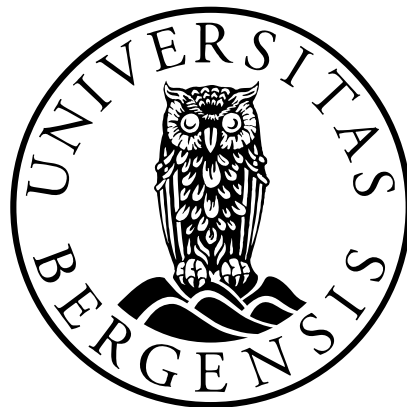


Advarsler i arbeidsforhold

*Særlig om betydningen av om det er gitt en eller flere
advarsler før oppsigelse av arbeidstaker*

Kandidatnummer: 114

Antall ord: 12979



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	PROBLEMSTILLING OG AKTUALITET	4
1.2	AVGRENSNINGER	5
1.3	FREMSTILLINGEN VIDERE	5
1.4	SENTRALE BEGREPER OG HENSYN	6
1.4.1	<i>NÆRMERE OM OPPSIGELSE ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-7</i>	8
1.4.2	<i>NÆRMERE OM DRØFTELSESMØTE MED ARBEIDSTAKER ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN § 15-1</i>	11
1.4.3	<i>ARBEIDSGIVERS STYRINGSRETT SOM KOMPETANSEVERKTØY FOR Å GI ADVARSLER</i>	15
2	OM ADVARSLER I ARBEIDSFORHOLD	17
2.1	GRENSEN MELLOM ADVARSEL OG IRETTESETTELSE	17
2.2	DEFINISJON AV BEGREPET ADVARSEL OG FORMKRAV	17
2.3	MER OM SKILLET MELLOM ADVARSEL OG IRETTESETTELSE	19
2.4	OM ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å BESTRIDE ELLER IMØTEGÅ ADVARSELEN	20
2.5	BETYDNINGEN AV AT EN ELLER FLERE ADVARSLER ER GITT	21
2.5.1	<i>ANDRE MOMENTER I SAKLIGHETSVURDERINGEN</i>	24
2.5.2	<i>VEKTEN AV ELDRE FORHOLD</i>	24
2.6	ADVARSELENS VEKT	25
2.7	SAKLIG OPPSIGELSE UTEN AT ADVARSEL ER GITT PÅ FORHÅND.....	26
2.8	DET SENTRALE ETTER EN GITT ADVARSEL; REELL MULIGHET TIL FORBEDRING	29
2.9	AVSLUTTENDE DIGRESJON OM ADVARSLER - OM ARBEIDSGIVERS RETT TIL Å OPPBEVARE ADVARSLER.....	30
2.10	OM ARBEIDSTAKERS RETT TIL Å KREVE SLETNING AV ADVARSLER	32
3.	AVSLUTNING OM ADVARSLER	33
3.1	TRENGER VI ADVARSLER?	33
3.2	BØR DET FORELIGGE EN PLIKT FOR ANMODNING AV TILSVAR OG LAGRING AV TILSVAR FOR ARBEIDSGIVER?.....	33
3.3	BØR ARBEIDSGIVER HA ET MØTE MED ARBEIDSTAKER FØR ADVARSEL GIS?	35
3.4	BØR ADVARSLER LOVFESTES?	36
4.	LITTERATURLISTE	40
4.1	LOVER.....	40
4.2	FORARBEID	40
4.3	RETTSPRAKSIS	40
4.3.1	<i>HØYESTERETTSPRAKSIS - RT. (NORSK RETSTIDENDE) OG HR</i>	40
4.3.2	<i>LAGMANNSPRAKSIS</i>	41
4.3.3	<i>ARD (DOMMER OG KJENNELSER AV ARBEIDSRETTE)</i>	41
4.3.4	<i>NAD (NORSK ARBEIDSRETTLIG DOMSSAMLING)</i>	41
4.3.5	<i>LARD (DOMMER OG KJENNELSER AV LOKALE ARBEIDSRETTER)</i>	42
4.3.6	<i>MFA (MEDDELELSER FRA ARBEIDSTILSYNET)</i>	42
4.4	ANDRE SKREVNE KILDER	42
4.5	HØVEDAVTALER	42

4.6 JURIDISK LITTERATUR	43
4.6.1 BØKER	43
4.6.2 ARTIKLER	43
4.7 NETTSIDER	44

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Temaet for avhandlingen er advarsler i arbeidsforhold. Et ansettelsesforhold bygger i hovedsak på en arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Grunntanken er at arbeidstaker skal yte en viss innsats og jobb for kompensasjon, i all hovedsak i form av lønn fra arbeidsgiver. Dersom innsatsen ikke ytes godt nok, eller ytes feil, kan det gis en advarsel for arbeidstakers handling eller manglende handling. Sentralt i avhandlingen vil det være å se på når en advarsel kan gis, og virkningen som kan forventes ved at en advarsel er blitt gitt. Det vil også være relevant å se advarsler i sammenheng med en påstått usaklig oppsigelse. Det skal sees på betydningen av at en eller flere advarsler er gitt før oppsigelse, og vekten de har i prøvingen som skal foretas dersom oppsigelsen anføres som usaklig. Dette vil variere i fra sak til sak, hvilket rettspraksis også viser. Det skal likevel i det følgende undersøkes om det kan fastslås noen utgangspunkter.

Temaet er aktuelt fordi det kan komme til å angå enhver som er i et ansettelsesforhold. Videre er det aktuelt å rette fokus mot temaet, ettersom begrepet advarsel, virkningen av at det blir gitt en advarsel og saksbehandlingen rundt, ikke er lovregulert. Advarsel har sin utvikling gjennom rettspraksis og ulovfestet rett, og kan utledes fra arbeidsgivers styringsrett. Det fremstår derfor til dels uklart hva som skal til for at en advarsel kan gis eller hvor mange advarsler som må til før arbeidsgiver kan gå til oppsigelse av en arbeidstaker. Dette reiser mange interessante spørsmål, og gjør temaet aktuelt. Det er i tillegg skrevet relativt lite litteratur om advarsler i arbeidsforhold, og det kan derfor være nyttig med en avhandling om emnet.

Fremstillingen vil i hovedsak baseres på kildene rettspraksis og juridisk litteratur, da advarsler og prosessen rundt advarsler ikke er lovregulert. Å se advarsler i sammenheng med saklig oppsigelse involverer imidlertid lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni 2005 nr. 62 (arbeidsmiljøloven), ettersom § 15-7 oppstiller et saklighetskrav. De nærmere retningslinjene for saklighetskravet er imidlertid trukket opp i rettspraksis, slik at rettspraksis også her blir den viktigste og mest sentrale rettskilden.

1.2 Avgrensninger

Oppgaven skal avgrenses mot domstoloverprøving av advarsler. Altså adgangen domstolene har til å overprøve selve advarselen, se HR-2018-492-U.¹ Av hensyn til oppgavens omfang, skal oppgaven i hovedsak også avgrenses mot advarsler før avskjedigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-14. Det er advarsler sett i sammenheng med oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 som vil være det sentrale. Rettspraksis om avskjedigelse vil imidlertid i enkelte tilfeller være relevant for oppgaven.

Videre skal avhandlingen avgrenses mot kollektiv arbeidsrett som omfatter reglene om tariffavtaler, arbeidstakere- og arbeidsgiverorganisasjonene og de rettighetene som kan utledes på området. Avhandlingen vil i hovedsak derfor også avgrenses mot avgjørelser fra Arbeidsretten som i utgangspunktet behandler kollektive rettsspørsmål.² Høyesterett har imidlertid uttalt at i den utstrekning tariffavtalen gir grunnlag for det, har Arbeidsretten kompetanse til å avsi dom for at en oppsigelse er ugyldig med bindende virkning for arbeidsgiver, jf. lov om arbeidstvister 27. januar 2012 nr. 9 (arbeidstvistloven) § 33 andre ledd, jf. § 1 bokstav i.³ Noen dommer fra Arbeidsretten om advarsel og oppsigelse vil dermed i det følgende bli aktuelle for avhandlingen. I samme forbindelse, skal avhandlingen avgrenses mot Hovedavtalene som kilde. Hovedavtalene inneholder ikke advarsel som en del av oppsigelsesprosessen forut for advarsel mot tillitsvalgt.⁴ Dette gjør at disse kildene ikke gir noe bidrag til temaet ettersom de ikke inneholder noen nærmere regulering av spørsmålene.

1.3 Fremstillingen videre

Videre i kapittel 1.4 skal det sees på noen sentrale begreper og hensyn rundt advarsel som term. Det vil være nødvendig å redegjøre nærmere for begrepet oppsigelse, ettersom en del av det sentrale i avhandlingen er å se advarsler i sammenheng med oppsigelse av arbeidstaker. Videre er det også nødvendig å redegjøre mer inngående for drøftelsesmøte, ettersom

¹ HR-2018-492-U: Ankeutvalget kom i motsetning til tidligere, til at overprøving av advarselen med krav fra arbeidstaker om at advarselen måtte trekkes tilbake, var å anse som et rettskrav. Det vil si at Høyesterett kunne overprøve selve advarselen.

² <https://www.arbeidsretten.no/saksbehandling/> (mai 2019) og arbeidstvistloven kapittel 4.

³ HR-2017-777-A.

⁴ Eksempelvis, Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021 kapittel V § 5-10 s. 43 og Hovedavtalen LO Stat – Arbeidsgiverforeningen Spekter 2018-2021 kapittel X § 53.

drøftelsesmøte har en tydelig flate til advarsel. Endelig i kapittel 1.4.3, skal det redegjøres for arbeidsgivers styringsrett som kompetanseverktøy for advarsler.

I kapittel 2 vil advarsler i arbeidsforhold bli behandlet. Det skal skisseres opp et skille mellom advarsler og irettesettelser. Begrepet advarsel skal defineres og det skal kort sees på om det foreligger formkrav ved advarsler. Videre skal det undersøkes når en advarsel kan gis og om arbeidstakers rett til å imøtegå eller bestride advarselen. I tillegg skal det redegjøres for betydningen av at det er gitt advarsel før oppsigelse og om eldre forhold kan tillegges vekt. Det skal også sees på ulike tilfeller som kan ha betydning for hvor mye vekt advarsler tillegges. Videre i kapittel 2 skal det sees på om en oppsigelse kan være saklig begrunnet uten at det er gitt advarsel på forhånd. Som en avsluttende digresjon, vil det av interesseårsaker redegjøres litt for arbeidstakers rett til å oppbevare advarsler samt arbeidstakers rett til å kreve sletting.

Avslutningsvis i kapittel 3 skal det foretas tre *de lege ferenda*-drøftelser. Det skal sees på om arbeidsgiver *bør* ha en plikt til å anmode arbeidstaker om å imøtegå advarselen med et tilsvarende samt en plikt til å lagre det eventuelle tilsvaret. Det skal også sees på om arbeidsgiver *bør* holde et møte med arbeidstaker før advarsel gis. Endelig skal det foretas en drøftelse av om hvorvidt advarsler *bør* lovfestes eller ikke.

1.4 Sentrale begreper og hensyn

Med arbeidstaker menes ”enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste”.⁵ Med arbeidsgiver menes ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”.⁶ At både arbeidstakerbegrepet og arbeidsgiverbegrepet kan ha en mer vidtrekkende betydning enn lovens definisjon skal ikke problematiseres videre.⁷ Det skal i det følgende derfor bare tas utgangspunkt i lovens ordlyd.

Oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 er opphør av arbeidsforhold hvor virkningen ikke er umiddelbar og krav til oppsigelsesfrister er gjeldende. Avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14 betyr at en arbeidsgiver bringer et arbeidsforhold til opphør med umiddelbar virkning. Arbeidstaker må da ha gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av

⁵ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (1).

⁶ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (2).

⁷ Se for eksempel Hotvedt, Marianne Jenum: ”Arbeidsgiverbegrepet, En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter”, Oslo 2016 og angående arbeidstakerbegrepet, grensen til selvstendig oppdragstaker.

arbeidsavtalen. Kravene til gyldig avskjed vil alltid være høyere enn kravene til gyldig oppsigelse. Det er dermed betydelig høyere terskel for å avskjedige en arbeidstaker enn å si opp en arbeidstaker. Dersom saklighetskravet til avskjed ikke er oppfylt, kan det likevel være at det er oppfylt for oppsigelse.⁸ Ettersom pliktbruddet ofte er så åpenbart og grovt ved avskjedigelse, er det ikke ofte spørsmålet om det er gitt advarsel settes på spissen. Det er derfor det er mest sentralt å se advarsler i sammenheng med oppsigelse. For det er jo nettopp i tilfellene hvor spørsmålet er om oppsigelsen er saklig eller ikke ved mindre grove pliktbrudd, at spørsmålet om advarsel er gitt eller ikke settes på spissen. Begrepet oppsigelse skal gjennomgås nærmere i 1.3.1.

