsretten at der «*arbeidsmiljøet er årsak til helseplagene*» er «*arbeidsgivers tilretteleggingsplikt dermed «...» utvidet*». I denne saken var det ikke dekning for å legge til grunn at helseplagene skyldtes arbeidsmiljøet, men uttalelsen viser at det skal tas hensyn til årsaksforholdet i vurderingen. Det ble videre understreket at Askø Øst hadde tilrettelagt i tilstrekkelig grad ovenfor arbeidstakeren. Når arbeidstakerens sykefravær forble uendret, og en fortsettelse av arbeidsforholdet gikk «*på bekostning av de andre ansatte*», la retten til grunn at oppsigelsen var saklig.

Ved vurderingen av bedriftens plikt til tilrettelegging, må det ellers ses hen til virksomhetens ressurser og størrelse.¹⁵⁰ I LF-2018-185451 var det klart at arbeidstakeren ikke kunne gjeninntrø i stillingen sin på grunn av helsesituasjonen. Spørsmålet ble derfor om arbeidsgiveren (kommunen) hadde gjort nok for å omplassere arbeidstakeren til annet passende arbeid. På grunn av at kommunen var en «*stor offentlig virksomhet*» hvor det har formodningen for seg at slike omplasseringsmuligheter foreligger, var saklighetskravet ikke

¹⁴⁸ Fougner og Holo (2006) s. 220; aml. § 4-3.

¹⁴⁹ LB-2018-24869-2.

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 309.

oppfylt. Det var også av betydning for vurderingen at arbeidstakeren hadde vært *«omstillingsvillig og tilpasningsdyktig»*.

I LB-2013-178053 var spørsmålet om tilretteleggingsplikten og medvirkningsplikten var oppfylt. Oppsigelsen var begrunnet i at arbeidsgiveren hadde unnlatt å medvirke til tilbakeføring til arbeidslivet etter lang tids sykefravær. Retten tilla vekt at arbeidstakeren *«burde ha opptrådt tydeligere og gitt klarere tilbakemeldinger (...) og at han sterkt kan klandres for dette.»* Arbeidstakeren hadde altså ikke oppfylt sin medvirkningsplikt. Likevel måtte arbeidstakerens opptreden *«imidlertid vurderes i lys av hans sykdom og kommunens mindre vellykkede tiltak særlig i den første fasen av sykemeldingsperioden.»* Retten fant på bakgrunn av dette at arbeidsgiveren ikke hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt, noe som ble avgjørende for at oppsigelsen ble kjent ugyldig.

I Lærerinnen-saken¹⁵¹ hevdet arbeidsgiveren at lærerinnen ikke hadde oppfylt sin medvirkningsplikt. Lærerinnen anførte på sin side at arbeidsgiveren ikke hadde tilrettelagt tilstrekkelig. Retten fant at *«kommunens/skolens bestrebelser gjennom en lang tidsperiode å ha vært preget av oppriktig ønske om å få A til å fungere i stillingen ved X skole. På sin side har hun ved flere anledninger vist en negativ innstilling til de initiativ og forslag skolen kom opp med. Liten vilje til i større grad å prøve gradert sykmelding har også vært typisk for henne.»* Ettersom lærerinnen i liten grad bidro til å legge til rette for dette, uttalte retten at situasjonen for kolleger og skoleledelsen *«følgelig [må] ha vært vanskelig med den usikkerheten som da oppstod»*. Retten konkluderte med at kommunen hadde overholdt sin tilretteleggingsplikt, men at lærerinnens medvirkningsplikt ikke var oppfylt.

I *Maersk*¹⁵² ble det vektlagt at arbeidstakeren hadde avvist tilbud om andre stillinger i bedriften med mindre fysisk arbeid. Videre hadde *«Maersk møtt på særskilte utfordringer i sine forsøk på å finne fram til korleis arbeidet skal kunne bli lagt til rette der det vert tatt omsyn til A sine plager. Det har vore utfordrande å forstå kva plager A hadde, da det har vore ulike årsaker til sjukefråværa og hans trong for tilrettelegging.»*

Disse avgjørelsene kan tas til inntekt for at arbeidsgivers tilretteleggingsplikt er et naturlig utgangspunkt for vurderingen. Arbeidsgiver har hovedansvaret for å tilrettelegge for den syke arbeidstakeren så langt det er mulig. Tilrettelegging og/eller dialog må være vurdert eller

¹⁵¹ LF-2013-5417.

