



NICOLAY SKARNING

Nicolay Skarning er leder av Kvale advokatfirmas arbeidsrettsgruppe, kommer fra NHOs arbeidsrettsavdeling, og har møterett for Høyesterett fra 2004.
E-post: ns@kvale.no

HELENE WEGNER

Helene Wegner er senioradvokat samme sted og har tidligere vært bl.a. dommerfullmektig og rådgiver i Justisdepartementets lovavdeling.

Mangelfulle arbeidsprestasjoner som oppsigelsesgrunn

Artikkelen behandler spørsmålet om når mangelfulle arbeidsprestasjoner kan gi saklig grunn for oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd.

NØKKELOD

arbeidsprestasjoner | arbeidsytelse | arbeidsmiljøloven | oppsigelsesgrunn | prøvetid | arbeidsgivers ytelse

INNLEDNING

Mangelfulle eller dårlige arbeidsprestasjoner er en felles betegnelse på en rekke svakheter ved arbeidstakerens arbeidsytelse: manglende effektivitet, nøyaktighet, overholdelse av tidsfrister, prioritering av arbeidsoppgaver og oppnåelse av satte resultatmål. Også manglende samarbeidsevner kan komme inn, da disse kan gå ut over arbeidsytelsen. Illojalitet og uærlighet omtales derimot ikke i denne sammenheng.

Det kan være både fysiske og psykiske faktorer som gjør at arbeidstakeren ikke fyller stillingen tilfredsstillende: Han kan ha vansker med å henge med på nye teknologiske krav, manglende kompetanse eller arbeidserfaring, eller han kan være utsatt for fysisk svekkelse eller alderdomssvekkelse. Av psykiske faktorer kan nevnes manglende motivasjon, begynnende demens, nedstemthet og depresjoner. Arbeidstaker kan ha mistet nære familiemedlemmer eller venner, eller går igjennom en vanskelig skilsmisseprosess. Dette kan påvirke hans ytelser i en periode. Dersom den nedsatte arbeidsevnen skyldes sykdom, kommer særlige regler til anvendelse, for eksempel verneperioden i arbeidsmiljøloven § 15-8 og kravene til tilrettelegging i § 4-6. Temaer særlig tilknyttet sykdom blir ikke behandlet i denne artikkelen.

Fast ansettelse er hovedregelen i norsk arbeidsliv, se arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd. Et arbeidsforhold må derfor sees over tid. Som utgangs-

punkt må arbeidsgiver ta hensyn til at arbeidstakers innsats kan variere. I tillegg trenger kanskje arbeidstaker påfyll av kunnskap for å kunne fungere skikkelig i stillingen. På den annen side må arbeidsgiver kunne stille visse krav til arbeidstakers ytelse, også etter lang tids ansettelse. Spørsmålet om hvilke krav som kan stilles til arbeidstelsen, vil trolig komme oftere på spissen når den alminnelige aldersgrensen heves til 72 år fra 1. juni 2015.

Vi skal i det følgende se på hvilke krav arbeidsgiver kan stille til arbeidstakers arbeidsytelse og betydningen av at det er avtalt prøvetid. Det er grunn til å stille spørsmål til formuleringen av den generelle normen for oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner i rettspraksis og juridisk teori: er formuleringen klagjørende nok eller leder den tanken for mye i retning av avskjedsgrunnlag? Videre gjennomgår vi de ulike momentene som har betydning for saklighetsvurderingen.

KRAVENE TIL STILLINGEN

Ved bedømmelsen av om det foreligger oppsigelsesgrunn på grunn av mangelfull arbeidsytelse, må det først tas stilling til hvilke krav arbeidsgiver kan stille til ytelsen. Deretter kan avviket mellom arbeidstakers ytelse og de kravene som rettmessig stilles, fastsettes. I rettspraksis er det lagt til grunn at arbeidsgiver kan bestemme hvilke krav som gjelder for den enkelte stillingen. Samtidig tas det gjerne utgangspunkt i at kravene ikke kan settes høyere enn det som er rimelig for stillingen eller liknende.¹

Slik vi ser det, overser man ved denne tilnærmingen arbeidsavtalen som det prinsipielle utgangspunktet. Som i den alminnelige kontraktsretten, skal det ved vurderingen av om ytelsen er mangelfull tas utgangspunkt i avtalen mellom partene. Verken utgangspunktet om at *det er opp til arbeidsgiver å bestemme hvilke krav som gjelder el-*



Det tas gjerne utgangspunkt i at kravene ikke kan settes høyere enn det som er rimelig for stillingen eller liknende.

ler at *kravene ikke kan settes høyere enn det som er rimelig* er korrekt. Det korrekte utgangspunktet er avtalen mellom partene.