Lojalitetsplikten er et ulovfestet kontraktsrettslig prinsipp og hensyn, der partene plikter å opptre lojalt overfor hverandre. Rettspraksis har slått fast at lojalitets- og troskapsplikten gjelder i ethvert arbeidsforhold.⁹ I arbeidsretten utledes prinsippet av arbeidsgivers ulovfestede styringsrett. Selv om prinsippet gjelder for begge parter, er det vanligst å tale om arbeidstakers lojalitetsplikt. Terminologisk ser det ut til at begrepene lojalitetsplikt og troskapsplikt langt på vei innebærer det samme.¹⁰ Kristen Andersen har uttalt følgende om prinsippet:

«Troskapsplikten ..., er intet mindre enn arbeidstakerens faglige holdning på det etiske plan, hans lojale oppslutning om arbeidsgivernes interesser, og hans avståen fra enhver utilbørlig tilsidesettelse eller undergraving av disse interesser til fordel for egne eller andres.»¹¹

Brudd på prinsippet kan føre til avskjedigelse eller advarsel som senere kan medføre oppsigelse av arbeidstaker.

Dokumentasjonshensynet bygger på at det i en oppsigelsessak er arbeidsgiver som bærer bevisbyrden. Dette vil si at det stilles krav til dokumentasjon som bevis. At prosessen er

⁸ I utgangspunktet legger ikke loven opp til en saklighetsvurdering etter § 15-14 om avskjed. Bestemmelsens ordlyd legger istedenfor opp til en mer kontraktsrettslig vurdering av ”grovt pliktbrudd” eller ”vesentlig mislighold”. Utviklingen i rettspraksis har likevel gått i den retning at det også ved avskjed foretas en saklighetsvurdering. Se for øvrig kritikk av denne utviklingen ved avskjed og ønske om en mer kontraktrettslig tilnærming til saklighetsvurderingen også ved oppsigelse, av Fougner, Jan: Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn, *Arbeidsrett* 2015 (01) pp.147-157.

⁹ Rt. 1990 s. 607.

¹⁰ Jeg er derfor enig med Maren Elvestad i ”Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold”, *Arbeidsrett* 2011 (03-04), pp. 130-142, under del 1 om ”Generelt om ytringsfrihet og lojalitetsplikt”.

¹¹ Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo (Tanum) 1967, s. 136 og jf. fotnote 10 hvor Elvestad henviser til Andersen.

tilstrekkelig dokumentert har betydning for om saksbehandlingen forut er forsvarlig og dermed om oppsigelsen kan anses gyldig. Hensynet er sentralt i avhandlingen om advarsler og oppsigelse, og vil være en rød tråd i mange av sakene fra rettspraksis.

Innrettelseshensynet er et hensyn som står i nær sammenheng med advarsler. Det går ut på at etter en advarsel må arbeidstaker få tilstrekkelig tid og mulighet for å innrette seg og endre sin adferd. Det skal gjennom rettspraksis sees på at hensynet får betydning for hvor mye vekt en advarsel tillegges og for om en oppsigelse kjennes usaklig og dermed ugyldig.

Kontradiksjonshensynet som i utgangspunktet er et sentralt prinsipp i straffe- og sivilprosessene, er også sentralt i arbeidsretten når det gjelder advarsel og oppsigelse. Innenfor arbeidsretten taler kontradiksjonshensynet for det første for at arbeidstaker skal få gjøre sitt syn til kjenne og uttale seg om en advarsel eller oppsigelse som angår hen. For det andre, at arbeidsgiver ikke skal bygge en avgjørelse - oppsigelse - på et grunnlag arbeidstaker ikke har fått uttale seg om. Dette leder oss til sammenkoblingen til drøftelsesmøte med arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 15-1 som det skal redegjøres nærmere for i 1.4.2. Og ikke minst, det aller mest sentrale i oppgaven; advarsler som det skal redegjøres for i del 2.

Selve begrepet advarsel som er avhandlingens hovedtema krever en egen del, og defineres nedenfor i avsnitt 2.2.

1.4.1 Nærmere om oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7

Det finnes en rekke grunner for at arbeidsgiver velger å gå til oppsigelse av arbeidstaker. Dersom arbeidstaker begår et pliktbrudd, misligholder arbeidsavtalen og det lojalitetskravet som gjelder i arbeidsforholdet, kan det foreligge grunnlag for oppsigelse. Etter arbeidsmiljøloven § 15-7 (1) kan ikke en arbeidstaker sies opp uten at det er ”saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.” Ved advarsel sett i sammenheng med oppsigelse, er ”arbeidstakers forhold” det sentrale. Det er jo nettopp på grunn av arbeidstakers egne forhold, handlinger eller unnlater av handlinger at vedkommende kan få advarsel og i etterkant bli oppsagt. Å handle i strid med lojalitetskravet er et eksempel på en slik handling eller unnløst av handling.

Ikke ethvert brudd på arbeidsavtalen, arbeidstakers plikter eller lojalitetsplikten i arbeidsforholdet fører til oppsigelse. Dette kan formuleres som et krav om tilstrekkelig saklig

grunn. Dersom pliktbruddet er grovt, kan avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-14 være aktuelt. I vurderingen gjelder et krav til proporsjonalitet.¹² Arbeidsgiver skal vurdere om mindre inngripende tiltak kan iverksettes, som for eksempel omdirigering av arbeidsoppgaver eller å gi en advarsel. Og det er nettopp der det er tvil, at spørsmålet om det er gitt advarsel eller ikke, kommer på spissen. I vurderingen av om det foreligger et pliktbrudd, må det tas utgangspunkt i arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Arbeidsavtalen må tolkes for å se om det foreligger et pliktbrudd. Om det foreligger saklig grunn beror derimot på en mer sammensatt vurdering. Høyesterett definerer i Rt. 2009 s. 685 saklighetsvurderingen for oppsigelse slik:

”Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.”

Vurderingen beror altså på en avveining av virksomhetens og arbeidstakers interesser, og uttalelsen fra dommen anvendes hyppig i avgjørelser om stillingsvern.¹³ Om advarsel blir gitt eller ikke, vil da være et av flere moment i denne saklighetsvurderingen.

Mer inngående, er det mulig å se på saklighetsvurderingen som en tredelt vurdering. For det første må ikke oppsigelsen være begrunnet i utenforliggende eller usaklige hensyn.¹⁴

Eksempelvis at arbeidstaker blir sagt opp fordi arbeidsgiver ikke liker vedkommende som person. For det andre må arbeidsgiver ha tilstrekkelig grunn til å si opp arbeidstakeren. Dette vil si at de forhold som begrunner oppsigelsen, det arbeidstaker har gjort eller latt være å gjøre, må være tilstrekkelig tungtveiende.¹⁵

Et eksempel er en mindre alvorlig adferd som det å komme for sent på arbeid er gjentatt flere ganger, tross advarsler fra arbeidsgivers side. Dette kan til sammen vitne om manglende innrettelse fra arbeidstakers side, og dermed utgjør et tilstrekkelig tungtveiende grunnlag. Et annet tilstrekkelig tungtveiende forhold kan være en så alvorlig handling som i seg selv er tungtveiende nok. For eksempel å bruke firmabilen som kun skal kjøres til og fra jobb i arbeidstiden, til å utføre svart arbeid på fritiden. Dette er et eksempel på et tungtveiende forhold som også kan grense til avskjed. Saklighetskravets tredje side innebærer at

¹² Rettsdata note 620 til arbeidsmiljøloven § 15-7 ved Tron Dalheim.

¹³ Fougner, Jan: Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn Arbeidsrett 2015 (01) avsnitt 3.2.

¹⁴ Rettsdata note 618 til arbeidsmiljøloven § 15-7 ved Tron Dalheim.

¹⁵ Rettsdata note 618 til arbeidsmiljøloven § 15-7 ved Tron Dalheim.

arbeidsgiveren må bygge oppsigelsen på et korrekt faktisk grunnlag.¹⁶ Det vil si at arbeidsmiljølovens krav til en forsvarlig saksbehandling ved oppsigelse må følges. Disse kravene fremgår av lovens kapittel 15. Her kommer tilknytningen til regelen om drøftelsesmøte etter arbeidsmiljøloven § 15-1 inn, der arbeidstakers rett til kontradiksjon når det gjelder vedkommendes egen oppsigelse står sentralt. I tillegg til avholdt drøftelsesmøte, skal oppsigelsen være skriftlig etter § 15-4 (1) og inneholde årsak dersom arbeidstaker ber om dette, jf. § 15-4 (3). I tillegg må oppsigelsesfristene holdes etter § 15-3. Ved tvist om usaklig oppsigelse, har arbeidstaker rett til å fortsette i stillingen etter § 15-11 så lenge forhandlingene pågår. Dersom arbeidstaker blir nektet disse rettighetene etter lovens kapittel 15, er det å regne som en saksbehandlingsfeil som kan medføre at oppsigelsen blir ansett som ugyldig. Endelig, kommer momentet om det er gitt advarsel eller ikke inn i saklighetskravets tredje side.

I en eventuell tvist om oppsigelse, bærer arbeidsgiver bevisbyrden. Å fremlegge tilstrekkelig dokumentasjon som bevis, vil dermed være viktig for arbeidsgiver. Dokumentasjon på at det er gitt advarsel er et eksempel på et slikt bevis. Dersom arbeidsgiver sier opp eller avskjediger arbeidstaker med den begrunnelse at arbeidstaker har begått en kriminell handling under utførelsen av arbeidet, som for eksempel underslag, er beviskravet og kravet til dokumentasjon ekstra strengt. Tron Dalheim fremhever at ved kriminelle handlinger må beviskravet ligge tilnærmet opp til det strafferettslige beviskravet om bevis utover enhver rimelig tvil.¹⁷

Oppsummert kan det dermed legges til grunn at ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7, må grunnlaget for selve oppsigelsen være forsvarlig og korrekt. Dette innebærer saklighetskravets første og andre side; nemlig at grunnlaget for oppsigelsen ikke må være basert på usaklige hensyn, og de forhold som begrunner oppsigelsen, må være tilstrekkelig tungtveiende. I tillegg etter saklighetskravet tredje side, må saksbehandlingen i forkant av oppsigelsen være tilstrekkelig forsvarlig. Om det er gitt advarsel eller ikke, inngår som et moment i saklighetsvurderingen.

¹⁶ Rettsdata note 618 til arbeidsmiljøloven § 15-7 ved Tron Dalheim.

¹⁷ Rettsdata note 618 til arbeidsmiljøloven § 15-7 ved Tron Dalheim.

1.4.2 Nærmere om drøftelsesmøte med arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 15-1

Arbeidsmiljøloven § 15-1 legger opp til at før oppsigelse kan skje, skal arbeidsgiver ”så langt det er praktisk mulig” holde et drøftelsesmøte med arbeidstaker og tillitsvalgt. Unntaket er dersom arbeidstaker ikke ønsker det selv. Å ha med tillitsvalgt er valgfritt for arbeidstaker, og skal ikke tolkes strengt. Dette er altså bare en mulighet arbeidstaker har. Om drøftelsesmøte er avholdt eller ikke, inngår i vurderingen av om saksbehandlingen er å anse som forsvarlig. I drøftelsesmøtet skal selve grunnlaget for oppsigelsen drøftes, og dette skal sikre rettssikkerheten for arbeidstaker. Drøftelsesmøte skal holdes dersom arbeidstaker sies opp enten det er i ”virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold”, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.

Formålet med drøftelsesmøtet er at arbeidsgiver skal kunne foreta de nødvendige vurderinger av om saklighetskravet er oppfylt.¹⁸ Dersom arbeidstaker har innvendinger, spørsmål eller annet, kan dette også tas opp her. Det gjelder ikke formkrav til innkallelsen til møtet, men arbeidstaker må ha fått mulighet og rimelig tid for forberedelse til drøftelsesmøtet.¹⁹ Det er nettopp slik hensynet til arbeidstakers kontradiksjon ivaretas, og dersom det ikke blir tilstrekkelig ivaretatt, kan det anses som en saksbehandlingsfeil. Det er understreket i Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) at det er selvsagt med et drøftelsesmøte ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Dette betyr likevel ikke at det er et absolutt krav som medfører ugyldighet dersom drøftelsesmøte ikke er avholdt. I proposisjonen betegnes bestemmelsen om drøftelsesmøte som en ordensforskrift. Derfor vil ikke unnlatelse nødvendigvis medføre at oppsigelsen blir ansett ugyldig. Det vil bli ansett som en saksbehandlingsfeil som vil være en del av en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett ble en industriarbeider oppsagt på grunn av helseplager hvor omplassering eller tilrettelegging ikke var mulig.²⁰ Oppsigelsen ble ansett saklig og derfor gyldig til tross for at det ikke ble avholdt drøftelsesmøte i forkant. Oppsigelsen bygde på et forsvarlig faktisk grunnlag. Selv om et formelt drøftelsesmøte ikke var avholdt med de

¹⁸ Ot.prp.nr. 50 (1993-1994) s. 182 under 8.5.