¹⁵² LB-2016-101949.

forsøkt før oppsigelse kan blir gitt. Der dette ikke er gjort, er oppsigelsen neppe saklig.¹⁵³ Momentet bærer nærmest preg av å være et gyldighetsvilkår for oppsigelse, heller enn et moment i rimelighetsvurderingen.

Medvirkningsplikten vil først bli aktuell når arbeidsgiver oppfordrer til aktivitet. Arbeidsgiver er for eksempel pålagt etter aml. § 4-6 fjerde ledd å innkalle til dialogmøte, og arbeidstaker plikter å møte etter innkalling, jf. aml. § 2-3 bokstav g. for. Ettersom medvirkningsplikten er en lovfestet plikt for arbeidstaker, har momentet kun direkte betydning i rimelighetsvurderingen der det foreligger et brudd på plikten. Der arbeidstaker samarbeider med arbeidsgiver om de tiltak arbeidsgiver setter i gang, er plikten normalt oppfylt. Det er ulike tilfeller som i praksis kan føre til at man i praksis konstaterer pliktbrudd. For eksempel kan pliktbrudd foreligge der arbeidstaker er negativ til- eller forholder seg passiv til arbeidsgivers tiltak. Der adferden påvirker de øvrige arbeidstakerne på en negativ måte, taler dette ytterligere for at plikten ikke er oppfylt.

4.5.5 Bedriftens økonomiske forhold

Ved hyppige sykefravær vil hvert enkelt fravær typisk være av så kort varighet at arbeidsgiverperioden på 16 dager utløses gang på gang.¹⁵⁴ Dette innebærer at arbeidsgiver må bære kostnadene for flere sykefravær, i motsetning til ved langvarige sykefravær der det kanskje bare foreligger én arbeidsgiverperiode. Videre gis arbeidsgiver en adgang til å søke om dekning til sykepenger i arbeidsperioden ved «*langvarig eller kronisk sykdom som medfører risiko for særlig stort sykefravær*».¹⁵⁵ Det finnes ingen tilsvarende adgang til dekning av arbeidsgiverperiodene ved hyppige sykefravær der sykdommen skyldes forskjellige grunner. Dette medfører at lønnskostnadene ved hyppige sykefravær kan utgjøre en stor økonomisk belastning for arbeidsgiver.

*Asko Øst*¹⁵⁶ illustrer at bedriftens økonomiske forhold er relevante å vektlegge i rimelighetsvurderingen: «*Det omfattende sykefraværet førte til økte kostnader til vikar og bruk av interne ressurser. I lange perioder har Asko Øst AS hatt doble lønnskostnader som følge av fraværet.*»

¹⁵³ Allstrin (2012) s. 166.

¹⁵⁴ Jf. ftrl. § 8-19.

¹⁵⁵ Jf. ftrl. § 8-20.

¹⁵⁶ LB-2018-24869-2.

At bedriften har svak økonomi vil kunne tale i arbeidsgivers favør. I LG-2016-177480 (Heli-One) som gjaldt spørsmål om oppsigelse på grunn av langvarig sykefravær, uttalte retten at det måtte ses hen til *«at bedriften befinner seg også i en økonomisk vanskelig situasjon, der en rekke arbeidstakere er permitterte, samtidig som man vurderer å si opp anslagsvis 40 -50 ansatte. Sett mot denne bakgrunn finner flertallet at det ikke er rimelig at Heli-One skal bære risikoen ved at A fortsatt er delvis arbeidsufør; dette bør i stedet må overlates til det offentlige»*

Der bedriften motsetningsvis er ressurssterk, kan dette tale i favør av arbeidstaker. I LF-2018-185451 ble det ved vurderingen av hvilke ulemper sykefraværet påførte arbeidsgiveren vektlagt at kommunen var en *«stor offentlig virksomhet»*.

Dommene viser at bedriftens økonomi er et relevant moment i vurderingen. Momentet taler i favør av arbeidsgiver i en rimelighetsvurdering der virksomheten er av liten størrelse og/eller har en svak økonomi. Der det er tale om større og mer ressurssterke bedrifter, skal det mer til for at bedriftens økonomiske ulemper vektlegges.