Hvilke krav som kan stilles til arbeidstakers arbeidsytelse, finnes altså ved tolkning av den inngåtte arbeidsavtalen. En annen sak er at ordlyden i arbeidsavtalen gjerne gir liten veiledning. Kravene til arbeidsgivers ytelse er ofte detaljregulert, for eksempel lønnsnivå og -utbetaling, frynsegoder, ferie mv. Kravene til arbeidstakers ytelse er sjelden uttrykkelig regulert. Avtalereguleringen gjelder normalt bare kvantitative temaer som krav til arbeidstid. Kvalitative krav til arbeidstelsen er sjelden berørt i arbeidsavtalen, selv om de ofte vil være viktige for arbeidsgiver.

Selv om man ved tolkning av arbeidsavtalens ordlyd sjelden finner klare holdepunkter for hvilke kvalitative krav som kan stilles til arbeidstakers ytelse, kan andre tolkningsfaktorer gi klarhet.² Sentrale tolkningsfaktorer vil eksempelvis være stillingsannonsen, søknadsbrev og opplysninger gitt under intervjuet.

Foreligger det særskilte krav til stillingen, må disse som hovedregel formidles til arbeidstakeren før avtale inngås. Kravene kan kommuniseres allerede i stillingsannonsen eller direkte til søkeren i forbindelse med intervju.



Hvilke krav som kan stilles til arbeidstakers arbeidsytelse, finnes altså ved tolkning av den inngåtte arbeidsavtalen.

I den grad det er nødvendig, må arbeidsavtalen fylles ut med lovkrav, rimelighetsbetraktninger osv. på samme måte som ved utfylling av andre former for avtaler: Hvilke krav kan etter lov, sedvane og med rimelighet stilles til arbeidstakers ytelse?

Dersom avtaletolkningen ikke skulle gi holdpunkter for hvilke krav som kan stilles til arbeidstakers ytelse, spiller for eksempel arten av arbeidsoppgavene og stillingsnivå inn. I rettspraksis er lagt til grunn at man kan stille særlige krav til en leder, se blant annet Rt. 1997 side 1128. Tilsvarende kan særlige sikkerhetskrav få betydning. Det kan for eksempel vises til LG-1999-2166 der betydningen av sikkerhetskrav offshore var tema.³

Et viktig kjennetegn ved arbeidsforhold er at det potensielt kan vare svært lenge. Betydningen av hvilke krav til arbeidstakers ytelse som kan utledes ved tolkning av arbeidsavtalen, vil etter vår mening avta med tiden. Etter noen år vil gjerne praksis i arbeidsforholdet, samfunnsutviklingen og den teknologiske utviklingen få langt større betydning for hvilke krav arbeidsgiver kan stille enn avtaleteksten og stillingsannonser.

Også adgangen til å avtale prøvetid er et særtrekk ved arbeidsavtaler. Betydningen av prøvetid behandles nedenfor.

PRØVETIDENS BETYDNING

Normalt ansettes alle på prøvetid med seks måneder, jf. arbeidsmiljøloven § 15-6. Her fremgår:

Blir arbeidstaker som skriftlig er ansatt på en bestemt prøvetid, sagt opp, må oppsigelsen være begrunnet i arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet eller pålitelighet.

Loven har lagt opp til at arbeidsgiver skal teste ut tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet og pålitelighet innenfor en periode på maksimalt seks måneder. Dersom det skulle foreligge svakheter ved arbeidstakers ytelse i denne perioden, er det lettere for arbeidsgiver å gå til oppsigelse innenfor perioden fremfor etter at prøvetiden er over.

Når prøvetiden er over, gis den ansatte automatisk fullt stillingsvern. Dermed kan man si at dersom arbeidsgiver ikke reagerer med oppsigelse i prøvetiden, har han akseptert den ansatte som han er. Det gjelder i alle fall der arbeidsgiver ikke har gitt noen negative bemerkninger mot arbeidsutførelsen. På den annen side er seks måneder kort tid til å vurdere den ansattes skikkethet, av og til for kort tid. Han kan ha svakheter i kompetanse eller arbeidsutførelsen som ikke kommer frem i denne perioden, men som viser seg senere. Da kan ikke arbeidsgiver være forhindret fra å ta disse forholdene opp med ham og eventuelt gå til oppsigelse dersom manglene tilsier dette.

Arbeidsgiveren kan for eksempel gjennomføre en prøvetidssamtale med arbeidstakeren på slutten av seks månedersperioden og orientere om at visse punkter ved arbeidsutførelsen fortsatt vil bli fulgt opp. Da kan disse punktene danne grunnlag for en senere oppsigelse etter prøvetidens slutt dersom det viser seg at arbeidstaker ikke klarer å fylle stillingen tilfredsstillende.