¹⁹ Rettsdata note 581 til arbeidsmiljøloven § 15-1 ved Tron Dalheim.

²⁰ LB-2005-182268 (Borgarting lagmannsrett).

krav²¹ dette innebærer, var det avholdt andre mer uformelle møter hvor arbeidstaker fikk presisere sitt syn på saken og dermed ivaretatt kontradiksjonshensynet. Det må imidlertid nevnes at avgjørelsen ble avsagt under ”noen tvil”.²² Dette kan tilsi at betydningen av avholdt drøftelsesmøte er stor, men at hensynet til arbeidstakers kontradiksjon er det sentrale.

Det kan også sees på en dom fra Eidsivating lagmannsrett, hvor daglig leder av et treningscenter ble oppsagt grunnet manglende styring og initiativ vedrørende driften av senteret.²³ Oppsigelsen ble kjent usaklig og dermed ugyldig. Her var det ikke avholdt drøftelsesmøte. Det ble det lagt til grunn at det burde ha blitt gitt klarere tilbakemelding til arbeidstaker om at forholdene måtte bedres, slik at vedkommende hadde mulighet til å forbedre sin adferd.²⁴ En slik klarere tilbakemelding kunne ha vært gitt gjennom en kombinasjon av en advarsel og et drøftelsesmøte. På denne måten kunne arbeidstaker fått tilbakemelding slik at vedkommende hadde fått mulighet for å forbedre sin adferd og at hensynet til kontradiksjon dermed ble ivaretatt. Lagmannsretten bemerker også at manglende avholdt drøftelsesmøte kan medføre ugyldighet dersom det er ”rimelig grunn til å anta at feilen kan ha hatt betydning for arbeidsgiverens beslutning om å si opp arbeidstakeren”. Her kom de til at dette var tilfellet. Loven stiller ikke opp mange formelle krav til selve drøftelsesmøtet, men kravet er at arbeidstaker må ha hatt mulighet til å foreta ”reelle drøftelser”. I dette ligger det at arbeidsgiver ikke må være forhåndsinnstilt på at oppsigelse er eneste utvei, uten at arbeidstaker har fått reell innflytelse i sin egen sak. Arbeidstaker må ha hatt tilstrekkelig mulighet og tid for å forberede seg for å sikre slike reelle drøftelser. At tillitsvalgt får mulighet til å bli med, kan også være med på å sikre arbeidstakers reelle innflytelse.

To andre eksempler som kan nevnes finnes i Gulating lagmannsrett og Agder lagmannsrett.²⁵ I disse dommene ble oppsigelsene sett på som saklige og dermed gyldige tross manglende avholdt drøftelsesmøte. Arbeidstaker ble likevel tilkjent oppreisningserstatning i begge tilfellene. I begrunnelsene i begge dommene ble det lagt vekt på at det ikke ble avholdt drøftelsesmøte etter arbeidsmiljøloven § 15-1. I dommen fra Gulating lagmannsrett som gjaldt en ulykke på en plattform, delte dommerne seg i et flertall og to mindretall. Av det andre

²¹ Arbeidsmiljøloven § 15-1. Arbeidstaker må ha hatt tilstrekkelig tid og mulighet for å forberede seg av hensyn til kontradiksjon, vite at det gjelder et drøftelsesmøte samt få mulighet for å ha med tillitsvalgt.

²² LB-2005-182268 (Borgarting lagmannsrett).

²³ LE-2006-81132 (Eidsivating lagmannsrett).

²⁴ LE-2006-81132 (Eidsivating lagmannsrett).

²⁵ LG-2007-15426 (Gulating lagmannsrett) og LA-2011-011296 (Agder lagmannsrett).

mindretallet ble det fastslått betydningen av at det ble holdt flere møter i etterkant, selv om det ikke var avholdt drøftelsesmøte i forkant. I disse møtene var arbeidstaker bistått av fagforening og det ble drøftet rundt arbeidstakers rolle i forbindelse med ulykken.

Arbeidstaker var dessuten med i et utvalg som gransket ulykken og hadde mulighet til å komme med sitt syn på oppsigelsen. Det andre mindretallet mente derfor på bakgrunn av dette at hensynet til kontradiksjon som ligger bak bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 15-1 var ivaretatt.

I dommen fra Agder lagmannsrett som gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker som ledd i en omstilling av bedriften basert på sviktende ordretliggang, fremhevet de imidlertid noe annet. Her la lagmannsretten til grunn at avholdt møte i etterkant på grunn av manglende drøftelsesmøte i forkant, ikke må fremstå mer som et møte for å redde seg inn på det formelle, enn et møte med åpenhet med tanke på selve oppsigelsen.²⁶ At det er avholdt møte i etterkant kan dermed ikke i seg selv ha utslagsgivende vekt for at kontradiksjonshensynet er ivaretatt og oppsigelsen å anse som saklig. Ut fra dommene kan det imidlertid fastslås at et møte avholdt i etterkant kan være med å ivareta hensynet til kontradiksjon, forutsatt at møtet er et nytt uavhengig møte med sikte på en åpen vurdering av oppsigelsen.

Et spørsmål som kan reises er rekkevidden av lovens ordlyd ”så langt det er praktisk mulig”. Det klare utgangspunkt er at drøftelsesmøter skal holdes. Og som allerede nevnt, er det etter proposisjonens vurdering selvsagt at drøftelsesmøte skal avholdes ved oppsigelse av arbeidstaker på grunn av ”arbeidstakers forhold”. Bestemmelsens ordlyd legger likevel opp til at praktiske årsaker kan gjøre at manglende drøftelsesmøte kan legitimeres. Bestemmelsen legger imidlertid ikke opp til en terskel hvor det skal være lett for arbeidsgiver å slippe unna med at det ikke er praktisk mulig. Kravet skal altså tolkes strengt, og spørsmålet settes i hovedsak på spissen ved masseoppsigelser, hvor det lettere kan tenkes at det ikke alltid er praktisk mulig. Ved oppsigelse av en enkelt arbeidstaker vil det i de aller fleste tilfeller være praktisk mulig å avholde et drøftelsesmøte.

Om drøftelsesmøte er avholdt eller ikke ser altså ut til å ha stor betydning. Ut fra de overnevnte dommene kan drøftelsesmøte ikke sies å være et vilkår for saklig, og dermed gyldig oppsigelse. Manglende avholdt drøftelsesmøte blir likevel ansett som en

²⁶ LA-2011-011296 (Agder lagmannsrett) som viser til Arne Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om ”saklig grunn”, forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*, 3. utgave s. 86.

saksbehandlingsfeil og kan gjøre at saksbehandlingen i forkant av oppsigelsen ikke anses som forsvarlig.

Når det gjelder drøftelsesmøtets forhold til om det er gitt advarsel, er møtet en god mulighet for arbeidsgiver til å vise arbeidstaker de eventuelt gitte advarslene og sikre at arbeidstaker blir hørt. Drøftelsesmøtet blir dermed viktig for å avklare den foranliggende situasjonen til selve oppsigelsen, og advarselen(e) er ofte en viktig del av det. Arbeidsgiver kan for eksempel vise til at hen har gitt arbeidstaker flere advarsler og at arbeidstaker ikke har innrettet seg etter disse. Dette kan trekke i arbeidstakers disfavør og styrke arbeidsgivers dokumentasjon i saken. På den andre siden, kan arbeidstaker på drøftelsesmøte vise til at hen har innrettet seg etter advarslene og forbedret sin adferd. Dette kan falle arbeidstaker i favør. Advarsler har etter det som er gjennomgått en tydelig flate mot drøftelsesmøte, og står sentralt i vurderingene som blir gjort og utfallet saken vil få.

Som en avsluttende digresjon, kan det stilles spørsmål ved om arbeidsgiver bør holde tilsvarende møte med drøftelser *før* en advarsel gis.²⁷ En dom fra Borgarting lagmannsrett, hvor en selger av anleggsmaskiner ble oppsagt på grunn av brudd på rutiner og instruksjoner, er inne på spørsmålet.²⁸ Lagmannsretten uttaler følgende:

”Det kunne nok vært hensiktsmessig at det møtet direktøren oppfordret til, hvor A selv kunne bestemme tidspunktet og ta med seg en tillitsvalgt, hadde vært holdt før en så vidt sterk reaksjon som en advarsel med antydning om oppsigelse ble gitt.”

I saken ble det imidlertid ikke avgjørende. Kontradiksjonshensynet og at A fikk mulighet til å forbedre seg og innrette seg etter forholdene, og likevel ikke hadde gjort det, ble en del av det avgjørende. I dag eksisterer det ikke et krav til at et slikt møte skal holdes. I del 3 skal det drøftes hvorvidt det likevel *bør* holdes et slikt møte før advarsel gis.

²⁷ <https://www.arbeidsrettsadvokaten.no/advarsel-arbeidsforhold/> (09. mai 2019).

²⁸ LB-2005-30042 (Borgarting lagmannsrett).

1.4.3 Arbeidsgivers styringsrett som kompetanseverktøy for å gi advarsler

Arbeidsgivers styringsrett er en viktig ulovfestet rett, som gir arbeidsgiver rett til å lede, fordele, og kontrollere arbeidet blant arbeidstakerne. Rettspraksis har flere ganger slått fast at ulike kontrolltiltak kan iverksettes i kraft av styringsretten.²⁹ Å kunne gi arbeidstaker advarsel ved behov kan anses som en del av arbeidsgivers rett til kontroll og følgelig en del av arbeidsgivers ulovfestede styringsrett. Styringsretten er imidlertid begrenset av lov, forskrift, tariffavtaler og ulovfestede prinsipper.³⁰

Ved utøvelse av kontroll i kraft av styringsretten, gjelder det krav til saklighet, og krav til forholdsmessighet. Styringsretten begrenses altså av alminnelige saklighetsnormer.³¹ Kravet til saklighet vil si at tiltaket, her advarselen, skal være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten, tiltaket skal være egnet til å fremme formålet, og tiltaket skal ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne.³² Advarselen kan heller ikke ta utgangspunkt i utenforliggende hensyn.

En arbeidstaker kan dermed ikke få advarsel om rent personlige forhold som ikke angår virksomheten, der det blir tatt utgangspunkt i utenforliggende hensyn. For eksempel er det klart at advarsel ikke kan gis fordi en arbeidsgiver ikke liker personligheten til en arbeidstaker. Dette vil for det første ikke være begrunnet i virksomhetens forhold og for det andre være begrunnet i utenforliggende hensyn. Videre må advarselen som nevnt være egnet til å fremme formålet. Eksempelvis må advarsel være gitt for å fremme formålet om å endre arbeidstakerens gjentatte adferd ved å komme for sent på jobb. Endelig må ikke advarselen gis vilkårlig. Dette vil si at dersom to arbeidstakere har samme stilling med like arbeidsoppgaver, kan ikke en arbeidstaker få advarsel for det samme forhold en annen arbeidstaker ikke ville fått advarsel for.

Kravet til forholdsmessighet innebærer at det må tas hensyn til hvor inngripende tiltaket er for den enkelte, i tillegg til generell respekt for privatliv og verdighet.³³ Dette blir imidlertid mer aktuelt i utøvelsen av andre kontrolltiltak enn advarsler, for eksempel i spørsmål om

²⁹ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 139.

³⁰ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 139.

³¹ Rt. 2001 s. 418 "Kårstø-dommen".

³² Rt. 2001 s. 418 "Kårstø-dommen" og Rt. 2000 s. 1602 "Nøkk-dommen".

³³ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 140.

personvern ved overvåking på arbeidsplassen. At det likevel gjelder et krav til forholdsmessighet ved advarsler er klart, selv om ikke spørsmålet settes på spissen ved denne formen for utøvelse av kontroll.

2 Om advarsler i arbeidsforhold

2.1 Grensen mellom advarsel og irettesettelse

Grensen mellom en advarsel og irettesettelse eller uformell tilbakemelding, kan noen ganger være vanskelig å fastslå. Det kan sies å foreligge en glidende overgang.

