

**ARBEIDSTAKERENS RETTSSTILLING
VED
SYKDOM OG ARBEIDSUFØRHET**

Rett eller plikt til fravær,
rett eller plikt til nærvær?

Kandidatnr: 345

Veileder: Professor Henning Jakhelln

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 17 771 ord

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	TERMINOLOGI	3
1.3	AVGRENSNING	4
1.4	RETTSKILDER	4
2	<u>ARBEIDSTAKERENS OPPLYSNINGSPLIKT</u>	6
2.1	INNLEDNING	6
2.2	OPPLYSNINGSPLIKTEN VED SYKDOM	6
2.2.1	INNLEDNING	6
2.2.2	OPPLYSNINGSPLIKTENS INNHOLD	7
2.2.3	MISLIGHOLD	8
2.3	OPPLYSNINGSPLIKTEN VED ARBEIDSUFØRHET FOR ØVRIG	8
3	<u>ARBEIDSTAKERENS RETT TIL FRAVÆR</u>	11
3.1	FRAVÆR VED SYKDOM	11
3.1.1	INNLEDNING	11
3.1.2	SYKDOM	11
3.1.3	PLIKT TIL NÆRVÆR ELLER RETT TIL FRAVÆR?	13
3.2	FRAVÆR VED ARBEIDSUFØRHET FOR ØVRIG	17
3.2.1	INNLEDNING	17
3.2.2	AVSKJED - AML. § 66	19
3.2.3	OPPSIGELSE - AML. § 60, TJML. § 9 OG § 10 NR. 4	20
3.2.4	AVSKJED - TJML. § 15	22
3.2.5	OPPSIGELSE - TJML. § 10 NR. 2	24
3.3	LØNN	25
4	<u>ARBEIDSTAKERENS PLIKT TIL FRAVÆR</u>	27
4.1	INNLEDNING	27
4.2	LOVBESTEMT PLIKT	27

4.3	STYRINGSRETTE	29
4.4	ARBEIDSAVTALEN, TARIFFAVTALE OG ARBEIDSREGLEMENT	30
4.5	LØNN	31
<u>5</u>	<u>ARBEIDSGIVERENS GENERELLE ANSVAR FOR ARBEIDSMILJØET</u>	<u>32</u>
<u>6</u>	<u>ARBEIDSGIVERENS TILRETTELEGGINGS- OG OPPFØLGINGSPLIKT</u>	<u>34</u>
6.1	INNLEDNING	34
6.2	ANVENDELSESOMRÅDE	34
6.3	FYSISKE FORHOLD	35
6.4	INDIVIDUELL TILRETTELEGGING	36
6.4.1	INNLEDNING	36
6.4.2	PLIKTENS OMFANG	37
6.4.3	GENERELT OM TILTAK	39
6.4.4	SÆRLIG OM ENDRET ARBEIDSTID	41
6.4.5	OPPFØLGINGSPLAN	42
6.4.5.1	Innledning	42
6.4.5.2	Når skal oppfølgingsplan utarbeides	43
6.4.5.3	Innhold	44
6.4.5.4	Utlevering av oppfølgingsplan	45
6.5	ARBEIDSTAKERENS MEDVIRKNINGSPLIKT	46
<u>7</u>	<u>ARBEIDSTAKERENS RETT TIL REDUSERT ARBEIDSTID</u>	<u>47</u>
7.1	INNLEDNING	47
7.2	ANVENDELSESOMRÅDE	47
7.3	RETTIGHETENS OMFANG	48
7.4	SAKSBEHANDLING	49
7.5	ARBEIDSPLIKT	51
7.6	LØNN	51
<u>8</u>	<u>ENDRINGER I ARBEIDSFORHOLDET - STYRINGSRETTE</u>	<u>52</u>
8.1	INNLEDNING	52
8.2	ARBEIDETS INNHOLD	54

8.2.1	INNLEDNING	54
8.2.2	UTGANGSPUNKT	54
8.2.3	LOVBESTEMTE BEGRENSNINGER	55
8.2.4	ARBEIDSAVTALENS ØVRIGE ELEMENTER	56
8.3	ARBEIDSSTED	56
8.3.1	INNLEDNING	56
8.3.2	UTGANGSPUNKT	57
8.3.3	ARBEIDSAVTALENS ØVRIGE ELEMENTER	58
8.4	ARBEIDSTID	58
8.4.1	INNLEDNING	58
8.4.2	UTGANGSPUNKT	58
8.4.3	LOVBESTEMTE BEGRENSNINGER	59
8.4.4	ARBEIDSAVTALENS ØVRIGE ELEMENTER	60
8.5	ORDRENEKT - ULOVLIGE ENDRINGER	61
8.6	ENDRINGER ETTER ENDT FRAVÆR	62
9	<u>ARBEIDSTAKERENS RETT TIL ARBEID FOR ANDRE VED FRAVÆR</u>	64
10	<u>LITTERATURLISTE</u>	A
11	<u>LOVREGISTER</u>	D
12	<u>REGISTER - FORARBEIDER OG STORTINGS-DOKUMENTER</u>	H
12.1	BETENKNINGER FØR 1972	H
12.2	BETENKNINGER ETTER 1972: NORGES OFFENTLIGE UTREDNINGER	H
12.3	ODELSTINGS-PROPOSISJONER	H
12.4	INNSTILLINGER TIL ODELSTINGET	J
12.5	STORTINGS-DOKUMENTER	J
13	<u>REGISTER - RETTSPRAKSIS</u>	K
13.1	NORSK RETSTIDENDE (RT.)	K
13.2	RETTENS GANG (RG)	K

13.3	UGESKRIFT FOR RETSVÆSEN (UFR. ELLER U.)	L
13.4	ARBEIDSRETTE (ARD)	L
13.5	LOKALE ARBEIDSRETTER (LARD)	L
13.6	UPUBLISERTE DOMMER	L
<u>14</u>	<u>REGISTER - ANDRE KILDER</u>	<u>M</u>
14.1	FORSKRIFTER	M
14.2	RUNDSKRIV	M
14.3	TARIFFAVTALER	M
14.4	ANDRE AVTALER	N
<u>15</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>O</u>

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er arbeidstakerens rettsstilling ved sykdom og arbeidsuførhet. Den sentrale problemstillingen er om arbeidstakeren har rett eller plikt til fravær, alternativt rett eller plikt til nærvær.

Bakgrunnen for oppgaven er arbeidstakerens rett til fravær fra arbeidet ved sykdom. Denne fraværsretten er grunnleggende i norsk arbeidsrett og skal sikre at arbeidstakeren ”så langt som mulig skal slippe å måtte sette i gang en prosess for å beholde arbeidet mens vedkommende er arbeidsufør”.¹

Retten til fravær ved sykdom ivaretar viktige hensyn. Samtidig er sykefraværet i Norge uakseptabelt høyt, stigende og kostbart. Ifølge statistikk fra Statistisk sentralbyrå økte sykefraværet fra 7,8 prosent i fjerde kvartal 2002 til 8,5 prosent i fjerde kvartal 2003.² I kombinasjon med en meget god sykepengeordning - både isolert sett og sammenlignet med andre land - innebærer dette store økonomiske kostnader for samfunnet. Stortingets bevillinger for 2003 til sykepenger var på 28 302 mill. kroner. Forslaget til bevilling for 2004 var 29 730 mill. kroner, en vekst på 5,0 pst. fra 2003 til 2004.³ Arbeidsgivernes utgifter kommer i tillegg. Beregninger fra SINTEF Unimed viser at sykefravær koster norske arbeidsgivere 1 700 kroner per dagsverk. Totalt innebærer dette et tap på 208 millioner kroner hver dag.⁴

Oppgaven tar utgangspunkt i situasjonen som oppstår når en arbeidstaker blir syk. Men spørsmålet om fravær er aktuelt i flere tilfeller enn dette.

¹ *Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)* Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø s. 76.

² Statistisk sentralbyrås statistikk over egen- og legemeldt sykefravær for 4. kvartal 2003. Se vedlegg 1.

³ *St.prp. nr. 1 (2003-2004)* Statsbudsjettet medregnet folketrygden s. 72.

⁴ Artikkel i Dagsavisen 23. desember 2003. Se vedlegg 2.

Noen eksempler kan være hensiktsmessig:

1. En sykepleier merker symptomer på influensa. Rett eller plikt til fravær?
2. En sekretær sklir på isen og brekker foten. Rett til fravær?
3. En lærer er forkjølet og stemmen er i ferd med å forsvinne. Noen dagers fravær er nødvendig for å få stemmen tilbake. Rett til fravær?
4. En dommer i forhørsretten har vært ute på byen med venner og kollegaer. Dagen etter er formen dårlig. Rett til fravær?
5. En flygeleder har mistet familien i en bilulykke og sliter med sorgreaksjoner. Plikt til fravær?
6. En værmelder hos TV2 får et akutt allergisk anfall og store utslett i ansiktet tyve minutter før sending. Hun holdes borte fra TV-sendinger til hun er frisk. Plikt til fravær?

Som eksempel 1 viser, kan et og samme faktum reise spørsmål om både rett og plikt til fravær. Men det er partene og det konkrete saksforholdet som avgjør hvilken rettslig innfallsvinkel saken skal få.

Hensikten med oppgaven er for det første å drøfte om sykdom gir *rett til fravær*, herunder vise at sykdom ikke alltid gir grunnlag for dette. Fraværsretten forutsetter som hovedregel at arbeidstakeren har blitt arbeidsufør. Om arbeidstakeren har rett til fravær beror derfor på en konkret vurdering av sykdommen og arbeidsforholdet. Selv om sykdommen isolert sett er alvorlig nok, se eksempel 2, kan behovet for fravær være vel så legitimt ved relativt uskyldige sykdommer, se eksempel 3.

Oppgaven drøfter for det andre om arbeidstakeren har rett til fravær når arbeidsuførheten ikke har sammenheng med sykdom. Som eksempel 4 viser kan en arbeidstaker ha behov for fravær også i slike tilfeller.

For det tredje drøftes det om arbeidstakeren kan ha *plikt til fravær*. Hovedspørsmålet er hvilke vilkår som må være oppfylt for å pålegge arbeidstakeren en slik plikt. Eksempel 5 og 6 illustrerer at det kan reises spørsmål ved sykdom som nødvendig og tilstrekkelig betingelse i den sammenheng.

Oppgaven behandler for det fjerde spørsmål som oppstår når arbeidstakeren har *rett eller plikt til nærvær* - arbeidstakeren har altså ikke rett eller plikt til fravær. Blant annet behandles arbeidsgiverens plikt til å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakeren. Individuell tilrettelegging er normalt sett en forutsetning for at arbeidstakeren skal kunne fortsette i arbeidet ved arbeidsuførhet.

1.2 Terminologi

Med *fravær* mener jeg at arbeidstakeren er borte fra arbeidsplassen, helt eller delvis. Begrepet omfatter blant annet å komme for sent, fravær i form av å forlate jobben i løpet av arbeidsdagen, fravær i form av å ikke returnere etter permisjon, ferier o.l., og fravær i form av å ikke møte opp i det hele tatt.

Oppgaven gjelder fravær ved sykdom og arbeidsuførhet. Begrepet *sykdom* drøftes nedenfor i kapittel 3.1.2. Med *arbeidsuførhet* menes hel eller delvis reduksjon av arbeidstakerens fysiske eller psykiske arbeidsevne. Reduksjonen kan skyldes sykdom, men kan også være et resultat av andre omstendigheter, for eksempel sorg. Begrepet betegner altså et sentralt vilkår for fravær ved sykdom, men betegner også en tilstand som kan oppstå uavhengig av sykdom med påfølgende spørsmål om fravær.

Med *sykenærvær* menes at arbeidstakeren jobber selv om vedkommende er syk. Sykdommen har altså ikke medført arbeidsuførhet i en slik grad at arbeidstakeren må være fraværende. Sykenærvær kan kombineres med delvis sykefravær.

Med *nærvær ved arbeidsuførhet* mener jeg at arbeidstakeren jobber selv om vedkommende er arbeidsufør - arbeidsuførheten skyldes imidlertid ikke sykdom. Situasjonen er den samme som ved sykenærvær. Nærvær ved arbeidsuførhet kan således kombineres med delvis fravær.

1.3 Avgrensning

Oppgaven tar utgangspunkt arbeidsmiljøloven⁵. Jeg behandler primært de problemstillinger som oppstår i forhold til arbeidsgiveren ved arbeidstakerens sykdom og arbeidsuførhet. Arbeidsmiljølovens kap. VIII om rett til fri fra arbeidet behandles ikke. Det samme gjelder fravær når arbeidstakeren ikke er syk eller arbeidsufør.

Jeg avgrenser oppgaven til å gjelde arbeidstakere, herunder tjenestemenn, jf. aml. § 3. Tjenestemenn er omfattet av arbeidsmiljølovens bestemmelser med mindre tjenestemannsloven⁶ gir særbestemmelser, jf. aml. § 2 og § 56 samt juridisk teori.⁷

Oppgaven behandler videre enkelte bestemmelser i folketrygdloven.⁸ Det gjelder primært bestemmelser i folketrygdlovens kap. 8 om sykepengen.

1.4 Rettskilder

Oppgavens tema - sykefravær og arbeidsuførhet - er del av et større og dynamisk rettsområde hvor det offentlige engasjement er stort. Begrepet ”*Inkluderende arbeidsliv*” er betegnende. Oppgaven baserer seg i stor grad på rettskilder avgitt i denne sammenheng:

*Sandmanutvalget*⁹ er forarbeid til flere av de bestemmelser oppgaven behandler.

*Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv*¹⁰ mellom Staten og partene i arbeidslivet er et ledd i arbeidet med å styrke ”arbeidslinja i arbeidslivet”. Bakgrunnen for avtalen er utviklingen de senere år med stadig flere arbeidstakere som går ut av arbeidslivet på grunn av sykefravær, uførepensjon og tidlig pensjon.¹¹ Intensjonsavtalen innfører visse virkemidler i bekjempelsen av sykefraværet.

⁵ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. februar 1977 nr. 4 (aml.).

⁶ Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars 1983 nr. 3 (tjml.).

⁷ Bjørnaraa (2000) s. 59.

⁸ Lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.).

⁹ *NOU 2000: 27. Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv.*

¹⁰ Intensjonsavtalen. Se vedlegg 3.

¹¹ Intensjonsavtalens kapittel 1.

Staten på sin side har forpliktet seg til å gjennomføre nødvendige lovendringer for å oppfylle sin del av avtalen. Avtalen er for såvidt en del av forhistorien ved lovtolkningen.

*Samarbeidsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv*¹² er en avtale som virksomheter kan inngå med trygdeetaten som en videreføring av Intensjonsavtalen. Avtalen gir disse Inkluderende Arbeidslivsvirksomhetene - IA-virksomheter - flere virkemidler i tillegg til de som allerede følger av Intensjonsavtalen.¹³

Erklæringen fra partene i Intensjonsavtalen av 3. desember 2003¹⁴ viderefører Intensjonsavtalen til utgangen av 2005. IA-erklæringen legger premissene for enkelte endringer i det eksisterende IA-samarbeidet.

Regjeringen har nylig lagt frem *forslag til endringer* i folketrygdloven for å få arbeidstakere tilbake i arbeid etter sykmelding.¹⁵ Videre ble innstilling til ny arbeidslivslov lagt frem 20. februar 2004.¹⁶ Forslagene omtales i den utstrekning det er relevant sett hen til oppgavens tema og avgrensning.

¹² Samarbeidsavtalen. Se vedlegg 4.

¹³ Intensjonsavtalens kapittel 3.3 og Samarbeidsavtalen pkt. A-D.

¹⁴ IA-erklæringen. Se vedlegg 5.

¹⁵ *Ot.prp. nr. 48 (2003-2004)* Om lov om endringer i folketrygdloven (nye regler om sykmelding mv.).

¹⁶ *NOU 2004: 5*. Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

2 Arbeidstakerens opplysningsplikt

2.1 Innledning

Et første spørsmål ved sykdom og arbeidsuførhet er om arbeidstakeren har opplysningsplikt overfor arbeidsgiveren om dette. Arbeidsgiveren har behov for informasjon av flere grunner. For det første danner opplysningene et viktig grunnlag for å vurdere om arbeidstakeren har rett til fravær. For det andre er arbeidstakerens opplysninger viktige når det skal vurderes om fravær skal pålegges. For det tredje er informasjon om arbeidstakerens tilstand viktig i de tilfeller det ikke gis rett til fravær, eventuelt ikke pålegges plikt til fravær. Arbeidsgiveren har da som hovedregel både rett og plikt til å tilrettelegge arbeidet. Arbeidstakerens opplysningsplikt forenkler arbeidet i så måte.

2.2 Opplysningsplikten ved sykdom

2.2.1 Innledning

Arbeidstakeren har i utgangspunktet opplysningsplikt ved sykdom, jf. ftrl. § 8-8.

Opplysningsplikten ble innført ved lov 22. mars 2002 nr. 7 og følger opp Sandmanutvalgets påpeking av at det er for liten dialog mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren om hva som skal til for at arbeidstakeren kan komme tilbake i arbeid.¹⁷ I Intensjonsavtalen forpliktet staten seg til å foreslå nødvendige lov- og regelendringer som forplikter arbeidstakeren til å gi nødvendige opplysninger til arbeidsgiveren om funksjonsevnen.¹⁸

¹⁷ NOU 2000: 27 s. 142.

¹⁸ Intensjonsavtalen kapittel 3.1 litra c og 3.5.

Opplysningsplikten må ses i sammenheng med arbeidstakerens plikt til å bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet blir utredet og iverksatt, jf. ftrl. § 8-8 første ledd if.¹⁹ samt arbeidsgiverens plikt til å iverksette relevante tiltak ved arbeidstakerens sykdom, jf. blant annet aml. § 13 og § 14 andre ledd litra f²⁰. Se nedenfor i kap. 5 og 6 om dette.