VURDERINGSTEMAET VED MANGELFULLE ARBEIDSPRESTASJONER

Det følger av arbeidsmiljøloven § 15-7 at mangelfulle arbeidsprestasjoner kan gi grunnlag for oppsigelse:

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

I «arbeidstakers forhold» inngår også mangelfulle eller dårlige arbeidsprestasjoner. Grensen for når arbeidsgiver kan gå til oppsigelse – det vil si hvor stort avvik fra kontraktmessig oppfyllelse som kreves – er behandlet i en rekke rettsavgjørelser. Spørsmålet er også berørt i de fleste fremstillingene av den individuelle arbeidsretten. Både i rettspraksis og juridisk litteratur går de samme formuleringene av vurderingstemaet igjen. En oppsummering av rettspraksis gis blant annet av Jan Fougner m.fl.:⁴

Hva man kan forvente av arbeidsinnsats vil variere, men den må ligge betydelig under det normale før det kan reageres med oppsigelse, jf. RG 1993 s. 1225.

En tilsvarende formulering er brukt av Atle Sønsteli Johansen m.fl.:⁵

Hvis oppsigelsen er begrunnet med sviktende arbeidsinnsats, må arbeidstakerens prestasjoner ligge markert under det en arbeidsgiver bør kunne regne med ...

Fra rettspraksis kan det for eksempel vises til Gulathing lagmannsretts dom fra 2. mai 2007, som henviser til samme uttrykk som Fougner.⁶ Lagmannsretten sluttet seg til følgende uttalelse av tingretten:

Ved bedømmelsen av sakligheten av en oppsigelse må det foretas en helhetsvurdering der både arbeidstakers og arbeidsgivers forhold må vurderes. Arbeidsgiver har krav på en normal arbeidsytelse fra arbeidstakeren. Ikke en hvilken som helst påstått dugelighetssvikt fra arbeidstakerens side berettiger til oppsigelse. Det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at de krav som stilles til arbeidstakers arbeidsprestasjoner er rimelige og realistiske, og det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for at arbeidstakerens prestasjoner og innsats ikke holder de mål som med rimelighet kan forventes[...] Kravene til innsats og skikkethet kan således ikke settes høyere enn det som er rimelig for stillingen. Det ligger i dette at det ikke er tilstrekkelig å begrunne oppsigelse med at arbeidsgiveren har mulighet for å få en bedre person i vedkommendes arbeidstakers sted. Svikt i arbeidsprestasjoner, slurv og likegyldighet kan likevel være saklig oppsigelsesgrunn. Hva man kan forvente av arbeidsinnsats vil variere, men den må likevel ligge betydelig under det normale før det kan reageres med oppsigelse.

I Borgarting lagmannsretts dom fra 14. november 2005 viser retten til tidligere praksis: Det må «foreligge en arbeidsprestasjon som ligger markert under hva som kan forventes, jf. prinsippet i RG-1996-1664 (Eidsivating lagmannsrett)».⁷

Tilsvarende ble lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i dom 19. mai 2008:⁸

Oppsigelsene av C, B og A er alle begrunnet med mangelfulle arbeidsprestasjoner fra deres side. For at en oppsigelse på dette grunnlag skal være saklig, må det etter fast praksis være tale om en markert svikt i arbeidsprestasjonene, og denne svikten må ikke være helt forbigående. At det må være tale om en markert svikt, innebærer for det første at mangelen må være påviselig. Den må kunne konstateres på grunnlag av det saksforhold lagmannsretten

” Loven har lagt opp til at arbeidsgiver skal teste ut tilpasning til arbeidet, faglig dyktighet og pålidelighet innenfor en periode på maksimalt seks måneder.

finner bevist. For det annet må det være tale om en tydelig svikt i forhold til hva arbeidsgiver med rette kan forvente på grunnlag av de arbeidsforhold som foreligger i virksomheten.

Rettspraksis tilsier altså at det kreves en markert svikt eller et betydelig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse før det kan det reageres med oppsigelse. Disse formuleringene trekker i retning av et vesentlighetskrav, altså at manglene i arbeidsutførelsen må være vesentlige før arbeidsgiver kan gå til oppsigelse.

Men noe vesentlighetskrav kan ikke oppstilles for oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner. Foreligger det vesentlige mangler ved arbeidstakerens arbeidsutførelse, kan det utgjøre avskjedsgrunn, jf. arbeidsmiljøloven § 15-14. Arbeidsgiver kan reagere med avskjed ved «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». Det kan ikke oppstilles et tilsvarende krav til oppsigelsesgrunn ved mangelfulle arbeidsprestasjoner som ved avskjed.

På den annen side tilsier saklighetskravet i arbeidsmiljøloven § 15-7 at det skal en god del til før arbeidsgiver skal kunne reagere oppsigelse. Mindre feil, forgåelser og noe lavere effektivitet enn andre gir ikke grunnlag for oppsigelse, særlig ikke

i en midlertidig periode. Det følger av formålsbestemmelsen i § 1-1 bokstav b at et av målene med loven er «å sikre trygge ansettelsesforhold». Det langsiktige perspektivet i arbeidsforhold tilsier at en arbeidstaker ikke skal måtte være like effektiv gjennom hele arbeidsforholdet. Arbeidsgiver må ta hensyn til visse variasjoner i produktivitet. Også feil og slurv må det i noen grad regnes med, men forskjellige stillinger medfører forskjellige krav. Arbeidstakere skal ikke kunne byttes ut bare fordi bedriften kan finne noen bedre kvalifiserte, såkalt remplassering. Frostating lagmannsrett uttalte allerede i 1956:⁹

Det er nok så at bedriftens interesse tilsier å få tak i best mulig kvalifiserte folk, men skal en bedrift kunne opp si en mann fordi om bedriften har muligheter for å få en bedre mann i hans sted kan det lett føre til uholdbare tilstander. Den sikkerhet som det har vært meningen å gi arbeideren ved nevnte bestemmelse i arbeidervernloven ville lett bli illusorisk hvis bedriftene bare behøver å anføre en slik vurdering som grunn for oppsigelsen.