4.5.6 Vikarbruk

Vikarbruk er fremhevet som et moment av særlig betydning når det gjelder å klarlegge bedriftens økonomiske ulemper ved arbeidstakers sykefravær. Når en ansatt blir syk, må arbeidsgiver sette i gang tiltak for at bedriften skal fortsette som normalt, deriblant å ansette en vikar som midlertidig erstatning. Det går imidlertid en grense for hvor omfattende kostnader arbeidsgiver skal pålegges i denne forbindelse, jf. punkt 2.3. Ifølge forarbeidene skal det i rimelighetsvurderingen ved sykefravær legges vekt på *«bedriftsøkonomiske hensyn»* jf. NOU 2004:5 s. 315.

Ikke alle stillinger kan på kort varsel besettes av vikarer. I noen tilfeller kan det være nødvendig med lang opplæring. Som eksempel kan det nevnes en IT-ansvarlig som har spesialisert seg innen det kompliserte systemet til et firma som driver med hjemmebaserte helsetjenester. Der hun blir syk, får bedriften problemer med å finne vikarer for stillingen på kort varsel. Når en pleiemedarbeider uten utdanning som jobber i det samme firmaet også blir syk, er det på den andre siden lettere for arbeidsgiver å finne en til å vikariere. I det følgende benyttes lagmannsrettspraksis for å belyse hvilken betydning vikarbruk har i rimelighetsvurderingen.

I Lærerinnen-saken¹⁵⁷ hadde arbeidsgiveren behov for å benytte vikarer ved lærerinnens sykefravær. Videre knytter retten bemerkninger til karakteren av lærerinnens stilling. Det ble påpekt at den omfattende vikarbruken som følge av lærerinnens sykefravær «*må utvilsomt ha virket uheldig på læringsmiljøet*». Ettersom stillingen krevde en viss stabilitet og tilstedeværelse gikk lærerinnens hyppige fravær utover elevene. Dette talte for at oppsigelsen var saklig.

I *Maersk*¹⁵⁸ fant retten at arbeidets karakter gjorde det vanskelig for arbeidsgiveren å stadig benytte vikarer. Både sikkerhetshensyn, krevende logistikk, samt at den opplæringen som var nødvendig for at vikarer skulle kunne utføre arbeidet var så omfattende at vikarbruk var særlig belastende for bedriften. Retten la i tillegg vekt på den økonomiske kostnaden dette førte med seg. De samme synspunkter kommer til uttrykk i *Asko Øst*.¹⁵⁹

I *Heli-One*¹⁶⁰ knyttet retten bemerkninger til stillingens karakter: «*Slik flertallet ser det, må den som har en lederstilling være til stede på arbeidsplassen i arbeidstiden, for å kunne ta seg av sine lederoppgaver*». Det var med andre ord særlig problematisk for virksomheten å benytte vikarer ettersom arbeidstaker hadde en lederstilling.

Arbeidstakere i nøkkelstillinger må også kunne ha fravær på grunn av sykdom uten å risikere oppsigelse. Terskelen for oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær ligger antakelig lavere for personer i nøkkelstillinger fordi behovet for å ansette en annen arbeidstaker i slike tilfeller er særlig fremtredende ettersom det vil være vanskeligere å finne en vikar. Avgjørelsene viser forøvrig at det bør kunne stilles noe større krav til medvirkningsplikten i slike tilfeller. Det bør også vurderes om bedriften har sørget for å ha en naturlig beredskap i bakhånd for ikke å bli rammet uforholdsmessig hardt ved slikt fravær. Det siste forutsetter en viss størrelse på bedriften.

Avgjørelsene viser at det er sentralt i rimelighetsvurderingen i hvilken grad vikarbruken er til skade/ulempe for bedriften. Her kan det legges vekt på hvilke økonomiske forutsetninger bedriften har til å benytte vikarer, og om arbeidstakers stilling krever personlige eller spesialiserte egenskaper. Videre er det relevant om arbeidstaker medvirker for vikarbruk og

¹⁵⁷ LF-2013-5417.

¹⁵⁸ LG-2016-101949.

¹⁵⁹ LB-2018-24869-2.