Ved sykefravær på grunnlag av legeerklæring suppleres opplysningsplikten av legens plikt til å gi en funksjonsvurdering av arbeidstakeren, jf. ftrl. § 8-7 tredje ledd. Bestemmelsen behandles ikke her.

2.2.2 Opplysningspliktens innhold

Arbeidstakeren plikter å gi opplysninger om egen funksjonsevne, jf. ftrl.

§ 8-8 første ledd. Plikten gjelder overfor trygdeetaten og arbeidsgiveren. Plasseringen i folketrygdloven kap. 8 henger sammen med at sykefravær som hovedregel gir arbeidstakeren rett til sykepengen.

Med ”funksjonsevne” mener forarbeidene restarbeidsevne. Arbeidstakeren plikter å gi opplysninger til arbeidsgiveren om hvilke arbeidsoppgaver vedkommende kan utføre på tross av sykdommen. Opplysningsplikten skal på denne måten bidra til større åpenhet og dialog mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Det opprinnelige systemet med sykmelding fra lege fokuserte i for stor grad på hvilken medisinsk diagnose som ble gitt. Hvilken diagnose arbeidstakeren har fått, eller hvilken behandling som gis, har arbeidstakeren ikke plikt til å gi opplysninger om. Forarbeidene begrunner dette med arbeidstakerens taushetsrett.²¹

¹⁹ *Ot.prp. nr. 29 (2001-2002)* Om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.) s. 10-11.

²⁰ *Innst.O. nr. 39 (2001-2002)* Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.) s. 6.

²¹ *Ot.prp. nr. 29 (2001-2002)* s. 10.

Plikten avgrenses negativt ved at arbeidstakeren ikke må utsettes for ”utilbørlig press” om å utlevere forhold av privat art. Med ”forhold av privat art” mener forarbeidene for eksempel at arbeidstakeren ikke trenger å opplyse om pågående utredning av alvorlig sykdom, psykiske kriser eller komplikasjoner i forbindelse med graviditet. Plikten avgrenses positivt ved at opplysningene må ha en reell effekt for arbeidsgiverens sykefraværarbeid.²² Arbeidstakerens opplysninger må altså være så inngående at arbeidsgiveren har en reell mulighet til å vurdere om det finnes måter å tilpasse det opprinnelige arbeidet på, eventuelt finnes alternative arbeidsoppgaver å gi.

2.2.3 Mislighold

Arbeidstakeren kan holde tilbake opplysninger av ulike årsaker. Et praktisk eksempel er at arbeidstakeren mener opplysningene er av ”privat art”. Ved tilbakeholdelse av opplysninger kan arbeidstakeren risikere å misligholde opplysningsplikten. Spørsmålet er hvilken betydning unnlattelse av å gi pliktige opplysninger har for arbeidstakeren.

Arbeidstakerens mislighold innebærer først og fremst at retten til sykepenger kan falle bort. Forutsetningen er at arbeidstakeren nekter å gi opplysninger om funksjonsevnen ”uten rimelig grunn”, jf. ftrl. § 8-8 andre ledd. Forarbeidene til denne delen av bestemmelsen presiserer ikke hva som ligger i kravet til rimelig grunn.²³ Bestemmelsen er heller ikke mye brukt i praksis.²⁴

2.3 Opplysningsplikten ved arbeidsuførhet for øvrig

Folketrygdloven § 8-8 får i utgangspunktet bare anvendelse når arbeidstakeren har krav på sykepenger, jf. plasseringen i folketrygdlovens kapittel 8. Fravær på grunn av sorg, ekteskapsproblemer, alkoholberuselse eller depresjon grunnet Ålesund Fotballklubbs nederlag i Tippeligaen gir ikke rett til sykepenger, jf. ftrl. § 8-4 første ledd andre pkt. Spørsmålet blir derfor om arbeidstakeren har opplysningsplikt på annet grunnlag.

²² Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) s. 10.

²³ *Ot.prp. nr. 64 (1992-1993)* Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 pm folketrygd og i visse andre lover (Samleproposisjon) s. 6-8.

²⁴ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 10.

Hvis arbeidstakeren krever sykepenger, mener jeg ftrl. § 8-8 må få anvendelse. For øvrig er ikke arbeidstakeren pålagt noen opplysningsplikt i arbeidsmiljøloven. Det må likevel være hovedregelen at arbeidstakeren har plikt til å melde fra til arbeidsgiveren om fravær fra arbeidsplassen, jf. juridisk teori.²⁵ Generelt kan en slik plikt knyttes til den alminnelige lojalitetsplikt ethvert arbeidsforhold innebærer, jf. Rt. 1996 s. 1401. For arbeidstakere i IA-virksomheter følger det dessuten uttrykkelig av Samarbeidsavtalen pkt. 4 litra b.

Hva arbeidstakeren plikter å opplyse om, er et annet spørsmål. Arbeidstakeren må i alle fall opplyse om fraværets forventede lengde.²⁶ Arbeidsgiveren gis da mulighet til å vurdere tiltak, for eksempel innleie av vikarer. For IA-virksomheter fremgår en slik plikt av Samarbeidsavtalen pkt. 4.

Et annet spørsmål er om arbeidstakeren har plikt til å opplyse om fraværets årsak. Arbeidstakere i IA-virksomheter har ikke plikt til dette, jf. Samarbeidsavtalen pkt. 4 litra b. Det har heller ikke syke arbeidstakere, i hvert fall ikke hvis det innebærer opplysninger om diagnose eller forhold av privat art. Arbeidstakeren har imidlertid, i begge disse tilfeller, plikt til å opplyse om restarbeidsevnen. Fraværets årsak blir dermed mindre viktig, da opplysningene om restarbeidsevne kan gi grunnlag for å kalle arbeidstakeren tilbake til arbeidet på tross av sykdommen.

Om arbeidstakeren i andre tilfeller plikter å opplyse om årsaken til fraværet er mer usikkert. Opplysningene gir arbeidsgiveren mulighet til å vurdere om fraværet er lovlig. Dessuten gir det arbeidsgiveren mulighet til å iverksette nødvendige tiltak for å avhjelpe fraværet. Jeg antar likevel - på bakgrunn av de konkrete forpliktelser som følger av Samarbeidsavtalen og folketrygdloven - at arbeidstakeren ikke kan pålegges å gi slike opplysninger uten tilsvarende rettslig grunnlag. Heller ikke juridisk teori pålegger arbeidstakeren en slik plikt. Men Jakhelln mener arbeidstakeren ved fravær av ubestemt lengde har plikt til å holde arbeidsgiveren "rimelig informert", iallfall ved forespørsel.²⁷

²⁵ Jakhelln (1996) s. 249.

²⁶ Jakhelln (1996) s. 249.

²⁷ Jakhelln (1996) s. 249.

Hva som ligger i kravet til "rimelig informert" sier ikke Jakhelln noe om. Uansett vil arbeidstakerens taushetsrett - som begrunner unntaket for sensitive opplysninger i folketrygdloven og Samarbeidsavtalen - begrense arbeidstakerens plikter i denne sammenheng.

3 Arbeidstakerens rett til fravær

3.1 Fravær ved sykdom

3.1.1 Innledning

Arbeidstakerens rett til fravær ved egen sykdom er grunnleggende i norsk arbeidsrett. Den kommer imidlertid ikke direkte til uttrykk i arbeidsmiljøloven, men beror på en tolkning av aml. § 64.²⁸ Bestemmelsen gir et særskilt oppsigelsesvern ved sykdom og forutsetter at arbeidstakerens fravær er lovlig.²⁹ Bestemmelsen gjelder tilsvarende for tjenestemenn, jf. tjml. § 10 nr. 5.

Fremstillingen videre drøfter for det første hva som menes med sykdom. Dernest drøftes det om sykdom kan gi rett til fravær. Til slutt drøftes sykdommens betydning for arbeidstakerens lønnskrav. De generelle vilkår i aml. § 64 for at arbeidstakeren skal ha rett til fravær behandles ikke.³⁰

3.1.2 Sykdom

Sykdom er et grunnleggende vilkår for at arbeidstakeren skal ha rett til fravær i medhold av aml. § 64.³¹ Spørsmålet er derfor hva som menes med sykdom.

Arbeidsmiljøloven viser til sykdomsbegrepet i aml. § 13, § 16, §§ 20-22, § 24, § 26, § 33 A og § 64, men definerer det ikke. Etter en språklig forståelse kan begrepet sies å betegne tilstander som forstyrrer den organiske eller mentale tilstand hos et menneske på en skadelig måte.³² En arbeidstaker som er beruset kan etter en slik forståelse sies å være syk.

²⁸ ALLU § 15-8, jf. NOU 2004: 5 s. 527 og s. 563.

²⁹ Jakhelln (1996) s. 249.

³⁰ Se for eksempel Fougner (2003) s. 694-698 og NOU 2004: 5 s. 313-316.

³¹ Jeg behandler ikke fravær på grunn av "ulykke", jf. aml. § 64.

³² Se for eksempel Store Norske leksikon (1989) s. 301.

Sykdomsbegrepet er ikke omtalt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Begrepet ”helse” er derimot drøftet i forbindelse med spørsmålet om hvilke faktorer som bør omfattes av kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Forarbeidene legger blant annet til grunn at loven dekker både fysiske og psykiske forhold. Det uttales videre at helsebegrepet har fått et videre innhold de siste årene ved at det omfatter flere sider av den kroppslige og mentale tilstand og funksjonsevne. Videre legges det i dag større vekt på allmenn tilstand og allmenn funksjonsdyktighet i individets totale livssituasjon.³³ Uttalelsene gir etter mitt syn liten veiledning i tolkningen av sykdomsbegrepet og drøftes ikke videre.

Sykdomsbegrepet benyttes også i tjenestemannsloven, se § 10 nr. 2 litra a, § 13 nr. 1 litra b og § 22. Begrepet defineres heller ikke her. I juridisk teori er det lagt til grunn - med henvisning til Statens personalhåndbok - at sykdomsbegrepet er det samme som i folketrygdloven.³⁴

Folketrygdloven benytter sykdomsbegrepet i kap. 1, 2, 3 og 5 til 15. Loven definerer ikke begrepet, men det er omtalt i forarbeidene til en endringslov til folketrygdloven 1966. Forarbeidene tar utgangspunkt i at sykdomsbegrepet ikke er definert i loven. Hva som er sykdom beror derfor på hva den medisinske vitenskapen til enhver tid definerer som sykdom. Det presiseres imidlertid at adferdsavvik, kriminalitet og sosial mistilpasning ikke regnes som sykdom.³⁵ Jeg antar uttalelsene gjelder tilsvarende for folketrygdloven 1997.

Begrepet er videre omtalt i Rikstrygdeverket rundskriv til folketrygdloven kap. 8. Rundskrivet tar utgangspunkt i Sykeforsikringskomiteen sin drøftelse av begrepet i 1907. Komiteen la til grunn at begrepet sykdom omfattet ”en sådan forstyrrelse av den legemlige og åndelige sunnhetstilstand at legehjelp anses påkrevet.” Som i de ovennevnte forarbeider, konkluderes det i rundskrivet med at hva som regnes som sykdom beror på den medisinske vitenskapens utforming og praktisering av begrepet.³⁶

³³ *Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)* Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. s. 29.

³⁴ Bjørnaraa (2000) s. 417.

³⁵ *Ot.prp. nr. 39 (1992-1993)* Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd s. 2.

³⁶ *Rikstrygdeverkets rundskriv* 1. mai 1997 nr. 49 til folketrygdloven kap. 8. Tilgang:

<http://websir.lovdato.no> [Sisert 23.04.2004].

Tilsvarende standpunkt er tatt i juridisk teori. I følge Norsk Lovkommentar anses kronisk alkoholisme og narkomani som sykdom dersom tilstanden krever behandling. Også undersøkelse og behandling mv. som skyldes mistanke om sykdom omfattes. Tilsvarende hos Dege.³⁷

På denne bakgrunn mener jeg at sykdomsbegrepet i arbeidsmiljøloven må knyttes til den medisinske vitenskapens utforming og praktisering av begrepet. Fravær i medhold av aml. § 64 forutsetter således at det faktiske forhold regnes som sykdom i medisinsk forstand. Videre må sykdommen - eventuelt mistanken om sykdom - kreve medisinsk behandling. Imidlertid aksepteres enkelte forhold ikke som sykdom i juridisk sammenheng selv om legevitenskapen kanskje skulle mene noe annet. Adferdsavvik, kriminalitet og sosial mistilpasning aksepteres for eksempel ikke som sykdom i trygderettslig forstand. Den nærmere avgrensingen juridisk sett, vil imidlertid bero på den enkelte lovbestemmelse og tolkningen av denne.

3.1.3 Plikt til nærvær eller rett til fravær?

Spørsmålet så er om arbeidstakeren har rett til fravær. Det faktiske utgangspunkt er at arbeidstakeren har fått en sykdom. Men dette gir ikke en ubetinget rett til fravær i medhold av aml. § 64. Det er bare arbeidstakere som "må" være helt eller delvis borte fra arbeidet som har rett til fravær, jf. aml. § 64 nr. 1 første pkt. Om arbeidstakeren "må" være fraværende på grunn av sykdom beror på en konkret vurdering av den enkelte sak.

Bakgrunnen for dette er at sykdomsbegrepet favner vidt. Det omfatter tilstander av både fysisk og psykisk art. Sykdommer kan være relativt ufarlige, andre ganger farlige eller i ytterste konsekvens dødelige. Noen sykdommer kan helbredes, andre må man leve med resten av livet. Sykdommer kan også være smittefarlige. Hvor alvorlig dette er, beror blant annet på om sykdommen er uhelbredelig og dødelig. Sammenfatningsvis innebærer dette at ikke alle sykdommer medfører arbeidsuførhet. Muligheten for å utføre det opprinnelige arbeidet, eventuelt andre arbeidsoppgaver, varierer sterkt med typen sykdom og arbeidsforholdets art. En sekretær som brekker benet er ikke nødvendigvis arbeidsufør. Det kan derimot en sykepleier med influensa være.

³⁷ Norsk Lovkommentar (2002) note 279 til ftrl. § 5-1 s. 2604 og Dege (2003) s. 744.

Vurderingen av om arbeidstakeren har rett til fravær kan derfor ikke stoppe ved konstateringen av en sykdom. Dette innebærer primært at det kan stilles en medisinsk diagnose. Diagnosen spiller en grunnleggende rolle ved medisinsk behandling men det er ikke derved tatt standpunkt til arbeidstakerens arbeidsevne. Det er illustrerende at legene nå har plikt til å vurdere arbeidstakerens funksjonsevne ved sykmelding, ikke bare stille en medisinsk diagnose, jf. ftrl. § 8-7 tredje ledd.

Vilkåret om arbeidsuførhet innebærer for så vidt at arbeidstakeren i utgangspunktet har plikt til nærvær ved sykdom. Plikt til nærvær er i følge rettspraksis og juridisk teori aktuelt både ved hel og delvis sykmelding³⁸ og innebærer i utgangspunktet at arbeidsavtalen og arbeidsforholdet videreføres uendret. Arbeidsgiveren har imidlertid en tilretteleggingsplikt, jf. aml. § 13. Arbeidstakerens nærvær må videre ses i sammenheng med de rettigheter og plikter folketrygdloven gir. Arbeidstakerens opplysningsplikt er allerede nevnt. Videre nevnes muligheten for aktiv og gradert sykmelding, samt tilskudd til arbeidsreiser, jf. ftrl. §§ 8-6, 8-13 og 8-14.

Regjeringen har i forbindelse med Intensjonsavtalen foreslått endringer i folketrygdloven som vektlegger arbeidstakerens nærvær fremfor fravær ved sykdom. Det ønskes blant annet innført et aktivitetskrav for å få rett til sykepenger. Aktivitetskravet innebærer at det stilles vilkår om utprøving av arbeidsevnen gjennom arbeidsrettet aktivitet for å få rett til sykepenger. Kravet skal gjelde unntatt når medisinske grunner klart er til hinder for det. Det forutsetter i så fall klar medisinsk dokumentasjon som underbygger at arbeidsrelatert aktivitet ikke er mulig eller tilrådelig. Kravet skal gjelde for alle sykmeldte.³⁹

Videre er det foreslått at legen alltid skal vurdere gradert sykmelding før aktiv sykmelding. Det foreslås derfor at det skal ytes graderte sykepenger dersom den sykmeldte kan utføre en del av sine vanlige arbeidsoppgaver - enten ved å arbeide redusert tid eller ved å bruke lengre tid på å utføre disse oppgavene. Arbeidstakeren jobber for eksempel heltid, men utfører bare halvparten av oppgavene.

³⁸ U 78 / 149 H og Dege (2003) s. 745.

³⁹ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 11.

Bakgrunnen for dette er at undersøkelser tyder på at aktiv sykmelding utsetter returen til arbeidslivet, fremfor å fremskynde den.⁴⁰

IA-virksomheter kan for øvrig - i motsetning til andre virksomheter - iverksette aktiv sykmelding uten forhåndsgodkjenning av trygdeetaten.⁴¹

Ved vurderingen av om arbeidstakeren har rett til fravær må sykdommen vurderes mot det arbeidsforhold saken gjelder.⁴² Eksemplene innledningsvis illustrerer dette. Sekretæren i eksempel 2 har ikke nødvendigvis rett til fravær på grunn av benbruddet. Arbeidet kan tilrettelegges slik at sekretærarbeidet i stor grad kan utføres som normalt. For læreren i eksempel 3 kan derimot et kort fravær kanskje være eneste praktiske mulighet til å få stemmen tilbake. Dommen i Rt. 1997 s. 1506 illustrerer det samme. Saken gjaldt krav om erstatning etter opphør av et arbeidsforhold. Det hadde vært et vanskelig samarbeidsforhold mellom arbeidsgiveren A og arbeidstakerne B, C og D. Arbeidstakerne ble derfor sykemeldt fra arbeidet med diagnosen depressiv nevrose. Etter en tid ble B og C friskmeldt til arbeidsformidling, jf. ftrl. § 8-5. De ble altså ansett arbeidsuføre i forhold til sitt opprinnelige arbeid, men ikke ellers.