Det er vanskelig å finne en treffende formulering av kravet til oppsigelsesgrunn som ikke ligger for nær opptil avskjedskravet, det vil si vesentlig mislighold. Det avgjørende er i alle tilfelle praktiseringen av terskelen for oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner: Vesentlig mislighold er ikke nødvendig – det er tilstrekkelig med mislighold av betydning.

KRAV TIL ARBEIDSGIVERS YTELSE

Dersom arbeidstakers mangelfulle arbeidsprestasjoner skyldes at arbeidsgiver har misligholdt sine forpliktelser etter arbeidsavtalen, vil ikke arbeidsgiver ha saklig grunn til å si opp arbeidsavtalen. Det er i så fall arbeidsgiver som må bære risikoen

og ansvaret for den manglende oppfyllelsen og som er den misligholdende part. I tillegg spiller arbeidsgivers saksbehandling en ikke ubetydelig rolle. Blant annet må arbeidsgiver gjøre tilstrekkelig for å bringe faktum på det rene. Saksbehandlingen berøres ikke nærmere her.

Arbeidsgivers tilrettelegging og opplæring

Arbeidstakeren skal settes i stand til å utføre sitt arbeide, få tilgang til lokaler og nødvendig utstyr og eventuelt få opplæring i bruken av dette.¹⁰ Det følger av lojalitetsplikten i kontraktsforholdet og fremgår dessuten av arbeidsmiljøloven § 3-2 første ledd bokstav a (opplæring i sikkerhet) og § 4-2 andre ledd bokstav e (endringer). Kravene til opplæring og tilrettelegging vil variere etter omstendighetene, blant annet basert på slags stilling det er tale om, hva som er avtalt og praksis.

Hvorvidt arbeidstaker har fått nok opplæring på arbeidsplassen er av og til grunnlag for uenighet og tvist. Det er imidlertid ikke enkelt å angi generelt hvilke krav den ansatte har på opplæring. I noen stillinger er opplæring nødvendig, mens i andre forventes det at arbeidstaker kan utføre arbeidet med en gang. I tillegg til bransjepraksis og avtalen mellom partene er den ansattes alder og erfaring et viktig moment.

Fra rettspraksis kan nevnes Borgarting lagmannsretts dom 13. mars 2013 som gjaldt oppsigelse av en kontorleder/regnskapsfører ved et museum. Borgarting lagmannsrett la til grunn at tilstrekkelig opplæring var gitt.¹¹ Disse manglene kan etter lagmannsrettens syn verken helt eller delvis tilskrives for lite opplæring. Det er enighet om at A sammen med C fikk 100 timers opplæring etter en utarbeidet opplæringsplan. På bakgrunn av As kvalifikasjoner og erfaring fra denne typen arbeid må dette etter lagmannsrettens syn være mer enn tilstrekke-



Rettspraksis tilsier altså at det kreves en markert svikt eller et betydelig avvik fra kontraktmessig oppfyllelse før det kan det reageres med oppsigelse.

lig for å håndtere de arbeidsoppgavene som var omfattet av hennes stillingsinstruks.

Lagmannsrettens formulering viser at man må se tilstrekkelig opplæring som en forutsetning for å kunne reagere med oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner. Det er naturlig all den tid arbeidsgiver er den misligholdende part hvis opplæringen er utilstrekkelig.

Oppfølging, organisering av arbeidet og advarsler

Arbeidsgivers oppfølging av arbeidstakeren har betydning. Arbeidstakeren skal blant annet få rettleiding og tilbakemelding om feil han gjør, slik at han gis anledning til å forbedre seg. Videre kan det være behov for instruksjoner eller rutinebeskrivelser for at arbeidstaker skal kunne løse arbeidsoppgavene. Det vil avhenge av hvor kompliserte arbeidsoppgaver det er snakk om, krav til presisjonsnivå mv.