¹⁶⁰ LG-2016-177480.

ellers samarbeider for å begrense skadevirkningene av fraværet. Dette kan forankres i den alminnelige lojalitetsplikten.¹⁶¹

4.5.7 Sosiale forhold

Det å være aleneforsørger eller så nær pensjonsalder at det vil bli særlig vanskelig å finne seg en ny jobb, er eksempler på det man beskriver som «*sosiale forhold*» i arbeidsretten. Der arbeidstakers konkrete sosiale forhold medfører at en oppsigelse vil ramme vedkommende særlig hardt, taler det mot at en oppsigelse anses som en rimelig og forholdsmessig reaksjon.¹⁶² Ved siden av forsørgelsesbyrde, er det særlig grunn til å legge vekt på høy alder kombinert med lang ansiennitet.¹⁶³

Å vektlegge arbeidstakers vanskeligheter med å få annet arbeid på grunn av sykdommen, er i tråd med stillingsvernets formål om et inkluderende arbeidsliv. Spørsmålet blir om den ansattes ulemper ved å miste jobben er større enn arbeidsgivers behov for å gå til oppsigelse på grunn av de ulempene sykefraværet påfører bedriften.¹⁶⁴

I LF-2018-185451 hadde arbeidstakeren vært ansatt i 28 år. Retten fant at «*hennes alder og helsesituasjon kan tilsi at hun faller ut av arbeidslivet ved en oppsigelse (...)*»¹⁶⁵ Med vekt på at kommunen var «*en stor offentlig virksomhet med gode muligheter for omplassering av arbeidstakere med yrkeshemminger*», kom retten til at oppsigelsen ville ramme arbeidstakeren hardere enn en fortsettelse av arbeidsforholdet ville ramme arbeidsgiveren.

I *Maersk*¹⁶⁶ uttalte lagmannsretten de hadde «*sett hen til at A, som var 56 år da han vart sagt opp, og som følge av hans helseplager kan få vanskar med å få seg anna arbeid.*». Når oppsigelsen i saken likevel ble ansett å være saklig, var dette blant annet begrunnet i at arbeidstakeren ikke opplyste arbeidsgiver tilstrekkelig om sykdommen. Dette vanskeliggjorde tilretteleggingsprosessen. Der arbeidstaker selv har skyld i at arbeidsforholdet ikke fungerer på grunn av sykdommen, vil arbeidstakers ulemper ved å miste jobben vektlegges i mindre grad.

¹⁶¹ Storeng (2016) s. 46 flg.

¹⁶² Fougner og Holo (2006) s. 781; Rt. 2001 s. 1589.

¹⁶³ Allstrin (2012) s. 193.

¹⁶⁴ LF-2018-185451.

¹⁶⁵ l.c.

¹⁶⁶ LB-2016-101949.

Motsetningsvis kan arbeidstakers sosiale forhold også vektlegges i favør av arbeidsgiver. Dette kommer blant annet til uttrykk i *Asko Øst*¹⁶⁷. I denne avgjørelsen la lagmannsretten vekt på at arbeidstakeren er «*relativt ung og har høyere utdanning*» og at det «*bør være mulig for ham å komme i arbeid i andre stillinger som er mindre fysisk belastende(...)*».

Avgjørelsene viser at sosiale forhold vektlegges i rimelighetsvurderingen ved sykefravær. Særlig er alder og fremtidig arbeidsevne relevant. Felles for dommene er at arbeidstakers helsetilstand bar preg av å være varig. På den ene siden taler dette for at det skal mer til for å si ham opp, ettersom forholdet vil gjøre det vanskelig for ham å komme seg tilbake i arbeidslivet senere. På den andre siden er oppsigelsene begrunnet i nettopp det at han ikke lenger fyller stillingen sin på grunn av sykefraværet. Der det heller ikke er holdepunkter for at han vil gjøre det i fremtiden, senker dette som påpekt under punkt 4.4 terskelen for oppsigelse. Sosiale forhold skal likevel vektlegges i helhetsvurderingen, og vil antakelig ha særlig stor betydning der det er uklart om arbeidstaker kan fylle stillingen i fremtiden. I tilfeller der det er sikkert at arbeidstaker ikke vil komme tilbake i arbeid, vil momentet ha mindre selvstendig betydning.

4.5.8 Skyldes fraværet forholdene på arbeidsplassen?

Arbeidsgiver har plikter til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø etter aml. kapittel 4. Der disse pliktene ikke er overholdt og arbeidstakeren pådrar seg sykdom under arbeidet, taler rimelighetshensyn med styrke for at arbeidsgiver må strekke seg lenger enn ellers når det gjelder tilretteleggingen. Ifølge forarbeidene er arbeidsgivers tilretteleggingsplikt «*særlig vidtgående*» der sykdommen har oppstått under utførelsen av arbeidet.¹⁶⁸ Domstolene har også lagt vekt på dette ved rimelighetsvurderingen.