Retten til fravær må for det andre ses i sammenheng med arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt. Arbeidsgiveren har plikt til å tilrettelegge arbeidet dersom arbeidstakeren får redusert arbeidsevne, jf. aml. § 13. Dette må innebære at arbeidstakeren bare har rett til fravær dersom den reduserte arbeidsevnen ikke kan avhjelpes gjennom individuell tilrettelegging fra arbeidsgiverens side. Jeg minner her om at arbeidstakeren har plikt til å opplyse om sin funksjonsevne, jf. ftrl. § 8-8. Videre viser jeg til Ot.prp. nr. 48 (2003-2004). Det foreslås her at dersom det allerede etter 8 uker viser seg at arbeidstakeren ikke kan gå tilbake til tidligere arbeid må vedkommende så snart som mulig vurderes i forhold til annet arbeid, og bli friskmeldt til arbeidsformidling med rett til sykepenger i inntil 12 uker, jf. ftrl. § 8-5, eller henvises

⁴⁰ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 12.

⁴¹ Samarbeidsavtalen pkt. A.

⁴² Dege (2003) s. 744-745.

til Aetat for vurdering av yrkesrettede attføringstiltak, jf. § 8-4 tredje ledd litra c, § 8-6 fjerde ledd og § 8-7 syvende ledd.⁴³

Retten til fravær må videre ses i sammenheng med arbeidstakerens generelle plikter i arbeidsforholdet. Det gjelder en alminnelig, ulovfestet lojalitetsplikt i arbeidsforhold, jf. Rt. 1996 s. 1401, og denne er av særlig interesse. Lojalitetsplikten innebærer at arbeidstakeren kan ha plikt til å ta på seg andre arbeidsoppgaver i sykdomsperioden i stedet for å være fraværende fra arbeidsplassen. Juridisk teori har argumentert for at dette bør være utgangspunktet så lenge det er mulig sykdommen tatt i betraktning. Forutsetningen er at det ikke er til fysisk eller psykisk ulempe for arbeidstakeren. Et eksempel på psykisk ulempe er at en arbeidstaker har blitt banket ”gul og blå”.⁴⁴ Vedkommende kan i slike tilfeller være fysisk rustet til å utføre arbeidsoppgavene. Men psykisk sett kan møtet med arbeidskollegaene være grunnlag nok til å ikke pålegge arbeidstakeren pliktig nærvær.

I nær sammenheng med dette er det et spørsmål om arbeidstakeren kan pålegges nærvær i form av hjemmearbeid. Rent praktisk er det ikke tvilsomt at hjemmekontor er et praktisk alternativ for mange arbeidstakere. I tilfeller hvor det for eksempel er en psykisk belastning å møte arbeidskollegaer kan arbeidsgiveren tilrettelegge for arbeid hjemme. I juridisk teori har Dege behandlet spørsmålet. Han mener at arbeidstakeren i utgangspunktet ikke har plikt til å arbeide hjemmefra. Samtidig tar han forbehold om at en proporsjonalitetsvurdering kan føre til motsatt resultat.⁴⁵ Hva Dege legger i en slik vurdering sies det ikke noe om.

Jeg for min del er av den oppfatning at arbeidsgiveren bør ha rett til å pålegge arbeidstakeren å arbeide hjemmefra såfremt hjemmekontor er et naturlig alternativ for det arbeidsforhold saken gjelder. Jeg ser ikke noen avgjørende betenkeligheter med dette forutsatt at arbeidstakerens rehabiliteringsperiode ikke forlenges, se nedenfor. Videre begrenses arbeidsgiveren av de alminnelige grenser som gjelder for endringer i arbeidsforholdet. Se nedenfor i kap. 8 om dette.

⁴³ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 11-12.

⁴⁴ Dege (2003) s. 745.

⁴⁵ Dege (2003) s. 745.

Arbeidstakerens plikt til nærvær må veies mot arbeidstakerens pågående og fremtidige behandling for å bli rehabilitert. Ifølge Dege kan ikke arbeidsgiveren pålegge arbeidstakeren å være til stede på arbeidsplassen hvis dette svekker mulighetene for rehabilitering, eller dersom dette på annen måte gjør det vanskelig for arbeidstakeren å motta den behandling som sykdommen krever.⁴⁶ Jeg er enig i dette. I den sammenheng vil legens vurderinger spille en stor rolle. Legeerklæring som grunnlag for sykepenger skal ta utgangspunkt i en funksjonsvurdering, jf. ftrl. § 8-7 tredje ledd. Disse opplysningene - som avgrenses på samme måte som arbeidstakerens opplysningsplikt - har betydning i vurderingen av om arbeidstakeren skal pålegges plikt til nærvær sett hen til rehabiliteringen.

Arbeidstakeren kan heller ikke pålegges plikt til nærvær dersom det foreligger plikt til fravær. Her er særlig lovbestemt plikt interessant. Offentligrettslige vernehensyn slår igjennom overfor arbeidsgiverens interesser i slike tilfeller. Se nedenfor i kap. 4 om dette.

Sammenfatningsvis skal det relativt mye til før en arbeidstaker har rett til fravær ved sykdom. Alternativet - sykenærvær - er tilrettelagt med både økonomiske og praktiske virkemidler. Arbeidstakeren har - som nevnt - opplysningsplikt om egen funksjonsevne. Dessuten har arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt, se nedenfor i kap. 6.

3.2 Fravær ved arbeidsuførhet for øvrig

3.2.1 Innledning

En arbeidstaker kan være arbeidsufør selv om vedkommende ikke er syk. Aksepteres utgangspunktet om rett til fravær ved arbeidsuførhet på grunn av sykdom, må det også aksepteres at arbeidsuførhet kan gi et praktisk behov for fravær hos friske arbeidstakere. For det første ligger enkelte lidelser nært opp til det folk flest ville kalt sykdom. De regnes imidlertid ikke som sykdom i medisinsk og dermed juridisk forstand. For det andre kan arbeidstakere ha redusert arbeidsevne av rent sosiale årsaker. Sorg er ikke sykdom i medisinsk forstand. Det er i utgangspunktet heller ikke alkoholmisbruk. Arbeidsevnen kan imidlertid reduseres i begge tilfeller.

⁴⁶ Dege (2003) s. 745.

Utgangspunktet må uansett være at friske arbeidstakere har plikt til nærvær. Dette er en grunnleggende konsekvens av at det er inngått arbeidsavtale. Et annet utgangspunkt vil heller ikke være naturlig i og med at også syke arbeidstakere har plikt til nærvær.

Når spørsmålet om fravær skal vurderes, gir verken arbeidsmiljøloven eller tjenestemannsloven bestemmelser av betydning.⁴⁷ Tariffavtaler kan derimot inneholde bestemmelser om velferdspermisjoner.⁴⁸ Et eksempel er Verkstedsoverenskomsten (VO) § 2-7 om korte velferdspermisjoner. Med korte velferdspermisjoner mener overenskomsten permisjon for nødvendig tid, inntil 1 dags varighet, betalt med ordinær lønn, jf. VO § 2-7 første ledd.

Også den individuelle arbeidsavtale kan inneholde bestemmelser om velferdspermisjon. Arbeidsgiveren og arbeidstakeren kan også avtale i det konkrete tilfellet at arbeidstakeren skal ha permisjon. Om permisjon gis med eller uten lønn er det i utgangspunktet opp til partene å avgjøre. Men arbeidsgiveren står antagelig ikke helt fritt til å innvilge eller avslå arbeidstakerens ønske om permisjon uten lønn. Det er lagt til grunn i juridisk teori at arbeidsgiveren bare kan avslå slike søknader dersom det foreligger rimelig saklig grunn.⁴⁹ Jeg er enig i dette. Arbeidsgiverens innvilgelse av permisjon er et spørsmål som hører inn under den alminnelige styringsrett. Beslutninger truffet i kraft av styringsretten krever saklig grunn, jf. Rt. 2001 s. 418. Saken gjaldt spørsmålet om når arbeidstiden begynner og slutter for to grupper ansatte på Statoils anlegg på Kårstø, og i den forbindelse rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett. Høyesterett uttalte at styringsretten begrenses ”av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.”

⁴⁷ Forutsatt at aml. § 31-§ 33 E ikke kommer til anvendelse.

⁴⁸ Jakhelln (1996) s. 269.

⁴⁹ Jakhelln (1996) s. 270-271.

Dersom lovbestemmelser, tariffavtaler eller avtale mellom den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker ikke gir rett til fravær, er arbeidstakerens fravær ulovlig. I verste fall kan dette føre til både oppsigelse og avskjed. Det er reglene om oppsigelse og avskjed arbeidstakerens fravær skal vurderes mot i det følgende.

Av plasshensyn behandles i det følgende bare selve avskjeds- og oppsigelsesgrunnlagene (for eksempel "saklig grunn" og "vesentlig mislighold"). Reglene om saksbehandling m.v. i tilknytning til de enkelte oppsigelses- og avskjedsgrunnlag behandles ikke. Av samme grunn behandles heller ikke oppsigelse i prøvetiden, jf. tjml. § 8 og aml. § 63.

3.2.2 Avskjed - aml. § 66

En arbeidstaker kan avskjediges ved "vesentlig mislighold" av arbeidsavtalen, jf. aml. § 66 nr. 1. Om det foreligger "vesentlig mislighold" beror i utgangspunktet på en kontraktsrettslig vurdering av avtaleforholdet. Men vurderingen har i stadig større grad nærmet seg oppsigelsesreglene i aml. § 60 ved at rene interesseavveininger har fått relevans.⁵⁰

Avskjed på grunn av fravær forutsetter i utgangspunktet fravær av et visst omfang. Fraværets lengde og antall ulovlige fravær står sentralt i vurderingen. Videre vil stillingens karakter og konsekvensen av fraværet være relevant.⁵¹ Også brudd på opplysningsplikten kan være tilstrekkelig avskjedsgrunnlag.

Årsaken til fraværet er et sentralt moment. Borgarting lagmannsretts dom 7. april 1999 gjaldt spørsmålet om retten til å stå i stillingen ved avskjed, jf. aml. § 66 nr. 3.⁵² A ble avskjediget da det ble oppdaget at han hadde vært hjemom to ganger i løpet av arbeidstiden, i til sammen flere timer. Lagmannsretten fant - etter en samlet vurdering - det mest sannsynlig at fraværet skyldtes fru A og hennes alvorlige psykiske problemer. Retten kunne "vanskelig se at det var grunnlag for avskjed." Det var videre "tvilsomt" om vilkårene for subsidiær oppsigelse var til stede.

⁵⁰ Fougner (2003) s. 705 og s. 707-708.

⁵¹ Fougner (2003) s. 710.

⁵² Borgarting lagmannsrett, LB-1999-00289 K/04.

Det har blitt anført i juridisk teori at arbeidsgiveren bør vise forståelse i en viss periode hvis personlige problemer medfører fravær. Forutsetningen er at dette er mulig sett hen til arbeidsforholdet.⁵³ Jeg er enig dette. I og med at rimelighetsvurderinger i større grad tas med i avskjedsvurderinger kan årsaken til fraværet gi rom for rimelighet i større eller mindre grad. Jeg antar personlige problemer blant annet omfatter psykiske problemer, alkoholproblemer, problemer i forhold til ektefelle/partner og økonomiske problemer.

Avtaleregulering av arbeidstakerens rett til fravær har betydning ved vurderingen. Detaljert regulering gjør det lettere å fastslå brudd på avtalen. Men det hersker ikke full avtalefrihet i og med at arbeidsmiljølovens bestemmelser er preseptoriske, jf. aml. § 5. Tilsvarende gjelder ved regulering i arbeidsreglement.⁵⁴

Juridisk teori antar - på tross av ordlyden i aml. § 66, jf. ”har gjort seg skyldig i” - at avskjed ikke forutsetter subjektiv skyld. Den objektive overtredelse av arbeidsavtalen er således nok. Skyldgraden har imidlertid relevans i vurderingen som et selvstendig moment, både i skjerpene og formildende retning.⁵⁵

3.2.3 Oppsigelse - aml. § 60, tjml. § 9 og § 10 nr. 4

Ulovlig fravær kan gi grunnlag for oppsigelse av både arbeidstakere etter arbeidsmiljøloven og tjenestemenn etter tjenestemannsloven. Oppsigelse av arbeidstakere forutsetter saklig grunn, jf. aml. § 60 nr. 1. Tilsvarende gjelder for fast tilsatt tjenestemann med mindre enn to års sammenhengende tjeneste, og midlertidig tilsatt tjenestemann med mindre enn fire års sammenhengende tjeneste, jf. tjml. § 9 første pkt. Saklighetskravet gjelder også for tjenestemann tilsatt i ledende stilling ved anlegg eller virksomhet av forretningsmessig art selv om tjenesten har vart i mer enn fire år, jf. tjml. § 10 nr. 4. Bestemmelsen i § 10 nr. 4 unntar denne gruppen tjenestemenn fra det såkalt ”sterke oppsigelsesvern” som gjelder for tjenestemenn for øvrig etter de første tjenesteår, jf. tjml. § 10 nr. 1 og nr. 2.

⁵³ Dege (2003) s. 730.

⁵⁴ Fougner (2003) s. 708.

⁵⁵ Fougner (2003) s. 708.

Saklighetskravet er en rettslig standard og tolkes på samme måte i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven.⁵⁶ Ved vurderingen må det blant annet tas hensyn til den sosiale utviklingen i samfunnet.⁵⁷ Rimelighetshensyn knyttet til den oppsagte er i utgangspunktet relevant, jf. Rt. 1966 s. 393 og Rt. 1972 s. 1330. Men ved oppsigelse på grunn av ulovlig fravær får rimelighetshensyn redusert betydning fordi oppsigelsen som regel skyldes arbeidstakerens forhold.⁵⁸

Den enkelte sak må vurderes konkret. Saklighetsvurderingen ved oppsigelse av ledere illustrerer for så vidt dette. Kravet til saklighet er strengere for ledere enn for andre arbeidstakere, jf. Rt. 1997 s. 1128. Selv om avgjørelsen gjelder privat sektor er det antatt i juridisk teori at det tilsvarende må gjelde for offentlige tjenestemenn.⁵⁹ Den er dermed relevant for saklighetsvurderingen etter tjml. § 10 nr. 4.

Momenter relevante for om det skal gis avskjed etter aml. § 66, må være relevante også her. Det betyr at fraværets omfang - lengde og antall ulovlige fravær - samt stillingens karakter og konsekvensen av fraværet er relevant.⁶⁰ Oppsigelsen forutsetter i utgangspunktet ikke forutgående advarsel, jf. Rt. 1956 s. 578 og juridisk teori.⁶¹ Dege mener imidlertid at varsel er nødvendig dersom oppsigelsen skyldes mindre fravær i form av for sent oppmøte.⁶²

Dersom arbeidstakeren har vært ulovlig fraværende tidligere, kan også dette tas med i vurderingen, jf. Rt. 1963 s. 1013 og juridisk teori.⁶³ Ved fravær på grunn av beruselse vil arbeidsgiveren i en viss utstrekning ha plikt til å hjelpe arbeidstakeren med sitt eventuelle alkoholproblem, jf. for eksempel Rt. 1999 s. 163.

⁵⁶ *Ot.prp. nr. 44 (1976-1977)* Om lov om statens tjenestemenn m.m. s. 6 og s. 16, *Innst.O. nr. 85 (1976-1977)* Om lov om statens tjenestemenn s. 8, *Ot.prp. nr. 72 (1981-1982)* Om lov om statens tjenestemenn m.m. s. 21 og s. 23 og Bjørnaraa (2000) s. 338-340 og s. 436-437.

⁵⁷ *Ot.prp. nr. 41 (1975-1976)* s. 72.

⁵⁸ Fougner (2003) s. 637-638.

⁵⁹ Bjørnaraa (2000) s. 437.

⁶⁰ Fougner (2003) s. 710.

⁶¹ Fougner (2003) s. 633.

⁶² Dege (2003) s. 728.

⁶³ Fougner (2003) s. 633.

3.2.4 Avskjed - tjml. § 15

Ulovlig fravær kan gi grunnlag for avskjed av tjenestemann, jf. tjml. § 15.⁶⁴

Bestemmelsen er annerledes utformet enn aml. § 66 ved at den angir tre forhold som kan gi grunnlag for avskjed. Opplistingen er ansett for å være uttømmende.⁶⁵ Ulovlig fravær kan gi grunnlag for avskjed etter samtlige alternativer.

Avskjed av tjenestemann forutsetter subjektiv skyld hos tjenestemannen. Skyldkravet innebærer at tjenestemannen må ha opptrådt med forsett eller uaktsomhet. Fraværet som faktisk overtredelse av, eller unnlattelse av, å utføre tjenesteplikter er ikke tilstrekkelig. Dersom subjektiv skyld mangler, eller det er tvil om subjektiv skyld, kan oppsigelse etter tjml. § 9 eller § 10 nr. 2 være aktuelt.⁶⁶ Skyldkravet skiler tjenestemannsloven fra avskjed etter aml. § 66.

Avskjed kan for det første gis dersom tjenestemannen viser grov uforstand i tjenesten. Begrepet ”uforstand” forutsetter overtredelse av en objektiv aktsomhetsnorm i den angjeldende tjeneste. Tjenestemannens personlige evner er ikke relevante i vurderingen. ”Grov uforstand” derimot forutsetter at tjenestemannen har utvist subjektiv skyld og skylden må kvalifisere til grov uaktsomhet. I den vurderingen vil subjektive momenter - alder, erfaring, intellektuell utrustning osv. - være avgjørende. Det kreves ikke at det er gitt advarsel til tjenestemannen i forkant. Men en tidligere advarsel vil vanligvis være et skjerpene moment i vurderingen av om det foreligger grov uforstand.⁶⁷ På dette punkt er situasjonen den samme som ved oppsigelse og avskjed etter arbeidsmiljøloven.