Det kan ikke oppstilles en plikt til å gi arbeidstaker advarsel. Men det kan være en fordel for begge parter om arbeidstakeren har fått tydelig beskjed om brudd på arbeidsavtalen. Dette kan skje på flere måter enn ved advarsel, for eksempel

ved muntlig eller skriftlig veiledning, tilrettevisning eller korreks. Ved en advarsel har arbeidstakeren fått en klar oppfordring til å forbedre seg, og samtidig fått et varsel om at misligholdet anses såpass alvorlig at vedkommende risikerer oppsigelse, se for eksempel Gulating lagmannsretts dom 2. mai 2007.¹² Saken gjaldt en butikkmedarbeider som slurvet i sitt arbeid, og som hadde fått både en muntlig og en skriftlig advarsel. Retten viste til at arbeidstakeren ikke hadde vist vesentlige tegn til bedring til tross for at forholdene var tatt opp med henne flere ganger. Både tingretten og lagmannsretten opprettholdt oppsigelsen.

Arbeidsgiver må bære risikoen også for andre forhold på arbeidsplassen, for eksempel organiseringen av arbeidet og håndteringen av konflikter. Det kan vises til Gulating lagmannsretts dom 12. november 2009, som gjaldt oppsigelse av en bergingeniør på grunn av samarbeidsproblemer og mangler ved arbeidsytelsen.¹³ Når det gjelder ansvaret for samarbeidsproblemene, uttalte lagmannsretten:

Slik lagmannsretten ser det, kan X på denne bakgrunn ikke bruke samarbeidsproblemene som grunnlag for å si opp A. Bedriften har gjennom dårlig ledelse og organisering både lagt til rette for at problemene kunne oppstå og medvirket til at de fikk utvikle seg som de gjorde.

Heller «lite tilfredsstillende» utførelse av arbeidet kunne begrunne oppsigelse av bergingeniøren. Lagmannsretten understreket at arbeidsgiver selv hadde brutt avtalte forutsetninger for at hun skulle kunne løse sine arbeidsoppgaver tilfredsstillende.

VURDERINGEN AV ARBEIDSTAKERS YTTELSE

En rekke ulike momenter spiller inn i den helhetsvurderingen som skal foretas av om det foreligger

avvik av betydning fra kontraktsmessig ytelse og dermed saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet. Det forutsettes her at arbeidsgiver som nevnt har oppfylt sine forpliktelser, selv om vurderingene tidvis glir over i hverandre. Vekten av de ulike momentene er ikke konstant, men avhenger blant annet av hva slags stilling det er og ansettelsesforholdets lengde.

Omfanget og typen av svikt i prestasjonene

Det første spørsmålet som arbeidsgiver må stille, er hvor alvorlig svikten i arbeidsprestasjonene er. Er svikten betydelig eller er arbeidstakeren bare litt mindre produktive enn de øvrige? Videre har det betydning om avviket gjelder utførelsen av sentrale oppgaver eller mer perifere oppgaver.

I dommen om oppsigelse av en butikkmedarbeider kom lagmannsretten til at butikkmedarbeiderens slurv gjaldt sentrale oppgaver for en butikkmedarbeider.¹⁴ Hun kunne sies opp.

I enkelte yrker er det mulig å måle svikten i arbeidsprestasjonene, for eksempel i produksjonstall, salgstall eller tapt omsetning. I andre yrker er det vanskelig å kvantifisere misligholdet, men også her har arbeidsgiver bevisbyrden og må kunne presentere holdbar dokumentasjon.

I resepsjonistdommen uttalte lagmannsretten at den «finner at A gjennom hele arbeidsforholdet gjorde feil ...».¹⁵ Det var med andre ord ikke tale om enkeltstående feil eller forglemmelser, men et vedvarende problem som hadde vart i om lag seks måneder.

Videre er det av betydning hva slags type svikt det er tale om. Manglende oppfølging av regler om helse-, miljø- og sikkerhet (HMS) kan sette andre i fare, og derved være mer alvorlig enn lavere produktivitet, jf. ovenfor om skadevirkningene. Dette gjelder også generelt ved stort skadepotensiale for arbeidsgiver, kolleger eller tredjeparter.

Gulating lagmannsrett godtok i dommen nevnt ovenfor avskjed av en subsea-ingeniør som oppsigelse fordi ingeniøren hadde brutt sikkerhetsmessige krav:

Avgjørende for lagmannsrettens konklusjon er at han valgte en fremgangsmåte som han måtte forstå innebar stor risiko for at kranen kunne komme i ukontrollert bevegelse, med påfølgende risiko for skade, herunder personskade.

Enkeltstående episoder kan altså få avgjørende betydning dersom de potensielle skadevirkningene er alvorlige nok. De kan avdekke svakheter ved arbeidstakers motivasjon eller årvåkenhet.

Skadevirkningene for arbeidsgiver, arbeidsplassen og kollegene

Virkningen av de mangelfulle arbeidsprestasjonene er også et moment som kan være av stor betydning. Virksomheten kan bli påført store økonomiske tap, svekket renommé eller manglene kan gå ut over kollegene. Det kan være at disse blir påført en ekstra belastning eller må arbeide overtid som følge av at en arbeidstaker ikke gjør jobben sin.