Å ha et klart skille mellom advarsel og irettesettelse kan være fordelaktig. For det første fordi en advarsel kan for arbeidstaker oppleves som et sterkt sanksjonsmiddel og både arbeidsgiver og arbeidstaker må vite hvilket sanksjonsmiddel som anvendes. For det andre fordi det kan ha store virkninger ved en eventuell oppsigelse- eller avskjedigelsessak. Irettesettelser brukes naturligvis hyppigere enn advarsler. Dette er helt nødvendig for å kunne gi arbeidstaker retningslinjer og føringer for utføringen av arbeidet. Det trenger ikke å være tale om feil eller lignende som arbeidstaker har skyld i for å få en irettesettelse. Det kan likeså godt gjelde forslag til forbedringer, tilleggsopplysninger, endringer eller andre måter å utføre arbeidsoppgavene på. Å ha et skille er derfor nødvendig. Det skal nedenfor skisseres et slikt skille.

2.2 Definisjon av begrepet advarsel og formkrav

Arbeidsmiljøloven inneholder som nevnt ingen definisjon av hva en advarsel er og heller ikke hvilken rettslig relevans advarsler kan ha i et arbeidsforhold. Margrethe Meder skriver at en advarsel i hovedsak kan ha to formål. Det første er at ved at en advarsel gis, pekes det på at den aktuelle opptreden er uakseptabel. Det andre er at advarselen skal virke som en instruks for å endre vedkommendes adferd i fremtiden.³⁴ Dersom adferden ikke endres ved gjentatte advarsler, vil advarslene kunne fungere som en del av dokumentasjonen ved en eventuell senere oppsigelse. Det er med andre ord en viktig rett for arbeidsgiver.

Det er videre ingen regler om formkrav for advarsler, men det klare utgangspunkt er at advarsler bør gis skriftlig. En dom fra Eidsivating lagmannsrett gjaldt oppsigelse av en

³⁴ Meder Margrethe: "Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2015 s. 2.

”hjelpemann” på en trevarefabrikk.³⁵ Her var det gitt en muntlig advarsel. Høyesterett uttaler at ”det burde ha vært gitt en skriftlig advarsel”. At dette ikke var gitt, kunne likevel ikke medføre at oppsigelsen var usaklig. Selv om det ikke kan oppstilles krav til skriftlighet, vil det altså være det foretrukne. En muntlig advarsel vil lett kunne oppfattes feil og i tillegg kunne føre til uklarheter i senere tid ved en eventuell oppsigelse. Spørsmål om det egentlig ble gitt en advarsel eller bare en irettesettelse kan oppstå. I tillegg vil dette ikke kunne bevises og dokumenteres i ettertid. Av hensyn til etterprøvbarhet, vil skriftlig advarsel derfor i all hovedsak være det mest ryddige og beste alternativet. På denne måten har også både arbeidsgiver og arbeidstaker dokumentasjon på at advarsel er gitt til senere tid, og dokumentasjonshensynet ivaretas. Dersom det likevel gis en muntlig advarsel, bør denne skrives ned i ettertid. Advarselen bør skrives ned med så klart språk som mulig og nærmest mulig slik den ble fremsatt. Slik kan kravet til dokumentasjon ivaretas.

Selv om det ikke kan oppstilles krav til skriftlighet, må det kunne oppstilles minstekrav til innholdet i advarselen. Heller ikke dette fremgår av arbeidsmiljøloven, forskrift eller forarbeidene til loven. Statens personalhåndbok 2019 kan imidlertid gi noen retningslinjer. Selv om Statens personalhåndbok gjelder for statsansatte, kan innholdet ha generell betydning og gi veiledning også for andre arbeidstakere. I håndboken fremgår det at gjennom advarselen får arbeidstaker beskjed om at dersom det utviste forholdet fortsetter, vil det kunne få videre følger. Dette er tidligere beskrevet som et av formålene til advarselen.³⁶ Det fremgår så at advarselen må være så klar som mulig og si noe om hvilke konsekvenser en gjentakelse eller annen uønsket adferd vil kunne få. Til slutt, fremgår det at det og kan stå hvilken adferd som kreves av arbeidstaker fremover. Dette presiseres som et ”kan” krav og er ment å lettere kunne veilede arbeidstaker i riktig retning når det gjelder fremtidig adferd.³⁷

Oppsummert, kan det innholdsmessig legges følgende til grunn. En advarsel skal være klar nok til at arbeidstaker forstår at det er en advarsel. Den skal si hvilket forhold arbeidstaker får advarsel for. Endelig hvilke videre følger det kan få dersom arbeidstaker ikke endrer sin opptreden. Advarselen kan også inneholde informasjon om ønsket, alternativ opptreden i fremtiden.

³⁵ NAD 1981-775 (Eidsivating lagmannsrett).

³⁶ Se første avsnitt under 2.2.

³⁷ Statens personalhåndbok 2.10.1.

2.3 Mer om skillet mellom advarsel og irettesettelse

I tilfeller hvor det klart fremgår av det skriftlige materialet arbeidstaker har mottatt at det gjelder en advarsel, oppstår ingen tvil. I muntlige tilfeller kan det som nevnt oppstå tvil. Det kan i tillegg oppstå tvil i skriftlige tilfeller hvor det ikke fremgår at det gjelder en advarsel, og arbeidsgiver gjerne veksler mellom formell og uformell tone og er uklar i språket. Hvor grensen da skal gå, er ikke klart. Dette kan illustreres med et eksempel:

En arbeidstaker kommer gjentatte ganger for sent til morgenvakten sin som konditor. Vakten starter kl. 05.00, men arbeidstaker kommer ofte et kvarter til 20 minutter for sent. Arbeidsgiver gir derfor arbeidstaker beskjed om at det er viktig at de ansatte kommer tidsnok på jobb. Arbeidstaker er enig i dette og beklager. For sent-kommingen opphører imidlertid ikke de neste ukene. Før helgen sender derfor arbeidsgiver en tekstmelding til arbeidstakeren, hvor det står at det er viktig at arbeidstaker kommer tidsnok, hvis ikke må de prates nærmere. Arbeidsgiver legger på to smilefjes og skriver at arbeidstaker må kose seg masse i helgen som kommer. Den påfølgende uken fortsetter arbeidstaker å komme for sent. Arbeidsgiver tar arbeidstaker til sides når hen kommer på jobb og forteller at arbeidstaker må skjerpe seg og begynne å komme på tiden. Arbeidstaker beklager seg igjen og sier at det er så lett å forsove seg på morgenen. Arbeidsgiver ler av dette og går inn på kontoret. Et par uker går og arbeidstaker fortsetter å møte for sent på jobb. På slutten av arbeidsdagen gir arbeidsgiver arbeidstaker et brev hvor det fremkommer at arbeidstaker sies opp på grunn av gjentatt for sent-komming og flere advarsler de siste ukene.

Spørsmålet som reises her, er om arbeidstaker egentlig kan sies å ha fått noen advarsel før oppsigelse. Det kan som nevnt være vanskelig å fastslå når det ikke fremkommer direkte muntlig eller skriftlig at det er en advarsel. I tillegg kan det forsterkes av at formell og uformell tone blandes sammen. Det sentrale er om det i ovennevnte eksempel er tale om en advarsel i rette forstand. I eksempelet kan det se ut til at arbeidsgivers intensjon har vært å gi arbeidstaker flere advarsler. Arbeidsgiver har likevel ikke presisert at det gjelder en advarsel verken muntlig eller skriftlig. Arbeidsgiver har heller ikke gitt uttrykk for hva som blir konsekvensene dersom arbeidstaker ikke endrer adferden i fremover. Det kan med dette se ut til at det i eksempelet ikke kan sies at arbeidstaker har fått en eller flere advarsler, men gjentatte irettesettelser. De få innholdskravene til advarsel som gjelder er ikke oppfylt. Det skal likevel ikke sees bort fra at arbeidstaker kunne ha blitt sagt opp på grunn av sin adferd, tross manglende formelle advarsler.

Videre vil det være interessant å se på når det bør gis advarsler fremfor irettesettelser. En advarsel bør klart ikke gis for enhver uønsket handling på arbeidsplassen. Dette vil svekke

betydningen av advarsler som virkemiddel for å bøte med uønsket adferd. I tillegg er advarsel et sterkt virkemiddel og ansett som en kraftig reaksjon. På den andre siden bør ikke terskelen settes for høyt, da en eller flere advarsler for arbeidsgiver vil kunne fungere som viktig dokumentasjon i en eventuell senere oppsigelsessak.³⁸

En løsning kan derfor bli at advarsler bør gis i de tilfellene hvor arbeidstaker klart har gått utenfor gjeldende regelverk, sin rolle, kompetanse eller sine plikter. Dette vil føre til at det blir en konkret, skjønnsmessig vurdering av hva som er å gå klart utenfor. Det vil likevel kunne være nyttig at arbeidsgivere holder seg til sanksjonsmiddelet advarsel i de tilfellene der overtrampet er *klart* og ikke for de mer bagatellmessige uønskede handlingene. For sistnevnte vil det være tilstrekkelig med irrettesettelse i form av uformell tilbakemelding eller mer opplæring.

2.4 Om arbeidstakers rett til å bestride eller imøtegå advarselen

Arbeidsgiver må alltid gi en advarsel på en slik måte at den blir tilstrekkelig oppfattet av arbeidstaker. Ved uklarheter eller manglende forståelse på gitt advarsel, har arbeidsgiver bevisbyrden.³⁹ Arbeidsgiver bør kreve at arbeidstaker kvitterer på mottatt advarsel. Dette er for å sikre at arbeidstaker virkelig har oppfattet advarselen, men og for senere dokumentasjon i en eventuell oppsigelsessak.

Et annet tilfelle er dersom en arbeidstaker oppfatter advarselen, men er uenig i innholdet av den. Da vil hen alltid ha rett til å bestride eller imøtegå advarselen. Noe krav til at arbeidstaker må imøtegå eller bestride advarselen kan imidlertid ikke fremsettes, men arbeidstaker kan ha fremtidig nytte av å gjøre dette. Det vil da kunne fungere som et motsvar eller senere dokumentasjon på at arbeidstakeren er uenig i advarselen og ha betydning for den eventuelle vekten av advarselen i en oppsigelsessak. Bestridelsen kan gjøres muntlig eller skriftlig, men også her vil skriftlighet være det mest ryddige. Arbeidstaker bør begrunne hvorfor og på hvilken måte advarselen er uberettiget. Dersom arbeidstaker ikke har bestridt advarselen og

³⁸ Advarsel i arbeidsforhold, <https://arbinn.nho.no/arbeidsrett/oppsigelser/oppsigelse-p.g.a.-arbeidstakers-forhold/advarsel-i-arbeidsforhold/> (mai 2019).

³⁹ Rt. 2001 s. 1362 s. 1375.

det senere blir fremhevet i en oppsigelsessak, kan det få betydning i arbeidstakers disfavør. Arbeidstakers passivitet tillegges altså vekt.

Hensynet til kontradiksjon vil også tale for arbeidstakers rett til å bestride eller imøtegå advarselen allerede ved selve utstedelsen. Da får arbeidstaker en reell mulighet for å uttale seg gjennom imøtegåelse eller bestridelse av advarselen. Dette kan føre til at advarselen muligens ikke blir gitt, eller eventuelt trukket tilbake dersom den allerede er gitt. Dette kan være gjennom forklaringer om hva som er skjedd, årsaken til forholdet advarselen gis for og begrunnelse for hvorfor advarsel ikke er riktig sanksjon. På denne måten ivaretas kravet til kontradiksjon allerede ved utstedelsen av advarselen.

Det kan reises spørsmål ved om arbeidsgiver burde ha en plikt til å anmode arbeidstaker om å komme med et tilsvarende svar til advarselen. En slik plikt foreligger imidlertid ikke, men spørsmålet er viktig av hensyn til kontradiksjon og stillingsvern, og dermed verdt å stille seg. Spørsmålet skal drøftes nærmere i del 3.

2.5 Betydningen av at en eller flere advarsler er gitt

Det følger indirekte av lovens ordlyd angående saklighetskravet i § 15-7 og sikker rettspraksis, at en oppsigelse ikke skal komme overraskende på arbeidstaker. Derfor vil man normalt kreve at en eller flere advarsler gis før oppsigelse.⁴⁰ Arbeidsgiver bærer bevisbyrden for at oppsigelsen er gitt på saklig grunnlag og at saksbehandlingen forut er forsvarlig. Advarselen blir da en del av denne saklighetsvurderingen.

Dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1362 handler om gyldigheten av en oppsigelse av en adjunkt i videregående skole. Grunnlaget for oppsigelsen var manglende samarbeidsevner og illojal opptreden overfor overordnede og kollegaer. I dommen anfører ankende part følgende:

”Selv om det ikke er noe vilkår for oppsigelse på grunn av samarbeidsproblemer at det er gitt advarsel, vil det kunne ha betydning ved saklighetsvurderingen.”⁴¹ Ankemotpart anfører også at: ”Selv om det ikke er noe vilkår for oppsigelse på grunn av samarbeidsproblemer at arbeidstakeren har fått advarsel, må det tillegges betydelig vekt ved saklighetsvurderingen hvorvidt advarsel er gitt.”⁴²

⁴⁰ Marion Holthe Hirst og Sven Ivar Lønneid, *Arbeidsrett i et nøtteskall*. Gyldendal Juridisk, 2015 s. 254.