Ulovlig fravær kan for det andre gi grunnlag for avskjed fordi det anses som en ”grov krenkelse av tjenesteplikter”. Som ovenfor forutsetter krenkelsen subjektiv skyld. Men etter ordlyden i bestemmelsen må det antagelig kreves noe mer enn alminnelig uaktsomhet. Juridiske teori legger til grunn at det kreves særlig kvalifisert uaktsomhet.⁶⁸

⁶⁴ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.) § 29 og Straffelovens ikrafttredelseslov av 22. mai 1902 nr. 11 (strl.ikrl.) § 10 behandles ikke.

⁶⁵ Saastad/Debes (1984) s. 86 og Bjørnaraa (2000) s. 614.

⁶⁶ Bjørnaraa (2000) s. 619-620.

⁶⁷ *Innstilling 1964*: Innstilling om ny lov om offentlige tjenestemenn avgitt 27. juli 1964 s. 130-131, Saastad/Debes s. 87 og Bjørnaraa (2000) s. 620-621.

⁶⁸ Debes (1989) s. 622.

Om det foreligger særlig kvalifisert uaktsomhet beror på en totalvurdering av situasjonen. Men jeg forstår bestemmelsen slik at det ikke er nok at tjenestemannen burde forstått at fraværet innebar en krenkelse. Momenter i vurderingen av om det foreligger saklig grunn etter tjml. § 9 og § 10 nr. 4 er relevante også her. På samme vis kan grov uforstand i tjenesten være grov krenkelse av tjenesteplikter, og omvendt. Tidligere advarsler er et moment på samme måte som ved grov uforstand.⁶⁹ Kumulasjon av flere mindre forsømmelser til én grov krenkelse aksepteres imidlertid ikke.⁷⁰ Se nedenfor om dette.

Ulovlig fravær kan for det tredje føre til avskjed fordi det anses som en ”gjentatt krenkelse av tjenesteplikter til tross for advarsel”. Avskjedsgrunnlaget forutsetter at det foreligger overtredelse av tjenesteplikter. Men krenkelsen trenger ikke å være grov eller preget av grov uforstand. Det graverende ligger i den gjentatte krenkelsen, til tross for advarsel. Meningen er å ramme gjentatte brudd på den alminnelige lydighetsplikten og de alminnelige tjenesteplikter.⁷¹ Lydighetsplikten innebærer blant annet overholdelse av arbeidstiden. Bestemmelsen er således et meget praktisk avskjedsgrunnlag ved ulovlig fravær.

Dommen i RG. 1997 s. 11 gjaldt en tjenestemann i Forsvaret som hadde ulovlig fravær på grunn av alkoholproblemer. Lagmannsretten la - under betydelig tvil - til grunn at avskjeden var urettmessig og tjenestemannen ble tilkjent erstatning. Det ble lagt avgjørende vekt på at tidligere forhold var endelig oppgjort med advarsler. Dette var Forsvaret bundet av. Derimot ville ytterligere brudd på tjenesteplikten av samme karakter lett berettige avskjed, særlig dersom det gjaldt tilsvarende brudd som de tidligere forhold. Fraværet på grunn av alkoholproblem var imidlertid ikke tilstrekkelig for avskjed. Forsvaret visste om alkoholproblemet både i prøvetiden og ved ansettelse og måtte sies å ha akseptert risikoen. Dessuten var det uklarerhet rundt pålegget om å dokumentere fraværet med legeerklæring. Pålegget var ikke gitt skriftlig. Tjenestemannens foresatte på stasjonen var heller ikke underrettet.

⁶⁹ Bjørnaraa (2000) s. 622.

⁷⁰ Debes (1989) s. 217.

⁷¹ Ot.prp. nr. 44 (1976-1977) s. 28 og Bjørnaraa (2000) s. 623.

En tjenestemann kan videre avskjediges ved ”utilbørlig atferd i eller utenfor tjenesten” hvis tjenestemannen derved ”viser seg uverdigg til sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er nødvendig for stillingen”, jf. tjml. § 15 første ledd litra b. Begrepet ”utilbørlig adferd” omfatter adferd som kan gi grunnlag for avskjed etter tjml. § 15 første ledd litra a. Rettspraksis viser imidlertid at bestemmelsens praktiske anvendelsesområde er knyttet til andre forhold enn ulovlig fravær. Jeg mener bestemmelsen i litra b på denne bakgrunn er et lite praktisk avskjedsgrunnlag ved ulovlig fravær. Den behandles derfor ikke videre.

3.2.5 Oppsigelse - tjml. § 10 nr. 2

For fast tilsatt tjenestemann med mer enn to års sammenhengende tjeneste, og for midlertidig tjenestemann med mer enn fire års sammenhengende tjeneste - oppsigelse etter de første tjenesteår - gjelder andre vilkår for oppsigelse. Også da kreves saklig grunn. Men i tillegg må andre vilkår være oppfylt, jf. tjml. § 10.

Tjenestemannsloven § 10 er uttømmende - på samme måte som tjml. § 15 - med hensyn til hvilke forhold som kan gi grunnlag for oppsigelse. Generelt dekker bestemmelsen forhold hvor tjenestemannen blir uskikket for tjenesten uten at det stilles krav til subjektiv skyld.⁷² Bestemmelsen skiller seg på dette punkt fra tjml. § 15 om avskjed.

I denne sammenheng er det bestemmelsen i tjml. § 10 nr. 2 litra b som er relevant. Tjenestemannen kan sies opp når vedkommende ikke lenger har de kvalifikasjoner som er nødvendig eller foreskrevet for stillingen, eller av andre grunner er varig uskikket for stillingen, jf. tjml. § 10 nr. 2 litra b. Det er avskjed fordi tjenestemannen av ”andre grunner er varig uskikket for stillingen” som er relevant ved oppsigelse på grunn av ulovlig fravær grunnet arbeidsuførhet.

Bestemmelsen dekker både kontinuerlig og periodevis uskikkethet som følge av fysiske eller psykiske lidelser, herunder tilstander hvor arbeidsgiver er i tvil om det foreligger en sykdom.⁷³ Det er imidlertid ikke nødvendig at tjenestemannen er fraværende eller

⁷² Ot.prp. nr. 44 (1976-1977) s. 25.

⁷³ Bjørnaraa (2000) s. 431.

helt unnlater å utføre tjenesten for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Det er tilstrekkelig at utførelsen av tjenesten ligger under det forsvarlige.⁷⁴

I hvilken grad tjenestemannen er varig uskikket til stillingen, beror på en konkret vurdering av de aktuelle forhold hos tjenestemannen sammenholdt med kravene til en forsvarlig utførelse av den aktuelle stillingen.⁷⁵

3.3 Lønn

Fravær - såvel ved sykdom som ved arbeidsuførhet ellers - reiser spørsmål om arbeidstakerens lønn. Arbeidstakerens lønnskrav kan være regulert i den individuelle arbeidsavtale eller tariffavtale, se for eksempel Hovedtariffavtalen § 18.⁷⁶ Spørsmålet her er hvilket lønnskrav arbeidstakeren har når det ikke foreligger avtaleregulering.

Arbeidstakeren har i utgangspunktet plikt til nærvær både ved sykdom og arbeidsuførhet for øvrig. Arbeidstakeren stiller da sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiveren og har dermed også krav på lønn.⁷⁷ Et spørsmål er om arbeidstakerens sykdom eller arbeidsuførhet kan gi grunnlag for å redusere arbeidstakerens lønn. Spørsmålet er ikke regulert i lov. Jeg kjenner heller ikke til rettspraksis av betydning. I juridisk teori har det blitt lagt til grunn at arbeidsgiveren ikke kan trekke arbeidstakeren i lønn på grunn av dårlig utført arbeid.⁷⁸ I så fall er det bare fravær som kan gi grunnlag for redusert lønn.

Ved sykefravær har arbeidstakeren som hovedregel krav på sykepenger, jf. ftrl. kap. 8. Reglene om sykepenger behandles ikke i nærmere denne oppgaven.⁷⁹ Noen utgangspunkter skal likevel nevnes. Arbeidstakeren har krav på lønn fra arbeidsgiveren de seksten første dagene av sykefraværet ved arbeidsuførhet, jf. ftrl. § 8-4 og

⁷⁴ Innstilling (1964) s. 128-129.

⁷⁵ Bjørnaraa (2000) s. 433.

⁷⁶ *Hovedtariffavtalen* mellom Staten v/ Arbeids- og administrasjonsdepartementet og LO Stat, YS-Stat, UHO og Akademikerne.

⁷⁷ Jakhelln (1996) s. 216.

⁷⁸ Jakhelln (1996) s. 232.

⁷⁹ Se for eksempel Kjønsstad (2001) s. 227-246.

§ 8-19 første ledd. Deretter betaler folketrygden sykepengene, jf. ftrl. § 8-17.
Sykepengene kompenseres med 100 % av lønnen, jf. ftrl. § 8-16.

Arbeidstakeren har rett til sykepenger også ved delvis sykefravær, jf. ftrl. § 8-13.

Graderte sykepenger er aktuelt når arbeidstakeren er 50 % fraværende, men også når vedkommende bruker hele dagen på å utføre 50 % av arbeidsoppgavene. Det ytes i såfall sykepenger for den delen av arbeidet som ikke har blitt gjort.⁸⁰ Forutsetningen er imidlertid at ”evnen til å utføre inntektsgivende arbeid er nedsatt med minst 20 prosent”, jf. ftrl. § 8-13 første ledd andre pkt.

Dersom arbeidstakerens fravær ikke gir rett til sykepenger, jf. blant annet ftrl. § 8-4, blir lønnskrevet et spørsmål mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. Forutsatt at det ikke foreligger avtale om lønnet permisjon, beror lønnskrevet på fraværets rettmessighet. Ulovlig fravær gir ikke arbeidstakeren krav på lønn.⁸¹

Et annet spørsmål er om arbeidstakeren har krav på erstatning for tapt lønn. Dette forutsetter i alminnelighet ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap. Spørsmålet behandles ikke her.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 12.

⁸¹ Jakhelln (1996) s. 216.

4 Arbeidstakerens plikt til fravær

4.1 Innledning

Arbeidstakerens sykdom og arbeidsuførhet er ikke nødvendigvis bare et spørsmål om rett til fravær. Til tider kan det tvert imot bli et spørsmål om arbeidstakeren har plikt til fravær. Det er i utgangspunktet arbeidsgiveren eller tredjemann som har interesse av å hevde en slik plikt. En plikt til fravær innebærer at det rettes et påbud til arbeidstakeren om at han skal holde seg borte fra arbeidet. Påbud forutsetter rettslig grunnlag. Rettslig grunnlag kan for eksempel være formell lov, arbeidsgiverens styringsrett, den individuelle arbeidsavtalen, tariffavtale eller arbeidsreglement.

Om sykdom eller arbeidsuførhet er nødvendig eller tilstrekkelig for å pålegge arbeidstakeren pliktig fravær, beror på en tolkning av det enkelte rettsgrunnlag.

4.2 Lovbestemt plikt

Arbeidstakerens plikt til fravær kan følge av formell lov. Arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven inneholder ikke bestemmelser av denne karakter. Men smittevernloven⁸² er et relevant eksempel. Loven er sentral for syke arbeidstakeres plikt til fravær. Jeg gir derfor en kort oversikt over de sentrale vilkår for dette.

Smittevernlovens formål er blant annet å ”verne befolkningen mot smittsomme sykdommer ved å forebygge dem og motvirke at de overføres i befolkningen, samt motvirke at slike sykdommer føres inn i Norge eller føres ut av Norge til andre land”, jf. smittel. § 1-1 første ledd.

Forbud mot å utføre arbeid forutsetter at en smittet person - arbeidstakeren - er smittet av en ”allmennfarlig smittsom sykdom.” Arbeidstakeren må videre gjennom sitt arbeid eller ved deltagelse i undervisning være en alvorlig fare for overføring av smitte til andre, jf. smittel. § 4-2 første ledd første pkt.

⁸² Lov om vern mot smittsomme sykdommer av 5. august 1994 nr. 55 (smittel.).

Arbeidstakeren kan i slike tilfeller forbys å utføre dette arbeidet eller delta i undervisningen for opptil tre uker dersom hensynet til smittevernet krever det, jf. smittel. § 4-2 første ledd første pkt. if.

Med ”smittet person” mener loven en person som har en smittsom sykdom, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 2. Med ”smittsom sykdom” menes en sykdom eller smittebærertilstand som er forårsaket av en mikroorganisme (smittestoff) eller del av en slik mikroorganisme eller av en parasitt som kan overføres blant mennesker. Som smittsom sykdom regnes også sykdom som er forårsaket av gift (toksin) fra mikroorganismer, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 1.

Grunnvilkåret for at en sykdom skal regnes som en ”allmennfarlig smittsom sykdom” er at den er særlig smittsom, kan opptre hyppig, har høy dødelighet eller kan gi alvorlige eller varige skader, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 3.

Videre må et av tre tilleggsvilkår være oppfylt. Enten må sykdommen vanligvis føre til langvarig behandling, eventuelt sykehusinnleggelse, langvarig sykefravær eller rekonvalesens, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 3 litra a. Et alternativ er at sykdommen kan få så stor utbredelse at sykdommen blir en vesentlig belastning for folkehelsen, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 3 litra b. Det siste alternativet er at sykdommen utgjør en særlig belastning fordi det ikke fins effektive forebyggende tiltak eller helbredende behandling for den, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 3 litra c.

Vedtak om forbud fattes av kommunelegen etter samråd med en lege utpekt av det regionale helseforetaket, jf. smittel. § 4-2 andre ledd, jf. § 7-3 tredje ledd.

Lovens bestemmelser om forbud mot å utføre arbeid må ses i sammenheng med bestemmelsene om forhåndsundersøkelse av arbeids- og utdanningssøkere, undersøkelse av arbeidstakere og personer under utdanning, jf. smittel. § 3-2.

4.3 Styringsretten

Arbeidstakerens plikt til fravær kan videre følge av beslutning truffet av arbeidsgiveren i kraft av styringsretten. Spørsmålet er først i hvilken grad arbeidsgiveren kan pålegge arbeidstakeren å være fraværende på grunn av sykdom.

Forarbeidene til tjenestemannsloven forutsetter at en arbeidsgiver må kunne pålegge en tjenestemann som er syk å gå hjem.⁸³ Juridiske teori anfører at et slikt pålegg kan gis med grunnlag i tjml. § 12 siste pkt. om ”retten til midlertidig å omdisponere tjenestemenn når tjenestens tarv krever det”. Det kan også være snakk om situasjoner som faller inn under tjml. §§ 15 eller 16. Arbeidsgiver kan i slike tilfeller nøye seg med et midlertidig påbud om fravær fremfor å de strengere vedtak om suspensjon eller avskjed.⁸⁴ Noen rettslig forankring i lovbestemmelser er etter min oppfatning ikke nødvendig for å gi slike pålegg. Styringsretten gir i seg selv tilstrekkelig grunnlag for å sende arbeidstakeren hjem.

Jakhelln legger til grunn at en arbeidstaker som er syk, kan pålegges å være fraværende fra arbeidet hvis sykdommen er smittsom, går ut over arbeidet, eller påvirker arbeidsmiljøet på annen måte.⁸⁵ Jeg forstår Jakhelln slik at smittevernlovens bestemmelser ikke trenger å være oppfylt. Jeg er i så fall enig i dette. Influensa er ikke en allmennfarlig smittsom sykdom, jf. smittel. § 1-3 første ledd nr. 3. En arbeidstaker som er smittet med denne sykdommen kan derfor normalt sett ikke pålegges forbud etter smittevernloven, jf. smittel. § 4-2. Det kan likevel være behov for holde arbeidstakeren borte fra arbeidet. Eksemplet med sykepleieren i innledningskapittelet illustrerer dette. Hvorvidt arbeidsgiveren kan pålegge arbeidstakeren å være fraværende må således bero på det konkrete arbeidsforhold.

⁸³ Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) s. 26.

⁸⁴ Bjørnaraa (2000) s. 424.

⁸⁵ Jakhelln (1996) s. 253.

Jakhelln er også av den oppfatning at en arbeidstaker kan ha plikt til å være fraværende selv om arbeidstakeren ikke er sykmeldt på vanlig måte ved legeerklæring eller egenmelding etter folketrygdloven.⁸⁶ Jeg er enig i dette. Folketrygdlovens krav til egenmelding eller legeerklæring ivaretar andre hensyn enn det en eventuell plikt til fravær skal gjøre. Mens dokumentasjonskravene i folketrygdloven blant annet skal sikre at arbeidsgiveren og folketrygden ikke urettmessig tappes for økonomiske midler, skal en plikt til fravær sørge for at smittsomme sykdommer ikke sprer seg med påfølgende eskalering av skadeomfanget. Det kan derfor være nødvendig å pålegge en plikt til fravær før det kan fremvises legeerklæring eller egenmelding som oppfyller kravene i folketrygdloven.

Spørsmålet er så om arbeidsgiveren kan pålegge fravær når arbeidstaker ikke er syk. Jeg antar at det må svares bekræftende på det spørsmålet. Forutsetningen må imidlertid være at arbeidsgiveren har saklig grunn, jf. Rt. 2001 s. 418. Om saklighetskravet er oppfylt beror på den konkrete situasjon og arbeidsforhold. Derfor kan en flygeleder trolig pålegges fravær ved sorgreaksjoner. Feilvurderinger har et helt annet skadepotensiale her enn i mange andre sammenhenger. I mange tilfeller vil arbeidsavtalen eller arbeidsreglement inneholde bestemmelser som regulerer slike forhold.

4.4 Arbeidsavtalen, tariffavtale og arbeidsreglement

Arbeidstakeren kan ha plikt til fravær på bakgrunn av bestemmelser i tariffavtale eller i den individuelle arbeidsavtale. Det beror i så fall på en tolkning av den konkrete avtalebestemmelse om arbeidstakeren har plikt til fravær eller ikke.

Plikt til fravær kan også følge av bedriftsreglementet, se aml. §§ 69-73.

⁸⁶ Jakhelln (1996) s. 253.