Hålogaland lagmannsrett la vekt på sistnevnte moment i dom 26. mars 2010. Saken gjaldt avslutning av arbeidsforholdet til en resepsjonist på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner. Lagmannsretten la blant annet vekt på at kollegene ble påført merarbeid på grunn av resepsjonistens manglende evne til å lære seg hvordan de daglige arbeidsoppgavene skulle løses.¹⁶

Kollegaers og utenforståendes helse og sikkerhet kan også utsettes for fare, for eksempel hvis en arbeidstaker slurver med sikkerhetsrutinene på en byggeplass. I så fall vil arbeidsgiveren være forpliktet til å reagere for å sikre medarbeiderne

et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i tråd med kravene i arbeidsmiljøloven kapittel fire. Det kan være et selvstendig argument for oppsigelse av en arbeidstaker som slurver.

Sikkerhetsaspektet sto sentralt for eksempel i dommen inntatt i Rt. 2003 side 1702. Saken gjaldt en flyger som ble degradert fra kaptein til styrmann og senere sagt opp på grunn av brudd på sikkerhetsregler. Førstvoterende uttalte følgende om betydningen av krav til sikkerhet:

Etter mitt syn måtte SAS ha rett til å krevje at A tok inn over seg alvoret i hendingane. SAS hadde rett til å setje ein tryggingstandard for flygingane, også om denne skulle vere strengare enn det som følgjer av alminneleg norsk lovgiving. A hadde sjølv sagt rett til å si eiga meining om den fare og risiko som flyginga 4. juli 1999 hadde innebore, men han måtte akseptere og ta inn over seg at det var den tryggingstandard SAS sette, som skulle vere gjeldande. A hadde ingen rett til å setje sin standard opp mot denne.

I denne sammenheng kan det også vises til Gulating lagmannsretts dom 20. november 2000.¹⁷ Saken gjaldt avskjed av en subsea-ingeniør på grunn av syv tilfeller av brudd på sikkerhetskrav. Avskjeden ble opprettholdt som oppsigelse. Retten viste blant annet til de strenge sikkerhetsbehovene, risikoen for personskade og at arbeidstakeren hadde utvist en ikke ubetydelig vurderingssvikt.

Er arbeidstakeren å bebreide?

Det har betydning om svikten i arbeidsprestasjonene skyldes forhold som arbeidstakeren kan bebreides for. Forsettlig mislighold har større betydning enn et hendelig uhell.

Høyesterett la for eksempel vekt på årsaken til misligholdet av arbeidsavtalen i saken inntatt i Rt. 1983 side 1004 (Børre Knudsen-dommen). Først-

voterende viste til at Knudsen «forsettlig og varig nekter å oppfylle enkelte av de arbeidsoppgaver han utvilsomt har i sin stilling». Selv om Knudsen ivaretok sentrale arbeidsoppgaver på en god måte og var ønsket av sin biskop, slo Høyesterett fast at arbeidsgiver ikke skal måtte tolerere vedvarende forsettlige tjenesteforsømmelser.

Det kan også vises til Borgarting lagmannsretts dom 19. mai 2008. Saken gjaldt tre kommunale mellomledere som ble sagt opp etter mangelfull kontroll med implementeringen av en instruks for forvaltningen av psykisk utviklingshemmedes midler. Den mangelfulle kontrollen hadde ført til misbruk. Retten uttaler i den forbindelse:

Samlet sett er det flertallets syn at B er betydelig å bebreide for måten han utførte arbeidet som seksjons-sjef på. Hans fagansvar gjaldt spesielt tiltakene for funksjonshemmede i bydelen. Selv om disse tiltakene omfattet langt mer enn forvaltningen av beboermidler, er hans arbeidsområde så spesielt definert at det er der ansvaret for den mer detaljerte implementeringen av rutiner og kontroll naturlig hører hjemme.

Tilsvarende er det slått fast i rettspraksis at samarbeidsproblemer ikke kan begrunne oppsigelse med mindre problemene kan bebreides arbeidstakeren, jf. LG-2009-44247.

Dersom arbeidstakeren er å bebreide, kan det bli spørsmål om arbeidsgiveren har tatt opp problemet slik at arbeidstaker har fått anledning til å endre atferd. Dette vil likevel avhenge av hvor alvorlig misligholdet er. Jo mer alvorlig mislighold, jo større anledning vil arbeidsgiver ha til å reagere raskt med oppsigelse.

Prognose

Et sentralt spørsmål er om svikten i arbeidsprestasjonene er av midlertidig eller av mer permanent

art. Dersom det ikke er realistisk håp om bedring, vil arbeidstakeren også i fremtiden mest sannsynlig misligholde arbeidsavtalen. Det styrker oppsigelsesgrunnlaget.

I den forbindelse kan det vises til dommen nevnt ovenfor om oppsigelse av regnskapsfører/kontorleder ved et museum.¹⁸

Flertallet er ikke i tvil om at As arbeidsprestasjon etter advarslene vurdert sammen med hennes forhold før advarslene utgjør saklig grunnlag for oppsigelsen. Flertallet tilføyer at A gjennomgående har vist liten forståelse for at hennes arbeidsutførelse har vært mangelfull, slik at utsiktene til bedring av arbeidsprestasjonene fremsto som begrenset.