⁴¹ Rt. 2001 s. 1362 s. 1373.

⁴² Rt. 2001 s. 1362 s. 1375.

Høyesterett kom i dommen frem til at vilkårene for ”saklig grunn” var oppfylt. I dommen uttaler Høyesterett følgende om betydningen av advarsler etter partenes anførsler:

”Ved vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det kunne være et moment om det er gitt advarsel, hvor det er blitt klart at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse. Foruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til tross for advarselen har handlet slik han har gjort, vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg, se Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, 4.utgave (2001), side 247 ff.”⁴³

Høyesterett er altså enig med de anførende partene i at advarsel ikke kan anses som et vilkår for gyldig oppsigelse, men at det må tillegges betydelig vekt ved saklighetsvurderingen om advarsel(er) er gitt. Betydningen av at det er gitt advarsel for et konkret forhold vil altså kunne ha betydning for om selve oppsigelsen er saklig begrunnet. Dersom oppsigelsen er begrunnet i arbeidstakers prestasjoner utenom de helt basale arbeidsoppgavene eller helt massive og åpenbare brudd som det skal sees på nedenfor i punkt 2.7, kan det vanskelig tenkes at oppsigelsen er saklig begrunnet uten at advarsel er gitt. Det vises til det som er skrevet ovenfor med at arbeidstaker som regel må få mulighet til å innrette seg og forbedre sine prestasjoner. Innrettelsen og muligheten til å forbedre sine prestasjoner er ofte det som skal til, og da faller man tilbake på proporsjonalitetsprinsippet med at et mindre inngripende tiltak som advarsel kan være tilstrekkelig fremfor å gå rett til oppsigelse. I mange tilfeller kan det tenkes at arbeidstaker ikke er klar over at egne arbeidsprestasjoner er av den art at de ikke anses gode nok. En advarsel kan da være det som skal til for å endre på dette.

Dommen inntatt i Rt. 1982 s. 1729 omhandlet avskjedigelse av en lektor ved videregående skole. Selv om dommen omhandler avskjedigelse og ikke oppsigelse, er uttalelsene likevel relevante i forståelsen av betydningen av gitte advarsler. Det sentrale i denne sammenheng, er Høyesteretts uttalelser angående betydningen av at advarsel ble gitt. Høyesterett uttaler følgende:

”Før jeg går videre, kan det være grunn til å si noe om den rettslige betydning av den advarsel A fikk. Når skolemyndighetene i 1977 hadde nøydt seg med en advarsel, innebar dette at A senere ikke kunne avskjediges uten at noe nytt kom til. Samtidig var advarselen et varsko til A om å innrette sin undervisning og sin opptreden for øvrig slik at avskjedsspørsmålet ikke ble tatt opp på ny. Videre innebar advarselen at om noe nytt kom til, ville dette måtte vurderes sammen med det som tidligere

⁴³ Rt. 2001 s. 1362 s. 1377.

forelå. Jo mer alvorlige de forhold var som hadde ledet til advarselen, desto mindre ville det måtte kreves av nytt for at det kunne lede til avskjed”.⁴⁴

Som Høyesterett uttaler, er det viktig å se at en arbeidstaker ikke kan avskjediges eller bli oppsagt etter en advarsel uten at noe nytt kommer til. Dette betyr at dersom en arbeidstaker får en advarsel for et konkret forhold, eksempelvis for gjentatte ganger å komme for sent til avtalt arbeidstid, vil ikke arbeidstakeren kunne sies opp eller avskjediges uten at vedkommende har gjort seg skyldig i ”noe nytt”. I dette tilfellet må altså arbeidstaker etter å ha fått en advarsel fortsette å komme for sent. På denne måten er kravet til ”noe nytt” fra rettspraksis oppfylt. Og dersom det tidligere misligholdet er ”avgjort” ved advarsel, er det selvsagt ikke til hinder for å ilegge forholdet og advarselen vekt i en eventuell oppsigelsessak.⁴⁵ Dette ville ha stridt mot advarselens formål om dokumentasjonshensyn.⁴⁶

Høyesterett fremhever i tillegg at jo mer alvorlige forhold som arbeidstaker har gjort seg skyldig i som har ledet til advarselen, desto mindre kreves av noe nytt. Dommen angir i tillegg at advarselen A her fikk, var et varsko om å endre sin adferd for at ikke ytterligere tiltak skulle bli iverksatt. Det er jo nettopp det som er fremhevet som et av formålene med advarsel i arbeidsforhold.⁴⁷

En dom fra Agder lagmannsrett kan også si noe om betydningen av at det er gitt advarsel.⁴⁸ Lagmannsretten uttaler følgende i dommen:

”Jamvel om det ikkje er noko vilkår om det på førehand er gjeve ei åtvaring før ei lovleg opseeing, jf. Fougner/Holo, side 782-783 med vidare tilvising, vil det etter omstende kunne leggjast vekt på – i disfavør av arbeidsgjevaren – at varsel ikkje er gjeve”.

Også denne dommen viser til at advarsel ikke kan anses som et vilkår for saklig og gyldig oppsigelse. Dommen uttrykker også noe annet viktig, nemlig at dersom det ikke er gitt advarsel før en oppsigelse, kan dette vektlegges i disfavør av arbeidsgiver.

⁴⁴ Rt. 1982 s. 1729 s. 1735.

⁴⁵ Fanebust, 3. utgave 1995 s. 252.

⁴⁶ Meder Margrethe: ”Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2015 s. 2 og avsnitt 2.2

⁴⁷ Meder Margrethe: ”Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2015 s. 2 og avsnitt 2.2

⁴⁸ LA-2009-24944 (Agder lagmannsrett).

2.5.1 Andre momenter i saklighetsvurderingen

Ettersom advarsel bare er et av flere moment i saklighetsvurderingen i en oppsigelsessak, vil det også være flere andre momenter som må inngå i vurderingsgrunnlaget. Det kan anses fordelaktig å nevne de andre momentene, slik at advarsel settes i sin kontekst i saklighetsvurderingen. Fanebust fremhever at det sentrale punkt i en oppsigelsessak blir om arbeidstaker fortsatt er skikket for stillingen.⁴⁹ Dette kan bety to ting; arbeidstaker kan sies opp til tross for ikke så alvorlige forhold, og at arbeidstaker ikke nødvendigvis kan sies opp til tross for alvorlige forhold. Av sentrale momenter i vurderingen utenom advarsel kan det blant annet nevnes arbeidstakers dugelighet, den utløste handlingen, preventive momenter, virksomheten, arbeidstakers stilling og vern, og eldre forhold.⁵⁰ Ettersom advarsel er det sentrale for oppgaven, skal de andre momentene ikke problematiseres videre. Vekten av eldre forhold skal imidlertid gjennomgås nærmere i avsnitt 2.5.2 nedenfor, ettersom dette momentet står i en særstilling når det gjelder advarsler.

2.5.2 Vekten av eldre forhold

Slik det fremgår av rettspraksis og gjennomgangen ovenfor, kan ikke arbeidstaker sies opp etter en advarsel uten at ”noe nytt” kommer til.⁵¹ Et interessant spørsmål som i det følgende skal sees på, er om retten kan legge vekt på tidligere forhold dersom ”noe nytt” har kommet til.

Dommen inntatt i Rt. 1963 s. 1013 gjaldt en kommunearbeider som ble oppsagt grunnet alkoholmisbruk og økonomiske misligheter. Her kom Høyesterett til at det var berettiget å ta i betraktning også tidligere, eldre forhold. Dette selv om det var ”opp og avgjort” ved advarsel og suspensjon uten lønn.⁵²

I en dom fra Skien og Porsgrunn behandlet retten avskjedigelse på grunn av ”skoft” -fravær fra arbeidet uten gyldig grunn.⁵³ Her kom retten til at skoft fra 1977 ikke kunne tillegges særlig betydning, ettersom forholdene lå så langt tilbake i tid. Avgjørelsen fra 1979 kom altså i motsetning til avgjørelsen fra 1963 til at eldre forhold ikke kunne tillegges vekt. I

⁴⁹ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 257.

⁵⁰ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 257-259.

⁵¹ Se Rt. 1982 s. 1729.

⁵² Fanebust, 5. utgave 2017 s. 250 og Rt. 1963 s. 1013 og særlig side 1019. Fanebust viser også til at det samme er lagt til grunn i Mfa-1969-7045 Nedre Romerriktet.

⁵³ LARD-1979-158 Skien og Porsgrunn og Fanebust, 5. utgave 2017 s. 250.

avgjørelsen fra 1979 var det ikke tidligere reagert med advarsel, noe det var i Rt. 1963 s. 1013. Dette antar Fanebust at er et moment. De eldre forholdene var heller ikke nevnt i den opprinnelige oppsigelse som senere ble omgjort til avskjed fra bedriften sin side i avgjørelsen fra 1979.⁵⁴

Konklusjonen må bli at tidligere forhold kan tillegges vekt, men at hvor langt tilbake i tid forholdene faktisk ligger kan ha betydning for vekten. Også andre momenter har innvirkning i den konkrete saken og kan ha utslagsgivende vekt dersom tidsperspektivet er likt i de to sakene. Dette var tilfellet i avgjørelsen fra 1979. Det vil da svekke betydningen av eldre forhold. Et siste viktig moment er om det tidligere er reagert med advarsel eller ikke. Dersom det er det, vil det tale for å ilegge det eldre forholdet mer vekt enn omvendt.

2.6 Advarselens vekt

Det vil etter gjennomgang av sentral rettspraksis være vanskelig å fastslå en eksakt vekt av en advarsel. Etersom tilfellene i praksis er så ulike, vil dette variere. Det kan likevel oppstilles noen retningslinjer. Som tidligere nevnt, kan advarselens formulering og klarhet ha betydning. Om advarselen er formulert skriftlig og med klar ordlyd og klart innhold, vil det kunne gi den mer vekt enn om det motsatte var tilfellet. Videre kan antall advarsler og tidsforløpet ha betydning. Dersom det er gitt mer enn en advarsel om samme eller nært beslektede forhold, kan dette tale for å tillegge advarselen(e) mer vekt, enn om det bare er gitt en enkelt advarsel. Dersom advarselen ligger tett opp mot oppsigelsen, kan det også tale for å tillegge den mer vekt enn om den ligger langt tilbake i tid. En årsak som på den andre siden kan svekke vekten av en advarsel, er dersom arbeidstaker har en eldre advarsel tilbake i tid, og ikke får flere advarsler for samme forhold om hen gjentar sin adferd. Altså dersom arbeidsgiver lar det neste misligholdet gli forbi, trekker dette i retning av at den eldre advarselen mister mye av sin verdi.

At kontradiksjonshensynet er ivaretatt gjennom prosessen, kan også ha betydning for vekten av advarselen. Dersom arbeidsgiver vil slå i bordet med at det er gitt advarsel og at dette skal få utslagsgivende vekt, må den tidligere saksbehandlingen være tilfredsstillende og forsvarlig. Dette betyr at arbeidstaker må ha fått ivaretatt hensynet til kontradiksjon også rundt selve advarselen, eksempelvis gjennom bestridelse eller imøtegåelse. Dersom dette er tilfellet, taler

⁵⁴ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 250.

det for å legge mer vekt på advarselen. Om det derimot ikke skulle være tilfelle, kan arbeidsgiver ha begått en saksbehandlingsfeil, noe som gjør at retten kan ende opp med å se helt bort fra advarselen. Viktigheten av kontradiksjonshensynet og saksbehandlingen forut, er derfor sentralt.

Videre må det kunne stilles opp en annen retningslinje. Ved alvorlig mislighold, legges det ikke så mye vekt på advarsler, jf. Rt. 2001 s. 1363. I dommen uttaler Høyesterett at advarsel i dette tilfellet ikke hadde betydning selv om det var gitt, da misligholdet var så massivt, åpenbart og vedvarende at saklighetskravet uansett var oppfylt. Det kan dermed se ut til at det legges mer vekt på advarsler ved mindre alvorlig mislighold. Årsaken er at ved at arbeidstaker har fått en eller flere advarsler for mindre alvorlige mislighold med det formål og både påpeke og endre fremtidig adferd, og arbeidstaker ikke gjør dette, kan det til sammen resultere i at saklighetskravet for oppsigelse er oppfylt. Det er nettopp i disse tilfellene at advarsler kommer på spissen. Arbeidstakers handling er ikke så alvorlig at vedkommende kan avskjediges eller sies opp med en gang, men likevel alvorlig nok til at dersom arbeidstaker ikke endrer sin adferd, vil fremtidig oppsigelse kunne bli aktuelt. At arbeidsgiver har forsøkt å bøte med den uønskede adferden ved å ha gitt advarsel og en atferdsendring ikke skjer, vil det kunne resultere i en oppsigelse. Det er i disse tilfellene advarsel kommer til sin bredde.