4.5 Lønn

Pliktig fravær reiser spørsmål om arbeidstakerens lønn. Situasjonen er den samme som ved rett til fravær.

Pliktig fravær på grunn av smittefare kan gi arbeidstakeren krav på sykepenger, jf. ftrl. § 8-4 andre ledd litra f.

Dersom arbeidstakeren ikke har krav på sykepenger beror lønnskrevet på hva som er avtalt mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. Dersom ingenting er avtalt, vil utgangspunktet måtte være at arbeidstakeren ikke har krav på lønn. Et annet spørsmål er om arbeidstakeren har krav på erstatning for tapt lønn. Dette forutsetter i alminnelighet ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap. Spørsmålet behandles ikke videre her.

5 Arbeidsgiverens generelle ansvar for arbeidsmiljøet

Arbeidstakerens rettsstilling ved sykdom og arbeidsuførhet må ses i sammenheng med arbeidsmiljølovens krav til arbeidsmiljøet, jf. aml. §§ 7 flg. Et utgangspunkt og grunnleggende prinsipp i norsk arbeidsrett er at arbeidsgiveren har det generelle og overordnede ansvaret for arbeidsmiljøet innad i bedriften, jf. aml. § 14 første ledd. Arbeidstakeren skal på sin side medvirke ved gjennomføringen av de tiltak som blir satt i verk for å skape et sunt og trygt arbeidsmiljø, jf. aml. § 16.

Arbeidsgiveren har således hovedansvaret for arbeidsmiljøet såvel ved sykdom som ved arbeidsuførhet ellers. Ansvaret kommer særlig tydelig fram når det gjelder sykefravær. Arbeidsgiveren skal blant annet sikre at hensynet til arbeidstakerens sikkerhet, helse og velferd blir ivaretatt på alle plan i virksomheten, sørge for gjennomføring av systematisk, forebyggende arbeidsmiljø- og tilretteleggingsarbeid og arbeide systematisk med sykefravær, jf. aml. § 14 andre ledd litra j.⁸⁷

Bestemmelsen i aml. § 14 andre ledd litra j ble tilføyd ved endringslov 30. april 2003 nr. 27. Ved å plassere bestemmelsen i aml. § 14 var det meningen å understreke at hovedansvaret for sykefraværet ligger på arbeidsgiveren, og at det er denne som plikter å ta initiativ til at arbeidet igangsettes. Ansvaret for sykefraværet innebærer en generell plikt til å iverksette de tiltak som er nødvendige for å oppfylle arbeidsmiljølovens krav til arbeidsmiljøet.⁸⁸ Dette innebærer at arbeidsgiverens plikt til generelt og systematisk sykefraværsarbeid ikke er oppfylt før arbeidsmiljøet i virksomheten er ”fullt forsvarlig”, jf. aml. § 7 første ledd. Det samme gjelder for arbeid med arbeidsmiljøet for øvrig, jf. ordlyden i bestemmelsen.

⁸⁷ ALLU § 3-1 (2) litra e, jf. NOU 2004: 5 s. 503-504.

⁸⁸ *Ot.prp. nr. 18 (2002-2003)* Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og eltilsynsloven s. 7.

Om arbeidsmiljøet er fullt forsvarlig eller ikke, beror på en enkeltvis og samlet vurdering av de faktorer i arbeidsmiljøet som kan ha innvirkning på arbeidstakernes fysiske og psykiske helse, jf. aml. § 7 første ledd. Bestemmelsen er en rettslig standard, noe som innebærer at det nærmere innhold må fastsettes ved en bred og nyansert vurdering av samtlige forhold i arbeidsmiljøet.⁸⁹ Bestemmelsen må tolkes i lys av den sosiale utvikling ellers i samfunnet, jf. aml. § 1 nr. 1. Kravet til arbeidsmiljøet er spesifisert i §§ 8-13 med tilhørende forskrifter, herunder Internkontrollforskriften.⁹⁰

Ansvarer innebærer at arbeidsgiveren må iverksette generelle og systematiske tiltak som reduserer risikoen for at sykefravær oppstår. Ansvarer begrenses i den grad endringer i arbeidsmiljøet ikke kan bidra til å redusere sykefraværet. Ansvarer innebærer dessuten iverksettelse av tiltak som gjør det enklere for sykmeldte å komme tilbake på jobb. Dette kan være tiltak av både forebyggende og reparerende karakter og retter seg mot både fysiske og psykososiale sider av arbeidsmiljøet. Arbeidsgiveren har imidlertid ikke ansvar for å forebygge sykdom og sykefravær som skyldes forhold utenfor arbeidet.⁹¹

Det var i følge forarbeidene ikke meningen å endre rettstilstanden ved lovendringen. Systematisk sykefraværarbeid innebærer således systematisk, forebyggende arbeid for å hindre at arbeidsmiljøbelastninger fører til sykdom, tilrettelegging av arbeidsplassen samt iverksettelse av tiltak slik at det er enklere for den sykmeldte å komme tilbake til arbeid.⁹²

⁸⁹ Jakhelln (1996) s. 455.

⁹⁰ Forskrift 12. juni 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.

⁹¹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 7.

⁹² Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 7.

6 Arbeidsgiverens tilretteleggings- og oppfølgingsplikt

6.1 Innledning

Arbeidsmiljølovens krav til arbeidsmiljøet er presisert i aml. §§ 8-13 og tilhørende forskrifter. I forhold til sykefraværproblematikken er aml. §§ 8, 12 og 13 særlig sentrale. Arbeidsmiljølovens krav til tilrettelegging av arbeidet kan deles i to. For det første er arbeidsgiveren pålagt en alminnelig plikt til tilrettelegging, jf. aml. § 12. Bestemmelsen har fokus på forebygging og faller utenfor oppgaven sett hen til avgrensingene jeg har gjort. For det andre er arbeidsgiveren pålagt et særlig ansvar for tilrettelegging overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne, jf. aml. § 13. Bestemmelsen har fokus på reparasjon⁹³ og følgelig sentral når arbeidstakeren blir syk eller arbeidsufør på annen måte.

6.2 Anvendelsesområde

Arbeidsgiverens ansvar for individuell tilrettelegging gjelder overfor ”arbeidstakere med redusert arbeidsevne”, jf. overskriften til aml. § 13.⁹⁴ Begrepet ”arbeidstakere med redusert arbeidsevne” er ment å ha et vidt nedslagsfelt. I følge forarbeidene omfatter ordlyden alle arbeidstakere som har fått redusert arbeidsevne i forhold til sitt nåværende arbeid som følge av sykdom, skade, slitasje eller lignende. Bestemmelsen omfatter både kortvarig og langvarig sykefravær.⁹⁵

Juridisk teori legger til grunn at bestemmelsen omfatter arbeidstakere med redusert arbeidsevne på grunn av fysisk eller psykisk sykdom. Dessuten omfattes arbeidstakere med redusert arbeidsevne på grunn av skade, lyte, slitasje, personlige og sosiale problemer ellers og alder m.v.⁹⁶ Jeg antar at bestemmelsen på denne bakgrunn kan anvendes både ved fravær på grunn av sykdom og arbeidsuførhet ellers.

⁹³ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 3.

⁹⁴ ALLU § 4-6, jf. NOU 2004: 5 s. 506.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

⁹⁶ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 66 og Fougner (2003) s. 186.

I vurderingen av om det foreligger redusert arbeidsevne trekkes en nedre grense mot naturlige variasjoner med grunnlag i andre forhold enn ulykke, sykdom, slitasje e.l. Kjønnsforskjeller eller forskjeller som skyldes alder eller ulike livsfaser er eksempler på slike naturlige variasjoner. I slike tilfeller er det aml. §§ 12 og 14 som gjelder.⁹⁷ Grensedragningen er relevant pga. de særlige plikter arbeidsgiveren pålegges i aml. § 13.

6.3 Fysiske forhold

Det individuelle tilretteleggingsansvaret innebærer for det første at arbeidsgiveren har ansvar for at atkomstveier, sanitæranlegg, tekniske innretninger og utstyr mv. er utformet og innrettet på en slik måte at arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne kan arbeide i virksomheten. Ansvaret gjelder så langt det er mulig og rimelig, jf. aml. § 13 nr. 1.

Bestemmelsen gjelder de fysiske forhold i virksomheten og er derfor primært relevant for personer med begrenset førlighet og arbeidsevne. Disse er normalt sett avhengig av at slike forhold er i orden. Fysiske hindringer kan for eksempel være unødige trapper, unødig høye dørterskler, manglende installert heis, unødig høyt plassert lysbrytere osv.⁹⁸

Bestemmelsen gjelder uavhengig av om arbeidsgiveren har ansatt arbeidstakere med redusert arbeidsevne eller ikke. Siktemålet er å forhindre at arbeidsgiveren skal kvie seg for å tilsette arbeidstakere med redusert arbeidsevne på grunn av vanskelige arbeidsforhold ved arbeidsplassen.⁹⁹ Bestemmelsen kan således ses i sammenheng med Grunnloven¹⁰⁰ § 110, som pålegger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske skal kunne skaffe seg utkomme ved arbeid.¹⁰¹

Arbeidsmiljøloven § 13 nr.1 har stor betydning for nyetablerte virksomheter. For eldre virksomheter kan økonomiske hensyn til en viss grad begrense tilretteleggingspliktens

⁹⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 67-68.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 68.

¹⁰⁰ Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grl.).

¹⁰¹ Fougner (2003) s. 184.

omfang. Men forarbeidene forutsetter at også eksisterende virksomheter retter opp forhold i strid med bestemmelsen så langt det dreier seg om rimelige kostnader sammenlignet med de fordeler som oppnås. Eventuelle ekstraomkostninger ses på som normalomkostninger i framtida.¹⁰²

6.4 Individuell tilrettelegging

6.4.1 Innledning

Tilretteleggingsansvaret innebærer for det andre et særskilt ansvar overfor arbeidstakere med midlertidig eller varig redusert arbeidsevne på grunn av ulykke, sykdom, slitasje eller lignende. Arbeidsgiveren skal da, så langt det er mulig, iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal kunne få eller beholde et høvelig arbeid, jf. aml. § 13 nr. 2 første pkt.

Forarbeidene presiserer at arbeidsgiverens ansvar gjelder uansett form for redusert arbeidsevne. Dette er en naturlig konsekvens av det ansvar arbeidsgiveren har for sine arbeidstakere.¹⁰³ Bestemmelsen skiller seg således fra aml. § 13 nr. 1 som bare gjelder fysiske forhold.

Ansvaret gjelder imidlertid bare overfor arbeidstakere som har fått arbeidsevnen redusert i forhold til sitt nåværende arbeide. Vedkommende må dessuten være ansatt i virksomheten.¹⁰⁴ Bestemmelsen skiller seg også på dette punkt fra aml. § 13 nr. 1.

Bestemmelsen omfatter både kortvarig og langvarig redusert arbeidsevne, jf. ordlyden i bestemmelsen. Reduksjonens varighet er imidlertid et sentralt moment i vurderingen av omfanget av arbeidsgiverens plikt til å iverksette tiltak.

Tilretteleggingsplikten gjelder selv om den reduserte arbeidsevnen ikke har sammenheng med arbeidsforholdet. Årsaken til den reduserte arbeidsevnen er således ikke relevant for spørsmålet om arbeidsgiveren har tilretteleggingsplikt, men momentet er relevant for omfanget av forpliktelsene.

¹⁰² Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 68.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 68.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 68.

Bestemmelsen om arbeidsgiverens tilretteleggingsansvar er plassert i arbeidsmiljølovens kapittel om arbeidsmiljøet. Dette innebærer at arbeidsgiverens forpliktelser er av offentligrettslig art og at Arbeidstilsynet har rett og plikt til å kontrollere og håndheve bestemmelsen på samme måte som de øvrige bestemmelsene i aml. kap. 2.¹⁰⁵

6.4.2 Pliktens omfang

Arbeidsgiveren skal "så langt det er mulig" iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstakeren skal få eller beholde et høvelig arbeid, jf. aml. § 13 nr. 2 første pkt.

Pliktens nærmere omfang beror på en skjønnsmessig vurdering.¹⁰⁶ Uttalelsene i Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) er på dette punkt knyttet til ordlyden slik den lød før lovendringen. Juridisk teori antar imidlertid at bestemmelsen må tolkes slik forarbeidene legger til grunn også etter lovendringen.¹⁰⁷ Momenter i vurderingen er blant annet arten av yrkeshemningen, omfanget av den reduserte arbeidsevnen samt arbeidstakerens behov for bistand.¹⁰⁸ Kortvarig reduksjon av arbeidsevnen kan redusere arbeidsgiverens forpliktelse til å tilrettelegge arbeidet. Kortvarig sykefravær legitimerer for eksempel ikke omfattende ombygginger og tilrettelegging på arbeidsplassen.¹⁰⁹ Dersom arbeidsevnen er redusert på grunn av utførelsen av det nåværende arbeid, er tilretteleggingsplikten særlig vid, jf. forarbeider og juridisk teori. Dette gjelder særlig hvor tiltak fra arbeidsgiverens side er ønskelige også for å hindre eller begrense risikoen for at tilsvarende yrkeshemninger skal ramme andre arbeidstakere i bedriften.¹¹⁰

Dommen i Rt. 1995 s. 227 gjaldt gyldigheten av en oppsigelse. A arbeidet som renovasjonsarbeider i Nordkapp kommune. Kommunens budsjett ble ikke godkjent av fylkesmannen og A ble derfor oppsagt. A fikk jobb som hjelpemann på renovasjonsbilen men fikk etter en tid helseproblemer i form av eksem.

¹⁰⁵ Fougner (2003) s. 185.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

¹⁰⁷ Fougner (2003) s. 187.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 70, Jakhelln (1996) s. 470 og Fougner (2003) s. 187.

Han ble permanent sykmeldt og ble til slutt oppsagt. Spørsmålet i saken var om den siste oppsigelsen var ugyldig. Høyesterett la til grunn at kommunen i utgangspunktet hadde gjort tilstrekkelig for å skaffe A annet arbeid. Spørsmålet var om aml. § 13 nr. 2 ledet til et annet resultat. Høyesterett mente det var ”vanskelig å tolke aml. § 13 nr. 2 slik at andre arbeidstakeres rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for yrkeshemmede. Noe slikt ville (...) krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider.”

Borgarting lagmannsretts dom 5. juni 2001 gjaldt erstatningskrav etter oppsigelse.¹¹¹ A ble oppsagt fra sin stilling ved Gokart Huset etter 12 måneders sykmelding. Sykmeldingen var et resultat av en skade pådratt i arbeidsgiverens tjeneste og oppsigelsen kom etter utløpet av verneperioden, jf. aml. § 64. Lagmannsretten la til grunn at arbeidsgiverens forpliktelser må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Flertallet la til grunn at aml. § 13 ikke inneholder noen forpliktelse for arbeidsgiveren til å la en yrkeshemmet ansatt faktisk prøve seg i ulike jobbsituasjoner for å kunne slå fast hvorvidt det er mulig å tilrettelegge arbeidssituasjonen, det være seg i vedkommendes tidligere arbeid eller i en alternativ sysselsetting. Her vil også bedriftens størrelse være av betydning, idet det må legges vekt på at en mindre bedrift har begrensede muligheter for omplassering eller omlegging av arbeidsrutiner tilpasset en yrkeshemmet medarbeider.

Gulating lagmannsretts dom 18. september 2001 gjaldt gyldigheten av en oppsigelse.¹¹² A ble sagt opp fra stillingen som salgskonsulent i Braathens' fraktavdeling etter 2 ½ års sykmelding. Lagmannsretten la til grunn at arbeidsgiverens forpliktelser etter aml. § 13 beror på et konkret skjønn og at ansvaret er begrenset, jf. ”så langt det er mulig”. Flertallet i saken fant det klart at arbeidsgiveren hadde opptrådt i strid med aml. § 13 nr. 2. Det var sannsynliggjort at det kun var påkrevet med mindre ressurser i en begrenset periode. Som et minimum måtte det kreves at A ble tilbudt aktiv sykmelding i fraktavdelingen. Oppsigelsen ble derfor kjent ugyldig.

¹¹¹ Borgarting lagmannsrett, LB-2000-03513 A/03.

¹¹² Gulating lagmannsrett, LG-2000-01060.

Sammenfatningsvis mener jeg arbeidsgiveren har en vidtgående plikt til å tilpasse arbeidet eller skaffe alternativt arbeid. Pliktens nærmere omfang beror på en konkret vurdering hvor bakgrunnen for yrkeshemningen, virksomhetens størrelse og faktiske muligheter for tilrettelegging vil være sentrale momenter.¹¹³ I følge rettspraksis har arbeidsgiveren likevel ikke plikt til å flytte andre arbeidstakere med mindre disse samtykker. Arbeidstakeren har sannsynligvis heller ikke rett til å prøve seg i ulike situasjoner for å se om tilrettelegging er mulig. IA-virksomheter har for øvrig krav på tilretteleggingstilskudd fra trygdeetaten, jf. ftrl. § 8-6 fjerde ledd med tilhørende forskrift.¹¹⁴ Videre har de en egen kontaktperson i trygdeetaten som kan bidra med veiledning og råd i tilretteleggingen.¹¹⁵

6.4.3 Generelt om tiltak

En arbeidsgiver som har tilretteleggingsplikt kan iverksette en rekke tiltak. Arbeidstakeren skal fortrinnsvis gis anledning til å fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter særskilt tilrettelegging av arbeidet, arbeidstiden, endringer i tekniske innretninger, gjennomgått attføring e.l., jf. aml. § 13 nr. 2 andre pkt. Forarbeidene forutsetter imidlertid at tiltak iverksettes i samråd med arbeidstakeren. Se kap. 6.5 om dette.