I *Asko Øst*¹⁶⁹ fant retten at «*As rygg- og albueplager skyldtes utførelsen av arbeidet i Asko Øst AS, og at det tilsier et noe skjerpet krav til arbeidsgivers tilretteleggingsplikt*».¹⁷⁰ Imidlertid fremholdt retten at arbeidsgiveren ikke kunne klandres nevneverdig da de hadde satt i gang omfattende tiltak for å redusere de ansattes belastninger som følge av tungt fysisk arbeid. Avgjørelsen viser altså at sykdom som har oppstått på grunn av forhold på arbeidsplassen

¹⁶⁷ LB-2018-24869-2.

¹⁶⁸ Prop.89 L (2010-2011) s. 14.

¹⁶⁹ LB-2018-24869-2.

¹⁷⁰ l.c.

objektivt sett skjerper tilretteleggingsplikten. Samtidig viser dommen at det er relevant å vurdere subjektivt om arbeidsgiveren konkret kan bebreides for at sykdommen oppstod.

At momentet har selvstendig betydning i en rimelighetsvurdering, støttes av at arbeidsgiver har en vidtrekkende omsorgsplikt overfor arbeidstakeren etter aml. § 1-1, samt en objektiv erstatningsplikt for arbeidstakers skade etter skadeserstatningsloven¹⁷¹ § 2-1. Reglene går langt i å pålegge arbeidsgiver ansvar for arbeidstaker. Der arbeidsgiver forsømmer sine forpliktelser og forsømmelsen påfører arbeidstakeren belastninger som igjen fører til fravær, bør dette få betydning i en rimelighetsvurdering.

4.6 Bevisbyrden

Ved oppsigelsesspørsmål vil det ofte kunne være tvil om de faktiske forholdene. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at det foreligger saklig grunnlag for oppsigelse.¹⁷² Dette innebærer at de faktiske forhold oppsigelsen bygger på, og at arbeidstaker ikke kan fylle stillingen ved tilrettelegging, må kunne bevises. I nyere lagmannsrettspraksis som gjelder oppsigelse på grunn av hyppige sykefravær (forutsatt at det ikke foreligger klanderverdig forhold), er det lagt til grunn at beviskravet er alminnelig sannsynlighetsovervekt.¹⁷³

Nyere rettspraksis som gjelder langvarige sykefravær gir uttrykk for at bevisbyrden tillegges arbeidstaker når det gjelder spørsmålet om fremtidsutsikter, jf. *Heli-One*¹⁷⁴ og *Asko Øst*¹⁷⁵. I teorien omtales dette som en «*subjektiv bevisbyrde*».¹⁷⁶ I dommene uttaler retten at arbeidstaker er nærmest å bevise at han senere kan komme tilbake i arbeid. I begge dommene bar arbeidstakernes sykdommer preg av å være kroniske/varige. Det kan tenkes at arbeidsgiver i slike tilfeller vanskelig kan beregne om arbeidstakeren vil ha fravær av mindre omfang i fremtiden, med mindre konkrete holdepunkter for dette foreligger. Slike konkrete holdepunkter vil kunne være helseopplysninger arbeidsgiver ikke har tilgang til, og arbeidstaker er nærmest å belyse forholdene nærmere.

¹⁷¹ Lov 13.6.1969 nr. 26 om skadeserstatning.

¹⁷² Se eksempelvis rt. 1984 s.1058.

¹⁷³ LF-2018-185451; LG-2016-101949.

¹⁷⁴ LG-2016-177480.

¹⁷⁵ LB-2018-24869-2.

¹⁷⁶ Skjønberg (2014) s. 349.

En syk arbeidstaker har som tidligere nevnt et særlig stillingsvern etter loven. Det kan derfor stilles spørsmål om det er i tråd med lovens formål å pålegge arbeidstakeren bevisbyrden i slike saker. Nicolay Skarning fremhever at arbeidstakers bevisbyrde først går over på arbeidstaker etter verneperioden etter aml. § 15-8 er over.¹⁷⁷ Dette er også i tråd med formålet om at arbeidstakeren skal «*slippe å måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet mens vedkommende er arbeidsufør*».¹⁷⁸

Ved hyppige sykefravær uten én lang fraværperiode på over 12 måneder vil arbeidsgivers subjektive bevisbyrde i så fall aldri gjøres gjeldende. Dette til tross for at arbeidstaker også i disse sakene vil ha en videre tilgang til opplysninger som gjelder prognosene for fremtidige sykefravær, enn hva arbeidsgiver har.