Ansiennitet og alder

Ansiennitet og alder er også momenter som kan spille inn. Lang ansiennitet i virksomheten kombinert med høy alder gjør at arbeidsgiveren må gi arbeidstakeren større slingringsmonn og kan kreve noe lavere arbeidsytelse, litt avhengig av hva slags stilling det er.

Høy alder i seg selv kunne også være et moment som gjør at arbeidstakeren må gis større slingringsmonn, men dette må først og fremst gjelde i kombinasjon med lang ansiennitet. Dersom høy alder i seg selv skulle redusere kravet til arbeidsytelsen i særlig grad, ville det bli enda vanskeligere for eldre arbeidstakere å finne nytt arbeid. Dette spørsmålet vil bli aktualisert etter at den alminnelige aldersgrensen økte til 72 år fra 1. juli 2015.

Sosiale og andre forhold

Som i alle oppsigelsessaker, må det gjøres en avveining mellom arbeidsgiverens behov for å avslutte arbeidsforholdet og arbeidstakerens behov

for å beholde sin stilling. Ved driftsinnskrenkninger er dette uttalt på følgende måte i arbeidsmiljøloven § 15-7 andre ledd:

Ved avgjørelse av om en oppsigelse har saklig grunn i driftsinnskrenkning eller rasjonaliserings tiltak, skal det foretas en avveining mellom virksomhetens behov og de ulemper oppsigelsen påfører den enkelte arbeidstaker.

Denne ulempevurderingen er ikke lovfestet for oppsigelser på grunn av arbeidstakerens forhold. Men virkningene for arbeidstakeren skal trekkes inn, selv om de normalt vil ha mindre vekt enn ved oppsigelser på grunn av virksomhetens forhold. I dommen om oppsigelse av en regnskapsfører nevnt ovenfor, var arbeidstakeren 56 år gammel, enslig og hadde vært alvorlig syk. Likevel opprettholdt lagmannsretten oppsigelsen av henne og uttalte:

A har anført at hennes personlige forhold må tillegges vekt ved saklighetsvurderingen, og det er flertallet enig i. At A gjennomgikk en vanskelig periode med alvorlig sykdom og at hun er i en alder hvor det ikke er lett å skaffe seg ny jobb, er imidlertid ikke tilstrekkelig til å sette saklighetsvurderingen i et annet lys.

NOEN AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

Den kontraktsrettslige tolkning og utfylling av arbeidsavtalen må være utgangspunktet når oppsigelse på grunn av mangelfull arbeidsytelse skal vurderes, sammen med hva slags stilling det er og utviklingen i arbeidsforholdet. I denne artikkelen har vi videre tatt til orde for at det må foretas en helhetsvurdering av om det foreligger *mangler av betydning*. Vi tror dette gir en bedre veiledning for hvilken norm som gjelder enn den tradisjonelle

uttalelsen om at arbeidsytelsen må ligge betydelig under det normale.

NOTER

- 1 Se for eksempel LH-2008-124494 med henvisninger.
- 2 Om betydningen av andre tolkningsfaktorer, se for eksempel Johan Giertsen, *Avtaler*, Bergen 2012, kapittel 18.2.
- 3 Avskjeden av en arbeidstaker ble opprettholdt som oppsigelse. Saken ble bragt inn for Høyesterett, men der var spørsmålet om avskjedens rettmessighet ikke til behandling, se Rt. 2001 side 1253.
- 4 Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven Kommentargave*, 2. utg. Oslo 2013, side 801.
- 5 Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven, Kommentarer og praksis*, Oslo 2011, side 714.
- 6 LG-2006-120562.
- 7 LB-2004-57689.
- 8 LB-2007-74289.
- 9 RG 1956 s. 281.
- 10 Se for eksempel Borgarting lagmannsretts dom 19. mai 2008 (LB-2007-74289) hvor lagmannsretten uttalte: «I denne sammenheng vil det ha betydning om arbeidsgiveren – i dette tilfellet kommunen – har stilt nødvendige ressurser til rådighet slik at de tre oppsagte i praksis har hatt muligheter til å utføre sine oppgaver.»
- 11 LB-2012-158782.
- 12 LG-2006-120562.
- 13 LG-2009-44247.
- 14 LG-2006-120562.
- 15 LH-2009-173393.
- 16 LH-2009-173393.
- 17 LG-1999-2166.
- 18 LB-2012-158782.

Returadresse:
Universitetsforlaget,
Postboks 508 Sentrum,
N-0105 Oslo, Norway



INNHOLD

186 Digitalisering er blitt en del av det moderne liv

TEMA DEN DIGITALISERTE BEDRIFTEN

187 **Rune Skjelvan** Hindre for digitalisering

196 **Jonas Andersson og Stein W. Wallace** Business analytics og big data
- nye navn på gamle fag?