Spørsmålet om arbeidstakeren skal få fortsette i sitt vanlige arbeid, beror ofte på vanskelige avveininger. Arbeidstakerens ønsker veier normalt sett tungt.¹¹⁶

Ved tilrettelegging kan virksomheten for det første anskaffe eller endre teknisk utstyr. Det må i så fall være utstyr arbeidstakeren er avhengig av i sitt arbeid. Arbeidsgiverens forpliktelser omfatter ikke teknisk utstyr arbeidstakeren er avhengig av også utenom arbeidstiden. For det andre kan det gjennomføres endringer på selve arbeidsplassen. For eksempel kan døråpninger og terskler endres, heis og rullestolrampe installeres, dørhåndtak og lysbrytere kan flyttes og skrivebord og stoler kan tilpasses. For det tredje kan rutiner, arbeidstid og arbeidsoppgaver endres.

¹¹³ Fougner (2003) s. 189.

¹¹⁴ Forskrift 19. desember 2003 nr. 1671 om tilretteleggingstilskudd.

¹¹⁵ Samarbeidsavtalen pkt. B.

¹¹⁶ Fougner (2003) s. 189-190.

For det fjerde kan andre arbeidstakere medvirke for å tilrettelegge arbeidet. For det femte kan trening, opplæring og omskolering være aktuelt.¹¹⁷

Utgangspunktet om at arbeidstakeren skal kunne fortsette i sitt vanlige arbeid, eventuelt etter tilrettelegging, utelukker ikke at det i en opptreningsperiode kan være aktuelt med annet arbeid enn det tilvante. Dette kan innebære at arbeidstakeren omplasseres innen for andre deler av virksomheten, noe som kan fremstå som den rimeligste løsningen etter en samlet vurdering av forholdet. Det kan for eksempel innebære urimelige kostnader å sørge for at vedkommende får beholde sitt vanlige arbeid.¹¹⁸ Dersom omplassering blir aktuelt, skal arbeidstakeren og tillitsmenn tas med på råd, jf. aml. § 13 nr. 3. Likeledes bør bedriftshelsetjenesten kobles inn, jf. aml. § 30 og forskrift 21. april 1994 nr. 333 om verne- og helsepersonale § 6 litra e og h.

Arbeidsgiveren har imidlertid ikke plikt til å opprette en ny stilling for arbeidstakeren. Dersom det blir ledig en stilling i virksomheten, skal imidlertid arbeidstakeren tilbys denne hvis vedkommende for øvrig er skikket til stillingen.¹¹⁹

Også arbeid utenfor bedriften kan være aktuelt. Forutsetningen er at dette svarer bedre til arbeidstakerens behov enn andre tiltak. Spørsmålet må avgjøres etter en konkret vurdering hvor blant annet betydningen for arbeidsreise, boligforhold, lønnsforhold m.v. er relevante momenter. I forarbeidene legges det til grunn at arbeidstakerens egne ønsker bør få avgjørende vekt i slike tilfeller. Man bør imidlertid være på vakt mot utilbørlig påvirkning av arbeidstakeren for at han skal samtykke til flytting.¹²⁰

Virksomheten må kunne dokumentere forsøk på tilrettelegging etter aml. § 13 nr. 2 og eventuell overføring til annet arbeid etter aml. § 13 nr. 3.¹²¹ Forsømmelse av å overholde dokumentasjonskravene kan få betydning for gyldigheten av en eventuell oppsigelse eller avskjed.¹²²

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 4.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69.

¹²¹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 5.

¹²² NOU 2004: 5 s. 315. Se kapittel 6.4.2 og Rt. 1995 s. 227 omtalt der.

Etter Hovedavtalen mellom NHO og LO skal arbeidsgiveren samarbeide med arbeidstakeren om gjennomføring av tiltak etter aml. § 13 nr. 2. Samtykker arbeidstakeren, skal arbeidsgiveren også samarbeide med de tillitsvalgte i aktuelle avdelinger og eventuelt med attføringsutvalget i bedriften, jf. HA § 10-3.

6.4.4 Særlig om endret arbeidstid

Et praktisk viktig tiltak arbeidsgiveren har plikt til å vurdere, er særskilt tilrettelegging av arbeidstiden, jf. aml. § 13 nr. 2 andre pkt. Arbeidsgiveren hadde plikt til å vurdere dette tidligere også, men ved lovendring 30. april 2003 nr. 27 ble tiltaksplikten tydeliggjort på dette punkt.

Med arbeidstid menes den tid arbeidstakeren står til disposisjon for arbeidsgiveren, jf. aml. § 46 nr. 1 første ledd og Rt. 2001 s. 418. Arbeidsavtalen skal inneholde informasjon om den normale daglige eller ukentlige arbeidstid, jf. aml. § 55 C første ledd litra i.

Om arbeidsgiveren har plikt til å endre arbeidstiden eller ikke, beror - som ovenfor - på en konkret vurdering. Selv om begrepet ”så langt det er mulig” i aml.

§ 13 nr. 2 første pkt. ikke innebærer et absolutt ansvar, er det klart at ansvaret er vidtrekkende. Sentrale momenter vil blant annet være virksomhetens art, størrelse og økonomi.¹²³ En praktisk begrensning av ansvaret kan oppstå dersom arbeidsgiveren får problem med å skaffe arbeidskraft til den resttid som blir ledig.

Endring av arbeidstiden kan innebære endret tidspunkt for arbeid. Arbeidstakeren kan for eksempel gå over fra kveldsskift til dagskift. Tilretteleggingen kan også innebære redusert arbeidstid. Arbeidstakeren får for eksempel redusert stillingsprosenten fra fulltid til deltid.

¹²³ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

Dersom arbeidstiden reduseres er arbeidsgiveren samtidig forpliktet til å tilrettelegge arbeidsoppgavene slik at arbeidsmengden står i forhold til arbeidstiden.¹²⁴

Reduksjonen kan få betydning for lønnen. Arbeidstidsreduksjonen kan gi rett til graderte sykepenger, forutsatt sykdom eller skade, jf. ftrl. § 8-4. Forutsetningen er at arbeidsevnen er redusert med minst 20 %, jf. ftrl. § 8-13 første ledd. Dersom arbeidstiden er redusert på grunn av andre forhold, beror arbeidstakerens lønn i utgangspunktet på avtale med arbeidsgiveren. Arbeidsmiljøloven regulerer ikke dette spørsmålet.

6.4.5 Oppfølgingsplan

6.4.5.1 Innledning

I forbindelse med arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt har arbeidsgiveren også plikt til oppfølging. Arbeidsgiveren skal i samråd med arbeidstakeren utarbeide en oppfølgingsplan¹²⁵ for tilbakeføring til arbeid ved ulykke, sykdom, slitasje eller lignende, med mindre dette er åpenbart unødvendig, jf. aml. § 13 nr. 4 første pkt.

Plikten til å utarbeide oppfølgingsplan ble innført ved lov 30. april 2003 nr. 27 og er en videreføring av Intensjonsavtalen.¹²⁶ Oppfølgingsplanen skal bidra til å skape et godt samarbeidsforhold mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Forarbeidene anser oppfølgingsplaner for å være et effektivt virkemiddel for å etablere tidlig samarbeid mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Planen skal bidra til større åpenhet samt bedre kommunikasjonen mellom partene i spørsmål knyttet til sykefravær og tilrettelegging av arbeidet.¹²⁷

¹²⁴ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 8.

¹²⁵ Eksempel på oppfølgingsplan er inntatt som vedlegg 6.

¹²⁶ Intensjonsavtalen kapittel 3.1 litra a.

¹²⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

Oppfølgingsplanen kan inngå som relevant dokumentasjon på hva som er gjort av bedriftsinterne tiltak. Den kan for eksempel gi informasjon om individuell tilrettelegging etter aml. § 13 nr. 2 er gjort i tilstrekkelig grad, eller om det er saklig grunn til oppsigelse. Dette er imidlertid ikke den primære målsetting med planen.¹²⁸

6.4.5.2 Når skal oppfølgingsplan utarbeides

Plikten til å utarbeide oppfølgingsplan gjelder ved fravær grunnet sykdom, ulykke, slitasje eller lignende, jf. aml. § 13 nr. 4 første pkt.

Arbeidsgiveren skal utarbeide oppfølgingsplan med mindre det er ”åpenbart unødvendig”, jf. aml. § 13 nr. 4 første pkt. if. Unntaket gjelder for det første sykdoms- og skadetilfeller av en slik art at arbeidstakeren vil vende tilbake til jobb uten at det er behov eller mulighet for særskilte tilretteleggingstiltak. For det andre omfatter unntaket alvorlige sykdomstilstander hvor det er klart at arbeidstakeren ikke vil vende tilbake. Forarbeidene forutsetter imidlertid at arbeidsgiveren tar kontakt med arbeidstakeren for å avklare behovet for tilrettelegging.¹²⁹

Arbeidet med oppfølgingsplan skal senest påbegynnes når arbeidstakeren har vært helt eller delvis borte fra arbeidet i åtte uker, jf. aml. § 13 nr. 4 andre pkt. Fristen på åtte uker er satt for å skape et presist skjæringstidspunkt for arbeidsgiveren og samsvarer med kravet om utvidet legeerklæring ved sykefravær ut over åtte uker, jf. ftrl.

§ 8-7 femte ledd. Samtidig vil intervensjon på dette tidspunkt i følge forarbeidene være med på å sikre at det opprettholdes kontakt mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren på et hensiktsmessig tidspunkt av sykdomsforløpet.¹³⁰

Det kan stilles spørsmål ved om 8-ukers fristen er hensiktsmessig. Sett i sammenheng med det formål oppfølgingsplanen skal ivareta bør oppfølgingsplanen utarbeides tidligst mulig. Åtte uker er relativt lang tid i den sammenheng. Bestemmelsen gjelder ikke bare for totalt fraværende arbeidstakere, men også for arbeidstakere med delvis redusert arbeidsevne. En oppfølgingsplan utarbeidet senest etter åtte uker innebærer at arbeidet

¹²⁸ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10.

¹²⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

med oppfølging og tilbakeføring av arbeidstakeren til normal arbeidsevne svekkes. Et behov for et presist skjæringstidspunkt kan oppnås også med en tidligere frist. Hovedpoenget må i slike tilfeller være at fristen er lett å fastslå. Praktiske problemer knyttet til en frist på - for eksempel - to uker, er derfor neppe uoverkommelige. En slik frist ville være mer i overensstemmelse med de hensyn bestemmelsen om oppfølgingsplaner søker å ivareta.

Arbeidsgiver og arbeidstaker i IA-virksomheter har et felles ansvar for å avklare funksjonsevne og utarbeide en oppfølgingsplan så tidlig som mulig i sykmeldingsperioden og senest innen 6 uker.¹³¹

Forarbeidene forutsetter at rutiner for utarbeidelse av oppfølgingsplan blir en del av det systematiske helse-, miljø- og sikkerhetsarbeidet i virksomheten, se internkontrollforskriften. Arbeidsgiveren kan videre søke veiledning hos for eksempel trygdeetaten, Aetat og bedriftshelsetjenesten. Noen plikt til å gjøre dette har arbeidsgiveren imidlertid ikke.¹³² Offentlige etater kan på sin side ha veiledningsplikt som forvaltningsorgan, jf. forvaltningsloven¹³³ § 11. IA-virksomheter på sin side har en egen kontaktperson i trygdeetaten som kan hjelpe til med nettopp slike spørsmål.¹³⁴

6.4.5.3 Innhold

Oppfølgingsplanen skal for det første inneholde en vurdering av arbeidstakerens arbeidsoppgaver og restarbeidsevne., jf. aml. § 13 nr. 4 tredje pkt. Dette innebærer en vurdering av hva arbeidstakeren kan og ikke kan gjøre.¹³⁵ Arbeidstakerens opplysningsplikt, jf. ftrl. § 8-8 første ledd, er sentral i den sammenheng.

Planen skal videre inneholde aktuelle tiltak i arbeidsgivers regi, jf. aml. § 13 nr. 4 fjerde pkt. Med tiltak menes tilrettelegging av både fysiske og organisatoriske forhold for at den fraværende arbeidstakeren skal kunne komme tilbake i arbeid. Eksempler på tiltak er fysisk tilrettelegging, anskaffelse eller tilpasning av

¹³¹ IA-erklæringen del B pkt. 4 og Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s.

¹³² Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9-10.

¹³³ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 2. oktober 1967 (fvl.).

¹³⁴ Samarbeidsavtalen pkt. B.

¹³⁵ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

teknisk utstyr, endring av rutiner, endring av arbeidsfunksjoner eller arbeidstid, nye arbeidsoppgaver, opplæring, omskolering og yrkesrettet attføring med permisjon fra virksomheten.¹³⁶ Oppfølgingsplanen skal med andre ord inneholde tiltak både etter aml. § 13 nr. 1 og nr. 2.

Plikten til tiltak gjelder ”så langt det er mulig”. Bestemmelsen tolkes her på samme måte som aml. § 13 nr. 2. Oppfølgingsplanens omfang med hensyn til tiltak må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Sentrale momenter vil være omfanget og varigheten av funksjonssvikten.¹³⁷

Planen skal videre inneholde aktuelle tiltak med bistand fra myndighetene samt videre plan for oppfølging, jf. aml. § 13 nr. 4 fjerde pkt. Det er arbeidsgiverens ansvar å innhente informasjon om offentlige virkemidler av relevans. Eksempler på slike tiltak er blant annet aktiv sykmelding og tilretteleggingstilskudd til bedriftsinterne tiltak.¹³⁸

6.4.5.4 Utlevering av oppfølgingsplan

En arbeidsgiver plikter etter krav fra trygdekontoret å utlevere oppfølgingsplanen, jf. ftrl. § 25-2 annet ledd. Dersom oppfølgingsplanen ikke utleveres kan det ilegges både gebyr og tvangsmulkt, ftrl. § 25-3 femte ledd, jf. første til fjerde ledd.

Dersom arbeidsgiveren vurderer utarbeidelse av oppfølgingsplan som åpenbart unødvendig, jf. aml. § 13 nr. 4 første pkt. if., kan trygdekontoret ikke overprøve dette.¹³⁹ En arbeidsgiver kan således unnlate å utarbeide oppfølgingsplan uten at Trygdekontoret i utgangspunktet kan gjøre noe med det. Trygdekontoret kan imidlertid be om bistand fra Arbeidstilsynet som tilsynsmyndighet.¹⁴⁰ For IA-virksomheter sin del, vil kontaktpersonen i trygdeetaten ha en oppfølgingsrolle.

¹³⁶ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

¹³⁷ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9.

¹³⁸ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 9-10.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 9 og IA-erklæringen pkt. 5 fjerde pkt. flg.

6.5 Arbeidstakerens medvirkningsplikt

Arbeidsgiveren har hovedansvaret ved tilretteleggingen av arbeidet overfor arbeidstakere med redusert arbeidsevne, jf. aml. § 14 og kap. 5 ovenfor. Men arbeidstakeren selv skal medvirke ved gjennomføringen.

Arbeidstakerens opplysningsplikt om egen funksjonsevne, jf. ftrl. § 8-8, er allerede nevnt. Forarbeidene til aml. § 13 forutsetter videre at arbeidsgiverens iverksettelse av tiltak skjer i samråd med arbeidstakeren. Dersom arbeidstakeren vegrer seg mot å samarbeide - uten rimelig grunn - begrenses arbeidsgiverens plikter.¹⁴¹ Det tilsvarende sies i folketrygdloven: arbeidstakeren skal bidra til at hensiktsmessige tiltak for å tilrettelegge arbeidet blir utredet og iverksatt, jf. ftrl. § 8-8 første ledd if. Ved manglende medvirkning kan retten til sykepenger bortfaller, jf. ftrl. § 8-8 andre ledd. Sanksjonen her er den samme som når arbeidstakeren ikke gir tilstrekkelige opplysninger om egen funksjonsevne. Regjeringen har for øvrig lagt fram forslag om endring av bestemmelsen; arbeidstakeren skal ha plikt til å bidra slik at også utprøving av funksjonsevnen blir utredet og iverksatt. Forslaget innebærer, i følge forarbeidene, en presisering av medvirkningsplikten, ingen materielle endringer.¹⁴²

Arbeidstakeren skal videre medvirke ved utarbeiding og gjennomføring av oppfølgingsplaner, jf. aml. § 16 nr. 1 sjette ledd. Medvirkningsplikten må ses i sammenheng med opplysningsplikten, jf. ftrl. § 8-8 første ledd, og innebærer at arbeidstakeren må gi opplysninger om egen funksjonsevne. Forarbeidene gjentar her at arbeidstakeren må bidra til gjennomføring av hensiktsmessige tiltak for tilrettelegging av arbeidet. Dersom arbeidstakeren ikke medvirker uten rimelig grunn reduseres arbeidsgiverens plikt til individuell tilrettelegging og utarbeiding av oppfølgingsplaner.¹⁴³

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) s. 69.

¹⁴² Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) s. 12.

¹⁴³ Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) s. 10-11.

7 Arbeidstakerens rett til redusert arbeidstid

7.1 Innledning

En arbeidstaker som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for redusert arbeidstid, har rett til dette dersom reduksjonen kan gjennomføres uten særlige ulemper for virksomheten. Arbeidstidsreduksjonen kan tas ut som arbeidsfrie perioder, jf. aml. § 46 A nr. 1.¹⁴⁴ Samtidig har arbeidsgiveren et spesielt ansvar for å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakeren ved redusert arbeidsevne, jf. aml. § 13. Blant annet har arbeidsgiveren plikt til å vurdere særskilt tilrettelegging av arbeidstiden, jf. aml. § 13 nr. 2 andre pkt. I det følgende sammenlignes aml. § 46 A med aml. § 13 nr. 2 andre pkt. om redusert arbeidstid.