Opplysninger om fremtidige prognoser vil være av interesse for oppsigelsesvurderingen uavhengig av om det er snakk om hyppige eller langvarige sykefravær, så sant sykefraværet er av et slikt omfang at det kan utgjøre saklig grunn etter aml. § 15-7. Gode grunner taler følgelig for at samme bevisbyrde også bør legges til grunn ved oppsigelse på grunn av *hyppige* sykefravær, der fraværene til sammen er av et slik omfang at oppsigelse er aktuelt.

¹⁷⁷ Skarning (2019) s. 130.

¹⁷⁸ NOU 2004: 5 s. 313.

5 Avsluttende bemerkninger

I denne oppgaven har jeg drøftet i hvilke tilfeller arbeidstakers hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler ved å analysere relevante rettskilder.

Vernet aml. § 15-8 gir uttrykk for, er fornuftig sett opp mot formålet om at en syk arbeidstaker har behov for et særlig vern. Samtidig kan bestemmelsen gi arbeidsgivere et signal om at oppsigelse på grunn av sykefravær sjeldent fører frem. Dette støttes opp av at det finnes lite rettspraksis på området. Manglende rettspraksis fører igjen til at det er flere spørsmål som fortsatt er ubesvart på dette området, for eksempel i hvilken grad det er mulig å summere hyppige sykefravær. Videre kan den rettspraksisen som foreligger bli uhensiktsmessig vidtrekkende i mangel på andre dommer, og gi uttrykk for en rettsstilstand som ikke nødvendigvis er gjennomtenkt. Det vises her til spørsmålet om oppsigelse i verneperioden der det er åpenbart at arbeidstaker ikke kan vende tilbake i stillingen.

I hvilke tilfeller hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse, utenfor verneperioden etter § 15-8, beror på en samlet vurdering av momentene som er gjennomgått overfor. «*Saklig grunn*» gir uttrykk for en rettslig standard som utvikles i tråd med samfunnsutviklingen, noe som har ledet til et stadig sterkere stillingsvern. Terskelen for oppsigelse på grunn av sykefravær antas å påvirkes av ikke bare utvidelsen av verneperioden i aml. § 15-8, men også de relativt få dommer som gjelder hyppige sykefravær som oppsigelsesgrunnlag. Samlet viser de at det stilles strenge krav for å godta oppsigelse på et slikt grunnlag.

Det er vanskelig å si noe generelt om i hvilke tilfeller hyppige sykefravær utgjør saklig grunn til oppsigelse, men det er mulig å si noe konkret om hva som er relevant ved vurderingen. På bakgrunn av de omtalte rettskildene har det betydning om arbeidsgiver har tilrettelagt tilstrekkelig sett opp mot arbeidstakers egen medvirkning, om det er holdepunkter for at arbeidstaker i fremtiden vil kunne komme tilbake i arbeid, samt en helhetsvurdering av om forholdene ellers tilsier at en oppsigelse vil være rimelig i det konkrete tilfellet.

Et spørsmål er om det ville være hensiktsmessig med en særlig oppsigelsesbestemmelse som regulerer sykdomstilfellene, ettersom sykefraværet i økende grad medfører problemer av praktisk og økonomisk art for bedriftene og samfunnet. Det ville videre gitt mulighet til å

presisere i lovteksten de særlige hensynene som gjør seg gjeldende ved oppsigelse på grunn av sykefravær. En slik særbestemmelse ville imidlertid også gi anvisning på en bred interesseavveining på samme måte som aml. § 15-7, og det kan tenkes at vurderingen i praksis ville blitt den samme.

Min gjennomgang av gjeldende rett viser at hyppige sykefravær kan utgjøre saklig grunn til oppsigelse i de tilfeller arbeidstaker ikke lenger fyller stillingen. Grensen for når arbeidstaker ikke lenger fyller stillingen beror på en omfattende helhetsvurdering i den konkrete saken.