2.7 Saklig oppsigelse uten at advarsel er gitt på forhånd

Ettersom advarsel ikke er et vilkår for saklig oppsigelse, kan det i noen tilfeller foreligge en saklig oppsigelse uten at advarsel er gitt på forhånd. I dette avsnittet skal det sees på noen av disse tilfellene og om det er mulig å fastslå noen utgangspunkter.

I dommen inntatt i Rt. 2001 s. 1363 konkluderte Høyesterett med at advarsel i det konkrete tilfellet ikke hadde betydning, ettersom misligholdet var så grovt at saklighetskravet uansett var oppfylt. Fra denne dommen kan det dermed utledes at advarsler spiller en mindre rolle ved grovt mislighold som det også er nevnt ovenfor. Dette er altså det ene utgangspunktet som kan oppstilles.

Fanebust skriver at det som regel ikke er grunn til å kreve advarsel dersom arbeidstaker har vært klar over bedriftens syn eller burde ha vært klar over dette.⁵⁵ I ordlyden ”klar over eller

⁵⁵ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 252.

burde ha vært klar over” ligger det et aktsomhetskrav til arbeidstaker. Eksempler er arbeidstakere i en overordnet eller selvstendig stilling hvor det er nærliggende å anta at arbeidstaker har et større utgangspunkt for å være klar over eller burde være klar over bedriftens syn. Et annet eksempel Fanebust nevner, er en stilling hvor stillingsbeskrivelsen og kravene er så tydelig definert og eventuelt senere fulgt opp med konkrete presiseringer gjennom irettesettelser, at saklighetskravet må anses oppfylt tross mangel på advarsel.⁵⁶ En gjennomgang av sentral rettspraksis nedenfor understøtter dette.

I en dom fra Arbeidsretten ble en ansvarlig skiftleder ved et forbrenningsanlegg oppsagt fordi han to ganger hadde forlatt arbeidsstedet i arbeidstiden uten lovlig grunn.⁵⁷ Ankende part anførte at det måtte legges betydelig vekt på at arbeidstaker ikke hadde fått en klar og tydelig advarsel før oppsigelsen.⁵⁸ Det ble i Arbeidsretten derimot lagt vekt på at han hadde en stilling med mye ansvar og at det måtte ”fortone seg som selvsagt for ham at han ikke kunne opptre som han gjorde”. At det da ikke var gitt advarsel var uten betydning i det konkrete tilfellet.⁵⁹

Dette vil også kunne gjelde for alle arbeidstakere, dersom det gjelder den generelle evnen til å utføre arbeidet. Dersom det er tale om de helt elementære arbeidsoppgavene, vil advarsel normalt ikke ha betydning, jf. Rt. 1956 s. 578. I denne dommen ble en arbeidstaker oppsagt på grunn av egenrådig opptreden i tjenesten, og at det ikke var gitt advarsel ble ikke tillagt vekt. Han burde selv forstå at arbeidet han utførte ikke kunne fortsette og at ledelsen var misfornøyd med han.⁶⁰

Det kan også sees på en dom fra Ytre Sogn herredsrett om oppsigelse av en vaktmester i prøvetiden.⁶¹ Dommen viser til Rt.1956 s.578 og fremhever at det i det konkrete tilfellet var tale om elementære oppgaver, så elementære som enhver – også uten fagkunnskap - måtte kunne se og vurdere at ikke var tilstrekkelig utført. Det måtte da må kunne stilles mindre strenge krav til de advarsler som var gitt. A hadde fått kritikk i form av irettesettelse for sitt arbeid, og måtte selv forstå at arbeidet ikke kunne fortsette i lengden.

⁵⁶ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 252.

⁵⁷ ARD-1979-65.

⁵⁸ ARD-1979-65 s. 67.

⁵⁹ ARD-1979-65 side 71 og Fanebust, 5. utgave 2017 s. 252-254. Fanebust nevner også flere andre sentrale tingrettsdommer, men de fleste gjelder avskjed. Uttalelser om at det var uten betydning at det ikke tidligere var gitt advarsel vil likevel kunne underbygge det også ved oppsigelse. Se blant annet NAD-1987-338 (Eidsivating lagmannsrett) og NAD-1988-880 (Tana og Varanger herredsrett).

⁶⁰ Dege, Jan Tormod: Arbeidsgivers styringsrett, bind II. Oppsigelse og avskjed, den alminnelige del. DEGE & Co. Advokatfirma ANS, Minerva, Oslo 1997 s. 296-297 og Rt. 1956 s. 578.

⁶¹ NAD 1981-593 (Ytre Sogn herredsrett).

Fanebust fremhever likevel at det kan være avgjørende om advarsel er gitt i tvilstilfeller. Dersom det foreligger tvil om arbeidsgiver har gjort stillingskravene tilstrekkelig kjent, at forholdet det gjelder har pågått over lengre tid og arbeidsgiver ikke har fulgt opp i tilstrekkelig grad, kan advarsler få en særlig betydning for om saklighetskravet er oppfylt. Som eksempel kan en avgjørelse fra Oslo byrett nevnes.⁶² Saken gjaldt en tidligere daglig leder som hadde fått ny stilling som salgsmedarbeider.⁶³ Han opptrådte stadig som om han enda var daglig leder og hadde ikke villet innrette seg etter den nye stillingen. Han hadde i tillegg misligholdt arbeidsavtalen på andre måter. Blant annet ved å komme for sent, vært fraværende, opptrådd illojalt og forsøkt å få dekket private regninger av selskapet. Arbeidstakeren ble derfor avskjediget. Retten konkluderte med at avskjedigelsen var urettmessig og at arbeidstakeren ”burde også ha fått klarere advarsel”. Retten la likevel til grunn at vilkårene for oppsigelse utvilsomt var oppfylt, slik at han kunne ha blitt oppsagt istedenfor avskjediget. Dette viser at vilkåret om saklig grunn lettere anses oppfylt ved manglende advarsel i avskjedssaker enn i oppsigelsessaker. I tillegg det sentrale; at i et tvilstilfelle som dette burde arbeidstaker ha fått klarere advarsel.

Konklusjonen må være at det beror på en konkret vurdering i hvilken utstrekning det skal legges vekt på om det er gitt advarsel når det tas stilling til om oppsigelsen er saklig begrunnet. Dersom det er gitt advarsel, må det særlig legges vekt på hvor klart den er formulert og om den er fulgt opp innen rimelig tid.⁶⁴ I tvilstilfeller kan imidlertid advarsel få en særlig betydning.

Det kan etter denne gjennomgangen skisseres to ytterpunkter hvor advarsel neppe kan kreves for at saklighetskravet skal kunne anses oppfylt. Det ene, i de aller mest alvorlige tilfellene, hvor misligholdet er så grovt at saklighetskravet er oppfylt for oppsigelse til tross for manglende advarsel. Det andre, der arbeidsoppgavene er så elementære, basale og ”enkle” at arbeidstaker selv må forstå at arbeidet hen gjør ikke er godt nok, og at det ikke kan fortsette uten at det får videre konsekvenser.

⁶² Dommen gjelder avskjed, men uttalelsen om at arbeidstaker burde ha fått en klarere advarsel understreker advarselens betydning i tvilstilfeller. Følgelig kan uttalelsen også være relevant når det gjelder oppsigelse.

⁶³ NAD-1986-650 (Oslo byrett).

⁶⁴ Fanebust, 5. utgave 2017 s. 253.

2.8 Det sentrale etter en gitt advarsel; reell mulighet til forbedring

Etter at arbeidstaker har fått en advarsel, skal vedkommende få reell mulighet til å forbedre seg og endre sin adferd. Dette er jo også et av formålene med advarselen.⁶⁵

En dom fra Hålogaland lagmannsrett er aktuell.⁶⁶ Dommen omhandlet en anleggsmaskinoperatør som ble oppsagt etter at et firma hadde overtatt servicevirksomheten. Oppsigelsen var begrunnet i manglende vilje til forbedring og illojalitet. A var gitt advarsel, men oppsigelsen ble likevel kjent usaklig og dermed ugyldig. Lagmannsrettens flertall uttalte:

"Så lenge det ikke var gjort tilstrekkelig klart for A hvilke forhold man siktet til og hvilke endringer man forventet, fremstår oppsigelsen som forhastet og mangelfullt begrunnet. Slik flertallet vurderer forholdet, ble A ikke gitt noen reell mulighet til å forbedre seg. Oppsigelsen må derfor settes til side som ugyldig."

Slik retten fremhever, ble ikke A gjort kjent med forholdene det var siktet til og endringene arbeidsgiver forventet. A hadde dermed ikke fått noen reell mulighet til å forbedre seg. I denne saken var altså advarsel gitt, men oppsigelsen ble likevel kjent ugyldig. Igjen kan det sentrale innrettelseshensynet trekkes frem. Arbeidstaker må ha fått en reell mulighet til å forbedre seg ved mindre alvorlige mislighold. At A hadde fått advarsel, men ikke en reell mulighet til forbedring, fikk da innvirkning på saklighetskravet og oppsigelsen ble kjent ugyldig.

En dom fra Arbeidsretten er sentral når det gjelder den konkrete vurderingen for om advarselen er klar og fulgt opp innen rimelig tid og er illustrerende når det gjelder reell mulighet til forbedring.⁶⁷ Dommen gjaldt en ekspeditør som gjentatte ganger kom for sent til jobb og derfor ble oppsagt. Det var fire dager mellom møtet hvor arbeidstaker ble gjort kjent med forholdene, og dagen han ble oppsagt. Det ble også gitt advarsel noen dager før oppsigelsen. Arbeidsretten kom frem til at forholdet, gjentatt for sent- komming, isolert ga grunnlag for saklig grunn til oppsigelse. De konkluderte imidlertid med at arbeidsgiver hadde

⁶⁵ Meder Margrethe: "Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold", *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2015 s. 2, og avsnitt 2.2.

⁶⁶ LH-1999-1004 (Hålogaland lagmannsrett).

⁶⁷ ARD-1979-43.

vært for rask med å si opp arbeidstaker og at arbeidstaker burde fått en reell mulighet til å vise at hen kunne forbedre seg og begynne å overholde arbeidstiden. Oppsigelsen ble dermed kjent ugyldig.⁶⁸ Avgjørelsen illustrerer at arbeidstaker bør få tid til å innrette seg etter advarselen og vise at hen vil kunne forbedre seg. Et eksakt tidsperspektiv er ikke mulig å legge til grunn, men at arbeidstaker i alle fall får en viss tid til å vise forbedring, må kunne legges til grunn som et utgangspunkt fra advarsel til oppsigelse med hensyn til innrettelseshensynet. Av betydning må imidlertid også være om den gitte advarselen gjelder samme, lignende eller helt andre forhold enn begrunnelsen for oppsigelsen. Utøver arbeidstaker samme handling eller unnlattelse av handling hen for ikke lang tid siden har fått en klar advarsel om, kan ikke kravene til tid og innrettelseshensynet før oppsigelse være for strenge. På samme måte, kan det heller ikke gå for lang tid mellom gitt advarsel og oppsigelse.⁶⁹

2.9 Avsluttende digresjon om advarsler - Om arbeidsgivers rett til å oppbevare advarsler

Når det gjelder oppbevaring og sletting av advarsler i arbeidsforhold, må det sees i sammenheng med reglene i lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (personopplysningsloven). Loven regulerer behandling av personopplysninger for fysiske personer, jf. GDPR - EU-forordning om personvern som nå er implementert gjennom den nye personopplysningsloven art. 1 nr. 1. Formålet med loven er å sikre vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter, særlig vernet av personopplysninger, jf. art 1 nr. 2. En advarsel lagres som regel i arbeidstakernes personalmapper og angår den enkelte fysiske person. Det er i tillegg en opplysning som kan identifiseres med personen det gjelder, se art. 4 nr. 1. En advarsel kan følgelig anses som en personopplysning.

GDPR får anvendelse på ”behandling av personopplysninger”. Begrepet ”behandling” er et vidt begrep og omfavner ”enhver bruk av personopplysninger”, også lagring som her er temaet, jf. art. 4 (2).⁷⁰

⁶⁸ ARD-1979-43 og Fanebust, 5. utgave 2017 s. 253.