7.2 Anvendelsesområde

Retten til redusert arbeidstid etter aml. § 46 A gjelder arbeidstakere som av helsemessige, sosiale eller andre vektige velferdsgrunner har behov for å få redusert sin arbeidstid. Med ”helsemessige” grunner menes sykdom hos arbeidstakeren selv. Arbeidsgiveren kan trolig forlange legeerklæring som dokumentasjon for sykdommen.¹⁴⁵ Hvis bedriften har bedriftslege, bør denne kunne uttale seg.¹⁴⁶ Med ”sosiale” grunner menes forhold hos arbeidstakerens familie eller nærmeste omgivelser som utløser omsorgsforpliktelser eller belastninger utenom det vanlige. Det vil i slike tilfeller være aktuelt å la arbeidsgiveren få en uttalelse fra en lege, sosialkurator eller en annen sakkyndig. Andre ”vektige velferdsgrunner” fanger opp tilfeller som ligger nært opp til de helsemessige og sosiale tilfellene, men har ellers en videre karakter. Det må imidlertid foreligge et betydelig behov for redusert arbeidstid ved at grunnene må være ”vektige”.¹⁴⁷

¹⁴⁴ ALLU § 10-2 nr. 4, jf. NOU 2004: 5 s. 512 og s. 549.

¹⁴⁵ Fougner (2003) s. 430.

¹⁴⁶ *Ot.prp. nr. 3 (1982-1983)* Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. s. 40.

¹⁴⁷ Fougner (2003) s. 430-431.

Bestemmelsen har således et vidt nedslagsfelt. I vurderingen av om det foreligger slike grunner som loven angir, må det foretas en konkret vurdering hvor arbeidstakerens forhold må avveies mot virksomhetens forhold. Terskelen for å avslå søknaden øker jo større behov arbeidstakeren har for redusert arbeidstid.¹⁴⁸ Inngangsvilkårene er riktignok formulert annerledes enn i aml. § 13 nr. 2 andre pkt., jf. ”arbeidstakere med redusert arbeidsevne”, men i praksis mener jeg det er liten forskjell mellom bestemmelsene.

Retten til redusert arbeidstid gjelder ikke militært personell, jf. aml. § 46 A nr. 7. Aml. § 13 begrenses ikke tilsvarende. ALLU foreslår begrensningen opphevet i forslaget til ny arbeidslivslov.¹⁴⁹

7.3 Rettighetens omfang

Arbeidstidsreduksjon kan gjennomføres dersom dette kan skje ”uten særlige ulemper” for virksomheten, jf. aml. § 46 A nr. 1 første pkt. Virksomhetens ulemper må være nokså betydelige før en søknad om redusert arbeidstid kan avslås. Det er i juridisk teori lagt til grunn at bestemmelsen bør tolkes restriktivt for at arbeidstakeren skal få en reell rett til redusert arbeidstid. Dersom arbeidsgiver kan foreta en omplassering eller en omskolering uten at dette medfører særlige omkostninger, bør dette foretas først før det kan bli aktuelt å avslå søknaden. I vurderingen kan det ses hen til hvilken betydning redusert arbeidstid får for arbeidsskollegaene. Disse kan påføres økte ulemper ved at en arbeidstaker får redusert arbeidstid. Øvrige arbeidstakers ferieavvikling er også relevant i ulempevurderingen.¹⁵⁰ Dessuten må det legges vekt på om arbeidsgiveren uten større vanskeligheter kan erstatte den arbeidstid som frigis dersom deltidssøknaden innvilges.¹⁵¹

Etter aml. § 13 har arbeidsgiveren - så langt det er mulig - plikt til å redusere arbeidstiden. Etter § 46 A skal reduksjonen gjennomføres med mindre dette medfører særlige ulemper for virksomheten. Jeg tror derfor arbeidstakeren står sterkere etter aml. § 13 nr. 2 andre pkt.. Bestemmelsene skiller seg ikke nevneverdig fra hverandre

¹⁴⁸ Fougner (2003) s. 431.

¹⁴⁹ NOU 2004: 5 s. 512 og s. 549.

¹⁵⁰ Fougner (2003) s. 431-432.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 34.

innholdsmessig. I begge situasjoner vil arbeidstakerens rett til redusert arbeidstid bero på en konkret vurdering. Herunder vil det være et sentralt moment om arbeidsgiveren er i stand til å erstatte den resttid som blir ledig. Men vurderingen etter aml. § 46 A åpner for å ta større hensyn til øvrige arbeidstakere enn aml. § 13 gjør.

Arbeidstakeren kan ta opp spørsmålet om redusert arbeidstid når som helst etter tilsettingen. Det er understreket i forarbeidene at arbeidsgiveren allerede ved ansettelsen bør imøtekomme arbeidstakerens ønsker i den grad det er mulig.¹⁵² Situasjonen er den samme etter aml. § 13 nr. 2. Arbeidsgiveren har en latent tilretteleggingsplikt fra og med ansettelse.

Det er opp til partene selv å avgjøre hvordan arbeidstiden skal reduseres.¹⁵³

Arbeidstakeren kan for eksempel få kortere daglig arbeidstid, fridager eller friuker. Bestemmelsen fastsetter uttrykkelig at den reduserte arbeidstiden kan tas ut i arbeidsfrie perioder, jf. aml. § 46 A nr. 1 andre pkt. Det er usikkert om arbeidstakeren kan ta ut arbeidsfrie perioder etter aml. § 13. Bestemmelsen sier ikke dette uttrykkelig, se kap. 6.4.4.

7.4 Saksbehandling

Arbeidsmiljøloven § 46 A forutsetter en mer omstendelig saksbehandling enn aml. § 13 nr. 2. En arbeidstaker som ønsker redusert arbeidstid, skal gi skriftlig varsel om dette til arbeidsgiveren snarest mulig og senest 4 uker i forveien. Varselet skal angi den arbeidstidsordning som ønskes, grunnene til at det søkes redusert arbeidstid og hvor langt tidsrom ordningen ønskes for. Det kan søkes om redusert arbeidstid for inntil 2 år av gangen, jf. aml. § 46 A nr. 2. Kravet om varsel senest 4 uker i forveien reduserer bestemmelsens anvendelighet ved akutt redusert arbeidsevne. I slike tilfeller er det aml. § 13 nr. 2 som er relevant.

Arbeidsgiveren fatter vedtak i saken. Men saken skal drøftes med arbeidstakerens tillitsvalgte først med mindre arbeidstakeren motsetter seg dette, jf. aml.

§ 46 A nr. 3 første pkt. Forarbeidene begrunner reservasjonsretten med at det er

¹⁵² Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 34 og Fougner (2003) s. 430.

¹⁵³ Fougner (2003) s. 431.

betenkelig at arbeidstakeren må legge fram opplysninger om høyst personlige forhold for de tillitsvalgte.¹⁵⁴ Arbeidstakerens vetorett skaper på dette punkt - etter mitt syn - et annet problem. En søknad om redusert arbeidstid berører ofte flere arbeidstakere og er relevant i vurderingen av om det skal innvilges redusert arbeidstid. Derfor vil det være ønskelig å drøfte saken med de tillitsvalgte for å oppnå en best mulig løsning. Arbeidstakeren har imidlertid rett til å la seg bistå med tillitsvalgt eller annen rådgiver under forhandlingene. Arbeidsgiveren kan på samme måte la seg bistå av rådgiver, jf. aml. § 46 A nr. 3 andre og tredje pkt.

Twist om hvorvidt vilkårene for rett til arbeidstidsreduksjon eller arbeidsfrie perioder foreligger, avgjøres av Arbeidstilsynet. Arbeidstilsynet kan også treffe vedtak om reduksjonens omfang, selve gjennomføringen av ordningen samt varigheten, jf. aml. § 46 A nr. 6. Arbeidstilsynets myndighet ble fastsatt ut fra behovet for en hurtig avgjørelse. De omstendigheter som påberopes er ofte av forbigående karakter. Det er forutsatt at tilsynets avgjørelse skal ha bindende virkning, jf. ”avgjøres”.

Arbeidstakeren kan imidlertid kreve saken avgjort ved å reise søksmål ved de alminnelige domstoler. Dersom arbeidsgiveren er et forvaltningsorgan, kan det bestemmes at klageadgangen etter forvaltningsloven må utnyttes først, jf. tvistemålsloven § 437.¹⁵⁵ I juridisk teori forstås dette slik at arbeidstakeren kan velge mellom å klage til Arbeidstilsynet eller å gå til søksmål ved domstolene. En avgjørelse av Arbeidstilsynet kan påklages til direktoratet, jf. aml. § 77 nr. 5. Direktoratets vedtak kan overprøves av domstolene. Direktoratet antas å kunne bestemme at klageadgangen skal benyttes først, jf. tvml. § 437.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Fougner (2003) s. 432.

¹⁵⁵ Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 08 (tvml.).

Se Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) s. 38.

¹⁵⁶ Fougner (2003) s. 433-434.

7.5 Arbeidsplikt

Arbeidstakeren har plikt til å underrette arbeidsgiveren når de forhold som ligger til grunn for arbeidstidsreduksjonen faller bort. Arbeidstakeren har da både rett og plikt til å gå tilbake til full arbeidstid, jf. aml. § 46 A nr. 4. Retten til å gå tilbake til full stilling er ikke betinget av at forholdene i virksomheten ligger til rette for det.¹⁵⁷ Forholdet må være det samme etter aml. § 13 nr. 2. Når arbeidstakeren ikke lenger har behov for redusert arbeidstid må vedkommende ha både rett og plikt til å gå tilbake til normal stillingsprosent.

Under ellers like forhold har en arbeidstaker med redusert arbeidstid fortrinnsrett til å øke sin arbeidstid når en stilling blir ledig i virksomheten. Forutsetningen er at stillingen, helt eller i det vesentlige, er tillagt de samme arbeidsoppgaver, jf. aml. § 46 A nr. 5. Deltidsutvalget har uttalt at bestemmelsen bare gjelder når arbeidstakeren konkurrerer under ellers like forhold. Det vil si at den kun kommer til anvendelse ved konkurranse om heltidsstilling. Ved endring fra kort til lang deltid, må det vurderes om dette kan gjennomføres uten særlig ulempe for virksomheten.¹⁵⁸ Jeg er enig i dette, jf. ordlyden i bestemmelsen.

7.6 Lønn

Arbeidsmiljøloven § 46 A gir kun rett til ulønnet permisjon.¹⁵⁹ For arbeidstakeren vil derfor redusert arbeidstid i medhold av aml. § 13 nr. 2 andre pkt. på dette punkt innebære en fordel ved at vedkommende kan ha rett til sykepenger. Redusert arbeidstid på grunn av sykdom kan gi rett til graderte sykepenger, jf. ftrl. § 8-13. Dersom arbeidstakeren ikke har rett til sykepenger, vil lønnskravet bero på avtale mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren. Arbeidsmiljøloven regulerer ikke spørsmålet.

¹⁵⁷ Fougner (2003) s. 432.

¹⁵⁸ *NOU 1980: 52 Valg av arbeidstid* s. 129.

¹⁵⁹ Fougner (2003) s. 429.

8 Endringer i arbeidsforholdet - styringsretten

8.1 Innledning

Arbeidstakerens sykdom eller arbeidsuførhet kan medføre at arbeidstakeren fortsetter i sitt vanlige arbeid. Arbeidsgiveren har da som hovedregel plikt til tilrettelegging etter aml. § 13. Arbeidsmiljøloven inneholder ingen bestemmelser for øvrig som gir arbeidsgiveren adgang til å foreta endringer i arbeidsforholdet. Punkter som skal være med i en arbeidsavtale, jf. aml. § 55 B og § 55 C, skal riktignok inn i arbeidsavtalen tidligst mulig og senest en måned etter at eventuelle endringer trår i kraft, jf. aml. § 55 D første pkt. Men bestemmelsen gir ikke grunnlag for å foreta selve endringene.

Arbeidsgiveren kan imidlertid foreta endringer i arbeidsforholdet på grunnlag av styringsretten. Med styringsrett menes retten til å inngå og avslutte arbeidsforhold, samt retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidsoppgavene.¹⁶⁰ Denne retten har arbeidsgiveren i den grad den ikke er begrenset. Styringsretten utgjør således en ”restkompetanse”, jf. Rt. 2001 s. 418. Høyesterett uttalte her at styringsretten begrenses av ”allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.” Begrensninger kan videre følge av lov, tariffavtale og generelle arbeidsrettslige prinsipper.¹⁶¹

Er arbeidsavtalen konkret utformet kan det bli vanskelig å innfortolke noen rett til endringer med mindre arbeidstakeren samtykker. Er arbeidsavtalen derimot ufullstendig, har arbeidsgiveren større muligheter.

¹⁶⁰ Jakhelln (1996) s. 40-41.

¹⁶¹ Storeng II (2003) s. 48.

Arbeidsavtalen tolkes i utgangspunktet som enhver annen avtale, hvor det blant annet legges ”vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen”, jf. Rt. 2000 s. 1602. Saken gjaldt spørsmålet om Stavanger kommune kunne forflytte to brannmenn fra brannbåten B/S Nøkk til kommunens hovedbrannstyrke. Integreringen av maskinistene på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke medførte ikke ubetydelige endringer i arbeidsoppgavene. Arbeidsgiveren fikk likevel medhold.

En tjenestemann er i utgangspunktet ”forpliktet til å finne seg i endringer i arbeidsoppgaver og omorganisering av virksomheten”, jf. tjml. § 12 første pkt. Det antas i rettspraksis og juridisk teori at bestemmelsen må tolkes i lys av arbeidsavtalen på samme måte som for andre arbeidstakere.¹⁶² Dette legges til grunn for den videre fremstilling.

Endringer i arbeidsforholdet reiser spørsmål i forhold til stillingsvernreglene. Vidtgående endringer aksepteres ikke. Det betraktes som en endringsoppsigelse. Med endringsoppsigelse mener jeg oppsigelse av arbeidsforholdet med et samtidig tilbud om ansettelse i en annen stilling med et annet innhold.¹⁶³ Slike endringer forutsetter saklig grunn på samme måte som ved ordinær oppsigelse.¹⁶⁴ Et alternativ er at arbeidstakeren samtykker til endringene.

Fremstillingen gjelder endringer i arbeidsforholdet ved arbeidstakerens sykdom eller arbeidsuførhet. Dette er forhold som kan forhindre arbeidstakeren fra å utføre arbeidet i kortere eller lengre tid, noe som er en belastning for såvel arbeidstakeren som arbeidsgiveren. Det forutsettes at formålet med endringene er å unngå at arbeidstakerens arbeidsevne reduseres ytterligere med påfølgende langvarig utestenging fra arbeidsplassen.

¹⁶² Bjørnaraa (2000) s. 474 flg.

¹⁶³ Fanebust (2001) s. 37.

¹⁶⁴ Storeng II (2003) s. 107.

8.2 Arbeidets innhold

8.2.1 Innledning

Med endringer i arbeidets innhold menes endringer i arbeidsoppgavene og det arbeidsmiljø som ligger til stillingen. Arbeidsavtalen skal inneholde en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori, jf.

aml. § 55 C første ledd litra c.

8.2.2 Utgangspunkt

Det tradisjonelle utgangspunkt er at arbeidsgiverens endringer ikke må endre stillingens grunnpreg, jf. Rt. 2000 s. 1602. Stavanger kommunes integrering av to maskinister på B/S Nøkk i kommunens hovedbrannstyrke medførte ikke ubetydelige endringer i arbeidsoppgavene. Arbeidsgiveren fikk likevel medhold. Det ble lagt vekt på at maskinistjobben på BS Nøkk fremdeles var hovedoppgaven. Videre ble det lagt vesentlig vekt på at B/S Nøkk er en spesialbåt som inngår i kommunens brannberedskap, og at mannskapets arbeidsoppgaver heller ikke tidligere hadde vært begrenset til oppgaver tilknyttet driften av båten.

Om stillingens grunnpreg er endret, beror på en konkret vurdering av den enkelte sak. Utgangspunktet for vurderingen er arbeidsavtalens eller tariffavtalens spesifikasjon av arbeidsoppgavene. Et moment i vurderingen er i hvilken grad de nye arbeidsoppgavene skiller seg fra det opprinnelige arbeidet. De nye arbeidsoppgavene må i utgangspunktet være likeverdige og av samme art som de arbeidsoppgaver arbeidstakeren tidligere hadde. Degradering kan ikke foretas i medhold av styringsretten.¹⁶⁵

Det er bare i mer tvilsomme tilfeller at rettspraksis har trukket inn som et moment hvor sterke grunner arbeidsgiveren har for å foreta endringene. Dersom stillingens grunnpreg er endret har momentet ingen vekt.¹⁶⁶ Et annen moment er om endringen medfører tap av faglig kontakt med kollegaer.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Storeng II (2003) s. 110.

¹⁶⁶ Storeng II (2003) s. 111.

¹⁶⁷ Dege (2003) s. 143.

Jeg mener at det samtidig må tas i betraktning at endringene i utgangspunktet gjøres for at arbeidstakeren skal få beholde kontakten med arbeidslivet. Videre er det et moment om endringen medfører endret ansvar.¹⁶⁸ Sett hen til formålet med endringene, er det redusert ansvar som er aktuelt.

Dersom endringer i arbeidsoppgavene samtidig innebærer endret arbeidssted, endret arbeidstid og redusert lønn, vil dette lett kunne føre til at endringen anses for vesentlig og derfor ikke kan gjennomføres.¹⁶⁹

I vurderingen av om arbeidsgiveren ensidig kan endre arbeidstakerens arbeidsområde, vil det være av stor betydning om endringen er varig eller midlertidig. Dersom endringen er midlertidig og relativt kortvarig, kan arbeidstakeren måtte tåle endringer også utover styringsrettens normale grenser.¹⁷⁰ Kortvarige endringer vil være av mindre belastning for arbeidstakeren enn det en langvarig eller varig forandring vil være. Men også varige endringer kan måtte godtas. Forutsetningen er normalt at det gjelder omplassering til likeartet arbeid. Likeartet arbeid innenfor grunnpreget medfører normalt sett få problemer for arbeidsgiveren [sic].¹⁷¹ Endrede oppgaver eller fratagelse av oppgaver utenfor grunnpreget betraktes imidlertid ofte som oppsigelse eller avskjed. Det vil i den vurderingen være sentralt om endringen også medfører endringer i det faglige ansvarsområdet og økonomiske vilkår.¹⁷²

8.2.3 Lovbestemte begrensninger

Arbeidsmiljøloven begrenser arbeidsgiverens adgang til å foreta endringer i arbeidets innhold - både generelt, ved sykdom og ved arbeidsuførhet. Bestemmelsene er av offentligrettslig karakter og ligger utenfor arbeidsgiverens styringsrett.