Kildeliste

Litteratur

- Allstrin (2012) Allstrin, Tor, Gry Brandshaug Dale og Jon Østensvig, *Endring og opphør av arbeidsforhold*. 2. utg., Oslo: Kommuneforlaget AS, 2012
- Boe (2010) Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2010.
- Dege (1997) Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett* bind 3, Oslo: Minerva, 1997.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., ved Jan E. Helgesen, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Faktisk.no (2018) Faktisk.no, *Norge har verdens høyeste sykefravær*. 9.april 2018, <https://www.faktisk.no/faktasjekker/ejo/norge-har-verdens-hoyeste-sykefravaer> (lest 17.11.2019)
- Fanebust (2017) Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017
- Fougner og Holo (2006) Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2006
- Jakhelln (2017) Jakhelln, Henning mfl. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer – arbeidsrett.no*. 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2017

- Jakhelln (2007) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4. utg., 2. reviderte opplag 2007, N.W. DAMM & SØN
- Skarning (2019) Skarning, Nicolay. *Sykefravær: Nye arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Skjønberg (2018) Skjønberg, Alexander Ness, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt. *Individuell arbeidsrett*. 2. utg., Oslo: Gyldendal Juridisk, 2018.
- Storeng (2016) Storeng, Nils H. m. fl. *Arbeidslivets spilleregler*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- IA-avtalen (2019-2022) Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen), 2019-2022
<https://www.regjeringen.no/globalassets/departem-entene/asd/dokumenter/2018/ia-avtalen-2019-2022.pdf> (lest 10.10.2019)

EU/EØS-rett

Direktiv 2000/78/EF

Rådets direktiv 2000/78/EF af 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv [Dansk versjon] [EUs rammedirektiv]

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/78/oj>

(lest 14.11.2019)

Lover

1956	Lov 7. desember 1956 nr. 2 om arbeidervern [opphevet]
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)
1975	Lov 30.5.1975 nr. 18 Sjømannslov (sjømannsloven) [opphevet]
1977	Lov 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven 1977) [opphevet]
1997	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Forarbeider

Ot.prp.nr. 41	(1975-1976)	<i>Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø</i>
Ot.prp.nr. 39	(1992–1993)	<i>Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd</i>
Ot.prp.nr. 18	(2002-2003)	<i>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</i>

NOU 2004: 5	(2004)	<i>Arbeidslivslovutvalget - Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst</i>
Ot.prp.nr. 49	(2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven 2005)</i>
Prop. 89 L	(2010-2011)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven mv. (raskere oppfølging og sanksjonering av brudd på regelverket ved arbeidstakers sykdom.</i>
Prop. 81 L	(2016-2017)	<i>Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven</i>
Prop. 1 S	(2019-2020)	<i>Statsbudsjettet for budsjettåret 2020 (Gul bok)</i> https://www.statsbudsjettet.no/upload/Statsbudsjett_2020/dokumenter/pdf/GULBOK.pdf (Lest 14.11.2019)

Rettspraksis

Høyesterett

HR-2018-2344

Rt. 2011 s. 596 (Hurtigrutedommen)

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2001 s. 1589

Rt. 1984. 1058

Rt. 1979 s. 770

Lagmannsrett

LB-2019-74520

LB-2018-24869-2 (Asko Øst)

LF-2018-185451

LB-2016-35087

LB-2016-101949 (Maersk)

LG-2016-177480 (Heli-One)

LB-2016-70178-2

LF-2015-168758

LA-2014-15802

LF-2013-5417 (Lærerinne-saken)

LB-2013-178053

LB-2006-114896

LB-2002-2867

RG. 1988 s. 735

RG-1985-577

Nettsider

SSB *Norges sykefravær passerte Sveriges og Nederlands etter lovendringer*, 25.02.2019

<https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/artikler-og-publikasjoner/norges-sykefravaer-passerte-sveriges-og-nederlands-etter-lovendringer> (lest 10.10.2019)

SINTEF rapport: A19052, Karl-Gerhard Hem, *Bedriftenes kostnader ved sykefravær*, 30.03.2011

<https://www.sintef.no/contentassets/5c5963abef68468a9f22c5b5c3af201a/kostnader-sykefrav2011.pdf> (lest 22.09.2019)

Faktisk.no, *Norge har verdens høyeste sykefravær*. 9. april 2018,

<https://www.faktisk.no/faktasjekker/ejo/norge-har-verdens-hoyeste-sykefravaer> (lest 17.09.2019)

Virke, *Fordeling mellom korttids- og langtidsfravær*

<https://www.virke.no/politikk/fakta-om-sykefravar/sykefravaret-i-norge/fordeling-mellom-korttids-og-langtidsfravar/> (lest 27.11.2019)