⁶⁹ Se 2.6 om at det på samme måte ikke kan gå for lang tid mellom flere advarsler ved samme mislighold. Arbeidsgivers passivitet tillegges vekt. Et eksakt tidsperspektiv er ikke mulig å fastslå, da det vil bli en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

⁷⁰ Se også Meder Margrethe: ”Med blanke ark? Om sletting av advarsler i arbeidsforhold”, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2015 s. 1, men det er viktig å se at artikkelen er skrevet før implementeringen av GDPR.

Etter personopplysningsloven kan personopplysninger, herunder advarsler gitt en arbeidstaker oppbevares så lenge det anses som ”nødvendig”, jf. personopplysningsloven som gjennom hele loven i samsvar med lovens formål oppstilles et nødvendighetskrav.⁷¹ Arbeidsgiver må altså vurdere dette nødvendighetskravet i det konkrete tilfellet. Ordlyden i loven gir ikke et konkret svar på lagringstid og det gjør heller ikke forarbeidene til loven. En ordlydstolkning av ”nødvendig” legger opp til en skjønnsmessig vurdering. Cecilie Søvik kom i 2018 før GDPR-implementeringen med følgende uttalelse i sin artikkel om hvorvidt arbeidstaker kan kreve at en advarsel trekkes tilbake :

I påvente av GDPR-implementeringen, har Høyesterett gått ut med en anbefaling til landets arbeidsgivere. De fremhever at en advarsel som hovedregel skal slettes etter fem år med mindre ”særlige grunner” taler for å oppbevare den lengre. Slike grunner kan være nye advarsler eller annet mislighold.⁷²

Også omstendighetene rundt advarselen og om disse er opphørt vil være aktuelle momenter. Hvis omstendighetene rundt advarselen er oppsigelse, taler dette for å oppbevare advarselen frem til saken er over. Dersom omstendighetene rundt advarselen er flere advarsler for lignende forhold, taler dette for utvidet oppbevaringstid. Ved å oppstille et krav om oppbevaring i fem år, har de trolig sett hen til lov om statsansatte mv. 16. juni 2017 nr. 67 (statsansatteloven) § 25 (4), som oppstiller et krav om oppbevaring i maks fem år når det gjelder opplysninger om ordenstraff. Dette kan i alle fall gi en viss veiledning også når det gjelder advarsler. Uttalelsen kan dermed også sies å være aktuell som et utgangspunkt etter GDPR-implementeringen.

Datatilsynet har fremhevet at arbeidsgiver bør informere arbeidstakeren om hvor lenge advarselen skal lagres i det konkrete tilfellet. Dette er for å sikre forutsigbarhet og rettssikkerhet for arbeidstaker og hindre eventuelle senere konflikter.⁷³

I avsnittet 2.4 ble det kort nevnt at det er et interessant spørsmål om arbeidsgiver burde ha en plikt til å anmode arbeidstaker om å komme med tilsvar til en advarsel. I forlengelsen av dette

⁷¹ Se for eksempel punkt 39 i GDPR om at ”Personopplysningene bør være adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for. Dette krever særlig at det sikres at personopplysningene ikke lagres lenger enn det som er strengt nødvendig”.

⁷² Søvik, Cecilie Wille: ”Kan en arbeidstaker kreve at en advarsel trekkes tilbake?” *Magma*, 2018, Årg. 21 nr. 5, s. 90-91.

⁷³ <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/personalmappe/> (mai 2019).

spørsmålet er det interessant hvorvidt arbeidsgiver også bør ha en plikt til å lagre det eventuelle tilsvaret. Spørsmålet om det bør foreligge en slik lagringsplikt skal drøftes nærmere i del 3.

2.10 Om arbeidstakers rett til å kreve sletting av advarsler

Som nevnt ovenfor er utgangspunktet at en advarsel kan lagres i arbeidstakers personalmappe så lenge det anses nødvendig for formålet med advarselen. Med andre ord må advarselen som utgangspunkt slettes når det ikke lenger er nødvendig å oppbevare den i samsvar med formålet for oppbevaringen. I nye GDPR art. 17 bokstav a er dette nå uttrykkelig fastslått.

Slettingen skal som utgangspunkt skje av eget tiltak fra arbeidsgiver og ikke være noe arbeidstaker må kreve. Slettingen skal i tillegg skje uten ugrunnet opphold. Dersom det likevel ikke skjer, har arbeidstaker rett til å kreve sletting og dersom dette ikke er nok, eventuelt rette et rettslig krav mot sin arbeidsgiver. Et eksempel på når det ikke lenger er nødvendig å oppbevare en advarsel kan være at arbeidstaker slutter i jobben sin eller etter flere år får ny stilling i samme virksomhet. Et annet eksempel er at det har gått fem år eller mer og at arbeidstaker i løpet av denne tiden ikke har fått flere advarsler eller gjort seg skyldig i annet mislighold som taler for utvidet oppbevaringstid. Da vil man kunne benytte seg av utgangspunktet nevnt ovenfor før GDPR, hvor advarselen som hovedregel skal slettes etter fem år med mindre ”særlige grunner” taler for å oppbevare den lengre.

3. Avslutning om advarsler

3.1 Trenger vi advarsler?

Etter gjennomgangen ovenfor, blir svaret på spørsmålet relativt klart; vi trenger advarsler. Som fremstillingen ovenfor viser, er advarsler et essensielt virkemiddel for arbeidsgiver til å bøte med uønsket adferd hos arbeidstaker. At det i også vil kunne fungere som dokumentasjon i senere tid, forsterker dette. I tillegg fungerer advarselen som et vern for arbeidstaker, da vedkommende får mulighet til og både innrette seg, men og imøtegå forholdene rettet mot seg. Advarsler er et varsko til arbeidstaker om å endre sin adferd. Denne varskoer er viktig, men og nødvendig for at arbeidstaker skal endre sin adferd for ikke at en oppsigelse eller avskjedigelse skal komme uventet. Dersom arbeidstaker ikke endrer sin adferd vil en tidligere advarsel føre til at oppsigelsen ikke kommer uventet. Advarsler som virkemiddel i arbeidsretten er dermed i begge parters interesse. Det er derfor flere klare holdepunkter for at det trengs advarsler i arbeidsretten.

3.2 Bør det foreligge en plikt for anmodning av tilsvar og lagring av tilsvar for arbeidsgiver?

I 2.4 ble det stilt spørsmål om arbeidsgiver bør ha en plikt til å komme med anmodning til tilsvar på en gitt advarsel for arbeidstaker. Og i punkt 2.9 i forlengelsen av dette, om arbeidsgiver bør ha en plikt til å oppbevare og lagre et eventuelt tilsvar.

En slik plikt vil naturligvis føre til at flere arbeidstakere imøtegår advarselen og at man derfor hindrer passivitet fra arbeidstakers side. Flere arbeidstakere vil nok oppleve ubehag ved å komme med et tilsvar på advarselen på egenhånd, ettersom det er lett å føle det som en protest fra arbeidstakers side. I tillegg er det også trolig mange som ikke vet at de kan eller bør komme med et tilsvar dersom de er uenige i at advarselen gis eller innholdet i den. Det er også naturlig å anta at noen arbeidstakere kan være redde for stillingen sin eller for andre konsekvenser på arbeidsplassen ved å bestride en advarsel på egenhånd.

Ved at arbeidsgiver ilegges en plikt til å oppfordre arbeidstaker om å imøtegå advarselen med et tilsvaer, svekkes dette stigmaet og det gjøres til en normal og forventet del av prosessen. De arbeidstakerne som likevel ikke ønsker å gi et tilsvaer, til tross for at dette kan gå i deres disfavør i en eventuell oppsigelsessak, behøver heller ikke det. Jeg tror likevel fordelene ved at det anses som en del av prosessen er større for de som gjør det enn ulempene for de som lar være.

Et annet argument som henger tett sammen med det nevnte ovenfor, er at dersom arbeidstaker blir oppfordret til å komme med et tilsvaer, kan det sikre likebehandling av partene og utjevne styrkeforholdet hvor arbeidsgiver er den sterke part. I tillegg sikres arbeidstakers rett til kontradiksjon ved at det er større sjanse for at arbeidstaker imøtegår advarselen med kravene rettet mot seg. Det kan tenkes at det for arbeidstaker kan være lettere å forstå alvoret i situasjonen dersom hen blir oppfordret til å komme med et tilsvaer. Dette kan igjen føre til at formålet med selve advarselen blir realisert, nemlig at arbeidstaker forstår at hens opptreden ikke var akseptabel og at vedkommende må endre sin fremtidige opptreden, så fremt advarselen var rettmessig.

Dersom arbeidsgiver ilegges en plikt til å oppfordre arbeidstaker om å komme med et tilsvaer, er det naturlig i forlengelsen av dette, at plikten også innebærer lagring av tilsvaret. Ettersom advarselen lagres i personalmappen, vil en plikt til lagring av tilsvaret bidra til å sikre de samme hensynene som en oppfordring til arbeidstaker om å komme med et tilsvaer. Nemlig likebehandling av partene og ivaretagelse av dokumentasjonshensynet. Dette gjelder for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Dette kan ha stor betydning for eventuelle fremtidige bevis- og dokumentasjonshensyn. Dersom arbeidstaker for eksempel ikke har tatt vare på sitt eget tilsvaer, rotet det bort eller glemt det ut, kan en slik anmodning- og oppbevaringsplikt for arbeidsgiver sikre dokumentasjonshensynet. En slik plikt ville kunne falle begge parter i favør. Arbeidstaker får ivaretatt rettssikkerheten gjennom eventuell dokumentasjon på en urettmessig advarsel. På samme tid får arbeidsgiver vise at hen har opprettholdt en ryddig og saklig prosess. Det kan tenkes at om alt det formelle er på plass, vil det også kunne lette på arbeidet om det tas til retten ved en eventuell oppsigelsessak.

Videre vil en plikt til anmodning om å komme med et tilsvaer og lagring av tilsvaer, kunne gi et godt grunnlag for drøftelsesmøte etter arbeidsmiljøloven § 15-1. Ved skriftlig dokumentasjon

på at arbeidsgiver har kommet med advarsel og arbeidstaker et tilsvarende svar, vil det kunne legge forholdene til rette for et klarere drøftelsesmøte hvor alle sider av saken blir belyst.

Endelig vil en slik plikt etter min mening kunne hindre noen usaklige oppsigelser og eventuelle utmålinger av erstatning, ettersom partene allerede møtes på et tidlig stadium i saken. Dette kan hindre eventuelle konflikter ved at forholdene oppklares allerede da. Det kan derfor også være fordelaktig for samfunnet med at en slik plikt blir en del av advarselens prosess.

Jeg synes etter dette at det bør eksistere en plikt til å anmode arbeidstaker om å komme med et tilsvarende svar, samt en plikt til å oppbevare det eventuelle svaret.

3.3 Bør arbeidsgiver ha et møte med arbeidstaker før advarsel gis?

I 1.4.2 ble en uttalelse fra Borgarting lagmannsrett nevnt, hvor retten uttaler at det kunne ha vært hensiktsmessig å holde et møte før en advarsel med antydning om at oppsigelse ble gitt.⁷⁴ Et slikt møte ville da blitt holdt uavhengig av det lovfestede drøftelsesmøte i arbeidsmiljøloven § 15-1.

Det kan tenkes at et slikt møte kan være oppklarende for arbeidstaker, og at partene kan finne en løsning før arbeidstaker får en eventuell advarsel. Det er tidligere konkludert med at advarsel er å anse som en sterk reaksjon, så at arbeidstaker får uttale seg i et møte med mulighet for oppklaring før advarselen gis, kan være fordelaktig. Arbeidstaker kan på denne måten få en enda klarere beskjed om å endre og innrette sin adferd før advarselen gis.

På den annen side, kan det være et argument at et slikt møte vil kunne utvanne advarselens hensikt og funksjon i noen grad. Et møte i tillegg til irrettesettelser før en advarsel gis kan gli noe over i hverandre og føre til merarbeid for arbeidsgiver.

Dommen legger for øvrig ikke frem et forslag til noe nytt og banebrytende. Poenget er viktigheten av at arbeidstakers kontradiksjonskrav er ivaretatt, også i forkant av advarselen. I vurderingen av om den eventuelle oppsigelsen er saklig og vurderingen er rundt advarselen, er det nettopp arbeidsgivers saksbehandling forut som også har utslag for vekten av den aktuelle

⁷⁴ LB-2005-30042.

advarselen. At arbeidsgiver har hatt et møte med arbeidstaker der arbeidstaker får komme med sine synspunkter før advarselen gis og utredet faktum tilstrekkelig i forkant av advarselen, kan tale for at arbeidsgiver har opprettholdt en ryddig og saklig prosess. Dette vil kunne tale arbeidsgivers sak og er klart noe arbeidsgiver bør gjøre. Kontradiksjonshensynet og at arbeidsgiver ivaretar en ryddig og saklig saksbehandlingsprosess kan imidlertid ivaretas også gjennom irettesettelser og kritikk før en advarsel gis. Et møte med protokoll og underskrifter kunne imidlertid ha vært lettere å dokumentere for arbeidsgiver. Det viktigste her vil imidlertid være dokumentasjon på at kontradiksjonshensynet er ivaretatt og at arbeidstaker har fått irettesettelse, kritikk og tilbakemelding før arbeidsgiver går til en så sterk reaksjon som advarsel.