202 **Ørjan Bagn** Digital tjenesteyting - enkelhet er en suksessfaktor og
trygghet tas for gitt

208 **Thomas Mathisen** Lønnsom og enkel digital post

212 **Endre Dyrøy** Digitalisering av helsesektoren - Digital dialog mellom pasient
og fastlege; samfunnskONSEKVENSER

ØVRIGE

219 **Terje Berg** Teori vs. praksis i økonomistyringen - noen betraktninger

228 **Nicolay Skarning og Helene Wegner** Mangelfulle arbeidsprestasjoner som
oppsigelsesgrunn

MANGEL PÅ KOMPETANSE
- et hinder for digitalisering?

ENKELHET SOM
SUKSESSFaktor I
NETTHANDEL

TRENDER I TIDEN
Business analytics, business
intelligence og big data



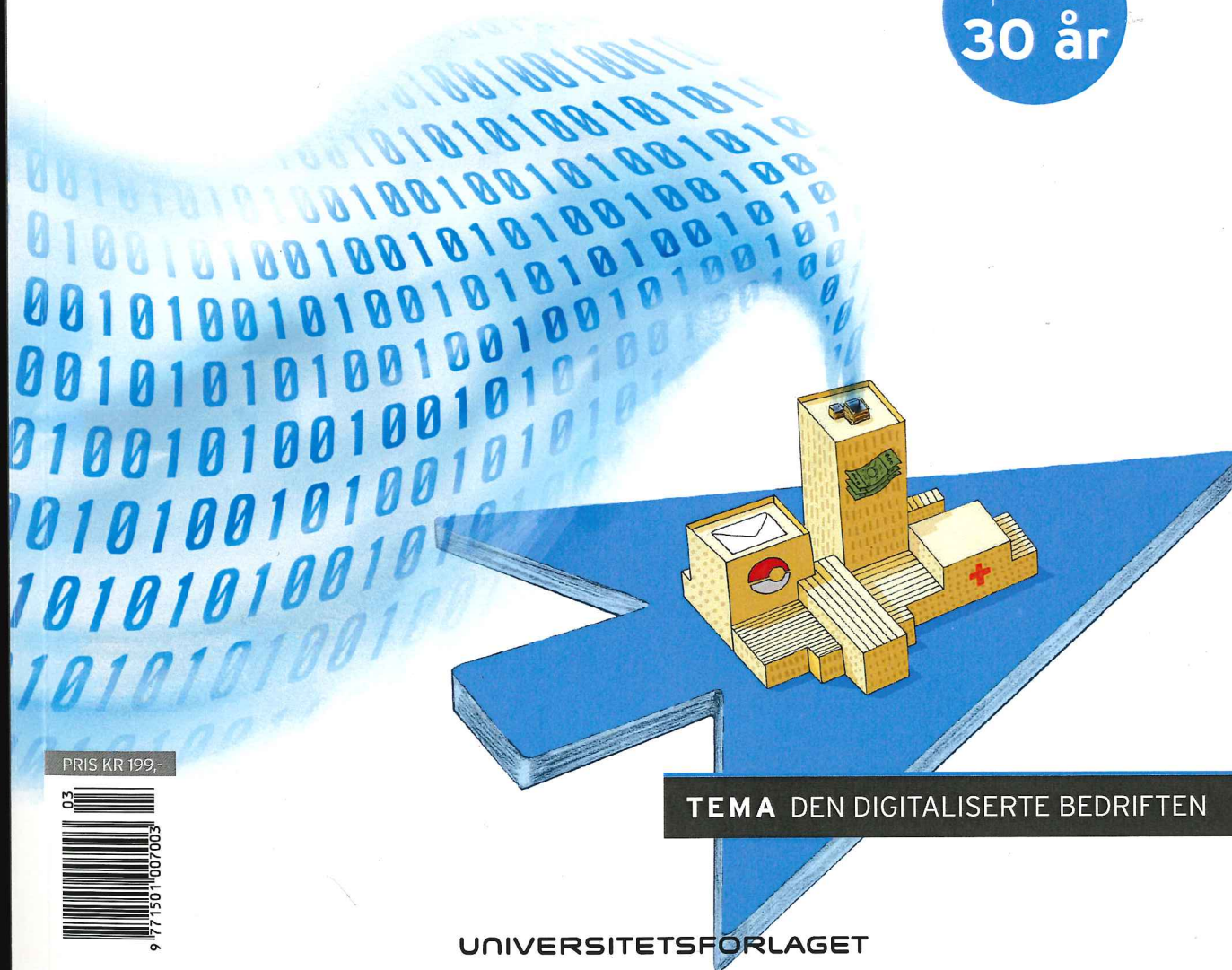
PRAKTISK

Økonomi & finans

3 2015

Tidsskrift for finans, regnskap, skatt

pøf
30 år



PRIS KR 199,-



TEMA DEN DIGITALISERTE BEDRIFTEN

UNIVERSITETSFORLAGET