Jeg har derfor konkludert med at det viktigste er at arbeidstakers kontradiksjonshensyn ivaretas, enten om det gjøres via irettesettelser eller et møte.

3.4 Bør advarsler lovfestes?

Et interessant spørsmål er om deler av ulovfestet rett bør lovfestes. Det vil alltid være fordeler og ulemper og synspunkt for og i mot.

I Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) drøftet departementet om ordensstraff burde lovfestes i arbeidsmiljøloven. Det er i dag lovfestet i statsansatteloven, men ikke i arbeidsmiljøloven. De la altså ikke frem forslaget, da de selv konkluderte med at ordensstraff er en gammeldags reaksjon.⁷⁵ Tidligere kunne advarsel anses som ordensstraff for statsansatte, men det er ikke tilfellet i dag.⁷⁶ Det ser ikke ut til at regjeringen i sitt lovforslag har drøftet betydningen av å lovfeste advarsel som disiplinær reaksjon, selv om de skriver at det er et av de mest praktiske virkemidlene som er. Dette kunne ha vært en interessant drøftelse for å belyse fordeler og ulemper med lovfesting.

Til tross for forarbeidenes manglende drøftelse rundt spørsmålet, vil jeg forsøke å skissere noen synspunkter for og i mot om advarsler bør lovfestes eller ikke. Det vil i det følgende bli gjort en de lege ferenda vurdering.

⁷⁵ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 252 og Engelsrud, Gerd: Styring og vern, arbeidsrett i offentlig sektor, 6. utgave (Oslo 2017).

⁷⁶ Statens personall håndbok 2019 2. 10. 1.

Basert på gjennomgangen ovenfor, er det tydelig at advarsler har stor praktisk betydning i norsk arbeidsrett. Høyesterett har klart uttalt at selv om ikke advarsel er et vilkår for oppsigelse eller avskjed, tillegges det betydelig vekt i saklighetsvurderingen.⁷⁷ Det har under avhandlingen dessverre ikke lyktes å finne noe statistikk på bruken av advarsler. Rettspraksis kan riktignok gi en liten pekepinn på bruken, men det er bare en særdeles liten del av sakene som havner hos domstolene. Det er derfor grunn til å anta at advarsler anvendes av arbeidsgiver i betydelig høyere grad enn hva som fremgår av rettspraksis. Dette tilsier at behovet for informasjon, regler og faste rammer rundt arbeidstvistene er stort for både arbeidstaker og arbeidsgiver.

Selv om advarsler klart kan utledes fra rettspraksis, ulovfestet rett og juridisk litteratur, kan det tenkes at en del av retten ikke praktiseres av arbeidsgivere. Det er høyst sannsynlig at det gis "advarsler" på norske arbeidsplasser som ikke følger kravene til innhold og forsvarlig saksbehandling forut. Altså at det må være tale om en irettesettelse eller uformell tilbakemelding. At ikke alle retter krav mot sin arbeidsgiver etter å ha fått en "advarsel", er slik arbeidslivet fungerer. Det vil mest sannsynlig alltid være mange som ikke imøtegår eller bestrider advarselen. Det er derfor tenkelig at det er flere som blir oppsagt uten at prosessen i forkant har vært korrekt. Jeg tror derfor det finnes en gråsone her som kan forbedres gjennom lovfesting. Behovet for klarhet er stort og lovfesting vil kunne bidra med større klarhet på området, og med dette styrke rettssikkerheten til arbeidstakerne.

Grensen mellom hva jeg har valgt å kalle irettesettelser og advarsler er også glidende. Arbeidstakers forutsigbarhet og nødvendighet for å vite hvor arbeidsforholdet står, og at en oppsigelse ikke skal komme plutselig på hen, kan også tale for å lovfeste advarsler. Dette vil kunne føre til mer forutberegnelighet for arbeidstakerne ved å vite nærmere hvor grensen går, hva som må til for å få advarsel og hvordan en advarsel mer nøyaktig må være utformet. Det vil også da være lettere for arbeidstaker å uttale seg om advarselen som vil ivareta kontradiksjonshensynet. Hensynet til forutberegnelighet og kontradiksjon kan dermed i likhet med hensynet til klarhet også tale for at lovfesting kan være fordelaktig.

Et annet argument for lovfesting av advarsler er hensynet til partene. Jeg tør å påstå at en lovfesting vil kunne sikre større likevekt mellom partene og det ujevne styrkeforholdet dem i mellom og gjøre det klarere for arbeidstaker. En alminnelig arbeidstaker uten bistand fra advokat, er mer oppdatert på lovteksten enn hva hen er på rettspraksis og ulovfestet rett. Å

⁷⁷ Rt. 2001 s. 1362 s. 1373

vite hva arbeidsgiver har rett til å gjøre og om hen eventuelt har gjort noe som ikke er greit å gjøre på de ulike stadiene i prosessen kan en lovfesting til en viss grad lette på.

I Statens personalhåndbok er advarsel definert og innholdet nærmere presisert.

Personalhåndboken gjelder for statens ansatte, men kan være veiledende også for andre arbeidstakere. Etter min mening kunne en tilsvarende utforming gjennom en lovbestemmelse i arbeidsmiljøloven vært fordelaktig. Det er trolig ikke alle arbeidsgivere og arbeidstakere som ser hen til Statens personalhåndbok ved eventuell advarsel og oppsigelse av arbeidstaker. En klarere utforming gjennom formell lov kunne ha lettet på dette. På den andre siden, kan det være et argument at det allerede er skriftlig nedfelt i Statens personalhåndbok, selv om den kun gjelder for statens ansatte.

En utforming av en lovbestemmelse vil i tillegg kunne bli vanskelig. Med de få innholdskravene til advarsel som foreligger og den skjønnsmessige vurderingen av advarselens vekt, vil det å utforme en god nok lovtekst for å oppfylle et av målene med lovfesting etter min mening, nemlig mer klarhet og forutberegnelighet for arbeidstaker, kunne bli vanskelig.

Sett fra et byråkratisk perspektiv, vil også dette kunne tale mot lovfesting. En omfattende lovformulering- og regulering kan føre til at forholdene rundt advarsel straks blir mer kompliserte, uoversiktlige og uhåndterlige. Dersom loven skulle angitt detaljerte retningslinjer vil det kunne hindre utviklingen i arbeidslivet. Rettstilstanden i arbeidslivet er dynamisk og dette ville gitt utslag i et behov for hyppige lovendringer. Dette kan hindre effektivitet som også er et sentralt hensyn gjennom de fleste prosessene i arbeidslivet.

I tillegg, etter at høyesterettsdommen HR-2018-492-U kom, la Høyesterett til grunn at advarsler i arbeidsforhold kan overprøves. Dette vil svekke behovet for lovfesting, da domstolene vil kunne overprøve selve advarselen og innholdet i den, dersom arbeidstaker går til søksmål. Det vil likevel være et mindretall av advarsler som blir gitt på norske arbeidsplasser som blir overprøvd av domstolene.

En mulighet kan derfor være å utforme en bestemmelse hvor advarsel og formålene med advarselen blir definert, og der saksbehandlingen rundt advarsler blir nedfelt. Videre kunne bestemmelsen lagt opp til en skjønnsmessig vurdering, hvor noen av momentene ble fremlagt, men at det ikke gjelder en uttømmende liste. Forarbeidene til bestemmelsen kunne ha hatt utdypende kommentarer med veiledning for tolkning. Dette vil trolig kreve at domstolene

kommer inn på banen i senere tid og avgjør eventuelle uklarheter eller tvilsspørsmål som kan oppstå i forbindelse med lovfesting. Utenom dette, stiller jeg meg bak rettstilstanden vi har i dag, hvor store deler av retten er ulovfestet og utviklet gjennom rettspraksis. Dette vil sikre den fremtidige dynamiske utviklingen også på arbeidsrettens område.

Jeg stiller meg derfor bak en vurdering av et eventuelt lovforslag av advarsler.

4. Litteraturliste

4.1 Lover

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

Lov om arbeidstvister 27. januar 2012 nr. 9 (arbeidstvistloven)

Lov om statens ansatte mv. 16. juni 2017 nr. 67 (statsansatteloven)

Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (personopplysningsloven)

4.2 Forarbeid

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern m.v (arbeidsmiljøloven)

4.3 Rettspraksis

4.3.1 Høyesterettspraksis - Rt. (Norsk Retstidende) og HR

Rt. 1956 s. 578

Rt. 1963 s. 1013

Rt. 1982 s. 1729

Rt. 1990 s. 607

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen)

Rt. 2001 s. 1362

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø-dommen)

Rt. 2009 s. 685

HR-2017-777-A

HR-2018-492-U

4.3.2 Lagmannsrettspraksis

LA-2009-0204944 (Agder lagmannsrett)

LA-2011-011296 (Agder lagmannsrett)

LB-2005-182268 (Borgarting lagmannsrett)

LE-2006-81132 (Eidsivating lagmannsrett)

LG-2007-15426 (Gulating lagmannsrett)

LG-2007-15426 (Gulating lagmannsrett)

LH-1999-1004 (Hålogaland lagmannsrett)

4.3.3 ARD (Dommer og kjennelser av Arbeidsretten)

ARD-1979-43

ARD-1979-65

4.3.4 NAD (Norsk arbeidsrettslig domssamling)

NAD-1981-593 (Ytre Sogn herredsrett)

NAD-1981-775 (Eidsivating lagmannsrett)

NAD-1986-650 (Oslo byrett)

NAD-1987-338 (Eidsivating lagmannsrett)

NAD-1988-880 (Tana og Varanger herredsrett)

4.3.5 LARD (Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter)

LARD-1979-158 Skien og Porsgrunn

4.3.6 Mfa (Meddelelser fra arbeidstilsynet)

Mfa-1969-7045 Nedre Romerriket

4.4 Andre skrevne kilder

Statens personalhåndbok 2019

4.5 Hovedavtaler

Hovedavtalen LO-NHO 2018-2021

Hovedavtalen LO-SAMFO 2018-2021

Hovedavtalen LO-HSH 2018-2021

Hovedavtalen LO Stat-Arbeidsgiverforeningen Spekter 2018-2021

Hovedavtalen YS-FA 2018-2021

Hovedavtalen LO-AAF 2018-2021

Hovedavtalen HK-AAF 2018-2021

4.6 Juridisk litteratur

4.6.1 Bøker

Andersen, Kristen: *Fra arbeidslivets rett*, (Oslo 1967).

Dege, Jan Tormod: *Arbeidsgivers styringsrett, bind II. Oppsigelse og avskjed, den alminnelige del*. DEGE & Co. Advokatfirma ANS, (Oslo 1997).

Engelsrud, Gerd: *Styring og vern, arbeidsrett i offentlig sektor*, 6. utgave (Oslo 2017).

Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold: Krav om saklig grunn, forhandling- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*, 3. utgave (Oslo 1995).

Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold: Krav om saklig grunn, forhandling- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet*, 4. utgave (Oslo 2001).

Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave (Oslo 2017).

Hirst, Marion Holthe og Lønneid, Sven Ivar: *Arbeidsrett i et nøtteskall* (Oslo 2015).

Hotvedt, Marianne Jenum: *Arbeidsgiverbegrepet, En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, (Oslo 2016).

4.6.2 Artikler

Elvestad, Maren: i ”Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold”, *Arbeidsrett* 2011 03-04, pp. 130-142.

Fougner, Jan: ”Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn”. *Arbeidsretten* 2015 (1) pp. 147-157.

Meder, Margrethe: ”Med blanke ark? - Om sletting av advarsler i arbeidsforhold”, *Idunn tidsskrift, arbeidsrett* 02/2015 (Volum 12).

Søvik, Cecilie Wille: ”Kan en arbeidstaker kreve at en advarsel trekkes tilbake?” *Magma*, 2018, Årg. 21, nr. 5. pp. 90-91.

4.7 Nettsider

<https://www.arbeidsretten.no/saksbehandling/> (09. mai 2019).

<https://www.arbeidsrettsadvokaten.no/advarsel-arbeidsforhold/> (09. mai 2019).

<https://arbinn.nho.no/arbeidsrett/oppsigelser/oppsigelse-p.g.a.-arbeidstakers-forhold/advarsel-i-arbeidsforhold/> (09. mai 2019).

<https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/personalmappe/> (09. mai 2019).