Endringsadgangen begrenses blant annet ved at arbeidsplikten ikke kan endres i strid med bestemmelsene om arbeidsmiljø i arbeidsmiljøloven kap. 2 og 4.

¹⁶⁸ Dege (2003) s. 143.

¹⁶⁹ Storeng II (2003) s. 111.

¹⁷⁰ Storeng II (2003) s. 117.

¹⁷¹ Dege (2003) s. 146 ; jeg antar Dege mener "arbeidstakeren", ikke "arbeidsgiveren".

¹⁷² Dege (2003) s. 146.

Arbeidsmiljøloven begrenser videre adgangen til å ansette arbeidstakere under 18 år, jf. aml. §§ 34-35. Adgangen til å endre arbeidsplikten for disse arbeidstakerne er ytterligere begrenset, jf. aml. § 34 andre ledd, § 34 første ledd, § 35 første ledd litra a-c.

8.2.4 Arbeidsavtalens øvrige elementer

Spørsmålet er om arbeidsgiverens lovlige endring av arbeidets innhold samtidig medfører at stillingsbetegnelse, økonomiske vilkår, arbeidstid og arbeidssted kan endres.

Stillingsbetegnelsen kan i utgangspunktet ikke endres selv om arbeidets innhold endres.¹⁷³ Tilsvarende gjelder for økonomiske vilkår. Lønn ikke kan endres ensidig selv om arbeidets innhold endres. Unntak gjelder for oppgaver som ifølge avtaler og praksis ved bedriften innebærer en viss betaling. Eksempelvis kan retten til vakttillegg, muligheten for overtid m.v. bortfalle, jf. RG. 1986 s. 38 og juridisk teori.¹⁷⁴

Arbeidstid og arbeidssted kan i utgangspunktet endres. Men i kombinasjon med endring av arbeidsoppgaver vil endringene letter anses for å endre stillingens grunnpreg og dermed være ulovlige.¹⁷⁵

8.3 Arbeidssted

8.3.1 Innledning

Sykdom og arbeidsuførhet kan medføre at arbeidsgiveren ønsker å flytte arbeidstakeren til et annet arbeidssted. Med arbeidssted mener jeg det sted hvor arbeidstakeren normalt har sin arbeidsplass. Arbeidsavtalen skal inneholde bestemmelser om arbeidsplassen, eventuelt om arbeidstakeren skal arbeide på forskjellige steder, jf. aml. § 55 C første ledd litra b.

Endret arbeidssted kan blant annet bety at arbeidstakeren forflyttes internt i virksomheten. Det kan, for eksempel, innebære overflytting fra en avdeling til en annen, eventuelt overflytting til en annen gren av virksomheten, gjerne til et annet geografisk

¹⁷³ Dege (2003) s. 141.

¹⁷⁴ Storeng II (2003) s. 122.

¹⁷⁵ Storeng II (2003) s. 111.

område. Betydningen av slike forflytninger varierer med størrelsen og omfanget på virksomheten.

8.3.2 Utgangspunkt

Arbeidstakerens flytteplikt beror i utgangspunktet på arbeidsavtalens innhold. Generelt sett er det av betydning om det dreier seg om et arbeidsforhold hvor arbeidstakeren må forvente forflytninger, eller om det er et typisk stedbundet arbeid. Praksis på bedriften og oppfatningen blant de ansatte generelt er også relevant. Arbeidstakeren trenger heller ikke ha positiv kunnskap om flytteplikten. Det er tilstrekkelig at han burde vært klar over at forflytning kunne bli aktuelt.¹⁷⁶

Det kan være avtalt at arbeidstakeren skal ha et bestemt arbeidssted. Hvis ikke må arbeidstakeren trolig finne seg i forflytninger innenfor en rimelig reiseavstand, jf. juridisk teori. Hva som er rimelig reiseavstand beror på en konkret vurdering. Generelt vil reiseavstand, reisetid, nåværende transportmuligheter, varighet, arbeidsgiverens begrunnelse for å forflytte arbeidstakeren og om det skjer andre endringer i arbeidsforholdet være relevante momenter. Det kan trolig også legges vekt på at det blir vanskeligere å hente barn i barnehagen og om helsetilstanden til arbeidstakeren gjør forflytningen urimelig.¹⁷⁷

Ved endringer på grunn av sykdom eller arbeidsuførhet mener jeg belastningene for arbeidstakeren må få vesentlig vekt i vurderingen. Endringer som forverrer arbeidstakerens tilstand kan som den store hovedregel ikke aksepteres.

Avtaleklausuler om flytteplikt kan ha stor betydning.¹⁷⁸ Det kan likevel ikke være slik at en klausul om flytteplikt gir arbeidsgiveren rett til å kreve enhver form for flytteplikt som dekkes av klausulen, jf. Rt. 1988 s. 476 og Rt. 2000 s. 1800. Det vil trolig ha betydning om det er rimelig å forvente forflytning i det konkrete arbeidsforholdet.

¹⁷⁶ Storeng II (2003) s. 117.

¹⁷⁷ Storeng II (2003) s. 117-118.

¹⁷⁸ Storeng II (2003) s. 118.

8.3.3 Arbeidsavtalens øvrige elementer

Spørsmålet er om arbeidsgiverens lovlige endring av arbeidsstedet samtidig gir grunnlag for endringer i andre av arbeidsavtalens elementer.

Endring av arbeidssted kan få betydning for arbeidstiden. I utgangspunktet er dette akseptabelt, men endringene i kombinasjon kan medføre at grensene for arbeidsgiverens styringsrett lettere overskrides enn hvor arbeidsstedet alene endres. Tilsvarende gjelder for arbeidsplikten.

Endringer i lønn aksepteres som hovedregel ikke. Situasjonen er således den samme måte som ved endringer i arbeidets innhold.

8.4 Arbeidstid

8.4.1 Innledning

Som vi allerede har sett, er endringer i arbeidstakerens arbeidstid et praktisk tiltak når arbeidet skal tilrettelegges etter aml. § 13 nr. 2 andre pkt. Men arbeidsgiveren kan også ha kompetanse til å endre arbeidstiden i kraft av styringsretten.

8.4.2 Utgangspunkt

Utgangspunktet for vurderingen er om endringen er vesentlig i forhold til den opprinnelig avtalte arbeidstid.¹⁷⁹ Vesentlige endringer forutsetter samtykke eller saklig grunn for oppsigelse. Situasjonen er således den samme som ved endringer i arbeidets innhold, selv om terminologien er noe annerledes. Grunnpregstandarden innebærer et krav om at endringene ikke skal være vesentlige.

Juridisk teori legger til grunn at arbeidstakeren må godta mindre endringer. Unntak kan gjelde hvis arbeidsavtalen setter svært klare begrensninger. I følge Storeng er ikke problemstillingen behandlet direkte for norske domstoler. Det foreligger derfor ingen veiledning fra dette hold hverken om arbeidstakeren er forpliktet til å godta mindre endringer, eventuelt hva som menes med ”mindre endringer”.

¹⁷⁹ Storeng II (2003) s. 120.

Storeng mener spørsmålet bør avgjøres på samme måte som spørsmålet om endringer av arbeidsoppgaver. Momenter av betydning vil da være endringens størrelse rent tidsmessig samt den belastning dette medfører for arbeidstakeren.¹⁸⁰

Som forutsatt innledningsvis er formålet med endringene å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakeren. Jeg mener dette taler for at arbeidsgiveren i utgangspunktet bør kunne endre arbeidstakerens arbeidstid, forutsatt at dette er et hensiktsmessig tiltak. Dette må i alle fall gjelde dersom arbeidstakerens sykdom eller arbeidsuførhet er av midlertidig karakter.

I vurderingen av om endringen er vesentlig, må det ses hen til om endringen samtidig innebærer endringer i andre av arbeidsavtalens elementer. Det er for eksempel lagt til grunn at reduksjon i arbeidstiden uten tilsvarende lønnsnedgang kan aksepteres, jf. LARD 1980 s. 81 og juridisk teori.¹⁸¹

8.4.3 Lovbestemte begrensninger

Arbeidsgiverens adgang til å endre arbeidstakerens arbeidstid må ses i sammenheng med arbeidsmiljøloven kap. X om arbeidstid. Arbeidsmiljøloven begrenser dessuten adgangen til å ansette arbeidstakere under 18 år, jf. aml. §§ 34-35. Adgangen til å endre arbeidstiden for denne gruppen er begrenset, jf. aml. § 36 første ledd, aml. § 37 første og andre ledd og aml. § 39 første til fjerde ledd.

Bestemmelsene er av offentligrettslig karakter og ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett.

¹⁸⁰ Storeng II (2003) s. 120-121 og Fanebust (1997) s. 86.

¹⁸¹ Dege I (1995) s. 281.

8.4.4 Arbeidsavtalens øvrige elementer

Spørsmålet er om arbeidsgiverens lovlige endring av arbeidstiden samtidig medfører at andre elementer i avtalen kan endres.

Endring av arbeidstakerens arbeidstid kan få betydning for *arbeidsplikten*. Som vist ovenfor - se kap. 6.4.4 - har arbeidsgiveren i visse tilfeller plikt til å redusere arbeidstiden for arbeidstakeren. Arbeidsgiveren har i så fall plikt til å redusere arbeidsplikten tilsvarende. Det samme synspunkt må trolig legges til grunn ved reduksjon i arbeidstiden med grunnlag i styringsretten. I begge tilfeller endres arbeidstiden kvantitativt og de samme hensyn gjør seg gjeldende. En reduksjon i arbeidstiden uten en tilsvarende reduksjon i arbeidsplikten vil normalt sett øke belastningen på arbeidstakeren. Formålet med arbeidstidsreduksjonen - å tilrettelegge arbeidet for arbeidstakeren ved sykdom og arbeidsuførhet - tilsier derfor det samme.

Dersom arbeidsgiveren flytter arbeidstakerens arbeidstid til et annet tidspunkt – i døgnet, uka eller i måneden - kan situasjonen bli en annen. Endringen er i så fall først og fremst av kvalitativ art. I utgangspunktet vil arbeidstakeren ha den samme muligheten til å utføre det arbeid arbeidsavtalen forplikter til. Det kan imidlertid ikke utelukkes at en annen plassering av arbeidstiden kan gi arbeidstakeren vanskeligheter med å oppfylle arbeidsplikten. I såfall kan dette gi grunnlag for å redusere arbeidsplikten.

Endringer i arbeidstiden kan også få betydning for arbeidstakerens *lønn*. I juridisk teori er det lagt til grunn at arbeidsgiveren ikke kan redusere arbeidstiden med tilsvarende lønnsreduksjon. Visse vakttillegg, mulighet for overtid m.v. kan selvfølgelig bortfalle. Men de grunnleggende økonomiske vilkår består imidlertid.¹⁸² Styringsretten som kompetansegrunnlag gir altså bare rett til å forandre selve arbeidstiden. En endring av lønnsvilkårene forutsetter derfor saklig grunn til oppsigelse eller samtykke. I juridisk teori er det antatt at nærmest enhver nedgang i lønn regnes som vesentlig og dermed ulovlig.¹⁸³

¹⁸² Dege (2003) s. 117-118.

¹⁸³ Storeng II (2003) s. 121.

8.5 Ordrenekt - ulovlige endringer

Arbeidsgiverens rett til å foreta endringer i arbeidsforholdet berører forhold av grunnleggende betydning for arbeidstakeren. Endringer i arbeidstid, arbeidssted og arbeidsplikt kan således være vanskelige å akseptere for arbeidstakeren. Et spørsmål er hvilke konsekvenser det får for arbeidstakeren at arbeidsgiverens pålegg ikke etterkommes, eventuelt hvilke konsekvenser det får for arbeidsgiveren at endringene er ulovlige.

Dersom *arbeidsgiveren har grunnlag i styringsretten* for å foreta endringer i arbeidsforholdet, etablerer pålegget fra arbeidsgiveren umiddelbart en tilsvarende plikt for arbeidstakeren. Dersom arbeidstakeren nekter å etterkomme pålegget, vil dette anses som en ordrenekt.¹⁸⁴ Ordrenekt kan i verste fall føre til oppsigelse eller avskjed. Det er lagt til grunn i rettspraksis at avskjed er berettiget dersom pålegg om endring er gitt på en klar måte, jf. Rt. 1989 s. 231. Etter arbeidsmiljøloven kan arbeidsgiveren nedlegge påstand om subsidiær oppsigelse i tilfelle retten skulle komme til at påbudet ikke var gitt klart nok, jf. aml. § 66 nr. 4 tredje pkt.

Konsekvensen av arbeidstakerens manglende medvirkning kan således få en langt mer alvorlig karakter enn ved endringer etter aml. § 13. Manglende medvirkning etter aml. § 13 innebærer primært at arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt reduseres. For det andre kan det medføre at arbeidstakerens krav på sykepenger bortfaller. I seg selv er dette alvorlige konsekvenser, men oppsigelse eller avskjed er ikke aktuelt. Derimot kan en oppsigelse eller avskjed bli kjent ugyldig på grunn av manglende tilrettelegging, men det er en annen sak.

Risikoen for ordrenekt setter arbeidstakeren i en problematisk situasjon. I svært mange tilfeller har ikke arbeidstakeren mulighet til å vurdere om arbeidsgiverens endringer er lovlige eller ikke. Dersom arbeidsgiverens påbud om endringer ikke blir etterfulgt, er det derfor ganske stor risiko for at arbeidstakeren setter sin egen stilling i fare.

¹⁸⁴ Storeng II (2003) s. 107.

Det er i den sammenheng ikke noen formildende omstendighet at arbeidstakeren har nektet å følge pålegget etter råd fra fagforeningen, jf. ARD 1986 s. 165 og juridisk teori. Dersom det kan reises tvil om holdbarheten av arbeidsgiverens påbud, kan derfor arbeidstakeren gjøre det klart at påbudet anses som en endringsoppsigelse. På denne måten unngås risikoen for å bli avskjediget på grunnlag av ordrenekt.¹⁸⁵ I stedet må arbeidsgiveren nå ha saklig grunn for å gjennomføre endringen.¹⁸⁶ I tillegg kan arbeidstakeren be om forhandlinger med arbeidsgiveren, jf. aml. § 61 nr. 2. Saken kan dessuten bringes inn for retten etter de spesielle rettergangsregler for arbeidsrettssaker, jf. aml. §§ 61–63.

Sett fra arbeidsgiverens side kan en *ordre som ikke har grunnlag i styringsretten* bare gjennomføres dersom arbeidstakeren samtykker eller dersom det foreligger grunnlag for oppsigelse av det opprinnelige arbeidsforholdet.¹⁸⁷ I så fall foreligger en endringsoppsigelse. Avskjed eller oppsigelse av en arbeidstaker fordi denne nekter å følge det ulovlige pålegget fra arbeidsgiver, kan på sin side kjennes ugyldig. Dette kan igjen føre til krav om erstatning fra arbeidstakerens side.

8.6 Endringer etter endt fravær

Endringer i arbeidsforholdet kan også være aktuelt når arbeidstakeren har vært fraværende fra arbeidet. Spørsmålet er om arbeidstakeren, når det tidligere arbeidet skal gjenopptas, er beskyttet mot slike endringer. Forutsetningen for problemstillingen er at arbeidstakeren vil tilbake til arbeid ved bortfall av sykdommen eller de øvrige forhold som begrunner fraværet.

Spørsmålet er ikke regulert hverken i arbeidsmiljøloven eller i tjenestemannsloven. Jeg kjenner ikke til at spørsmålet er vurdert i forarbeidene til de nevnte lover eller i rettspraksis av betydning.

I juridisk teori legger Dege til grunn at en arbeidstaker ikke kan regne med å komme tilbake i samme stilling etter sykmelding.¹⁸⁸ Dette er upresist, eller i verste fall feil.

¹⁸⁵ Storeng II (2003) s. 124.

¹⁸⁶ Storeng II (2003) s. 107.

¹⁸⁷ Storeng II (2003) s. 107.

¹⁸⁸ Dege (2003) s. 761.

En arbeidstaker har det samme stillingsvernet ved endt fravær som andre arbeidstakere når det gjelder endringer i arbeidsforholdet. Arbeidstakeren har således rett til å komme tilbake i samme stilling som forut for fraværet. Arbeidsgiveren kan imidlertid foreta endringer i arbeidsforholdet så lenge endringene er innenfor styringsrettens grenser. Arbeidstakeren kan for eksempel få endret arbeidssted eller arbeidstid. Dette beror på de samme vurderinger som når arbeidstakeren ønsker å gjøre endringer overfor arbeidstakere som ikke er fraværende. Men stillingen er den samme juridisk sett. Går arbeidsgiveren lenger enn styringsretten gir grunnlag for, får arbeidstakeren en annen stilling. Men da foreligger det også en endringsoppsigelse. Det forutsetter at arbeidsgiveren har saklig grunn på samme måte som ved ordinær oppsigelse.

9 Arbeidstakerens rett til arbeid for andre ved fravær

Spørsmålet er om arbeidstakeren har rett til å arbeide for andre når vedkommende er fraværende fra arbeidet hos hovedarbeidsgiveren. I det følgende kaller jeg dette *bierverv ved fravær*. Som ellers i oppgaven, avgrenses problemstillingen til å gjelde fravær ved sykdom og arbeidsuførhet.

Spørsmålet er ikke regulert i arbeidsmiljøloven eller tjenestemannsloven. Det er heller ikke - så vidt jeg vet - omtalt i lovenes forarbeider eller i rettspraksis. Vurderingen av spørsmålet bør derfor - etter min oppfatning - ta utgangspunkt i de forhold som kan gi grunnlag for fravær. Som vist ovenfor, forutsetter retten til fravær at arbeidstakeren er arbeidsufør. Arbeidsuførhet er også det sentrale vilkår for fravær i andre tilfeller.

Vurderingen av om arbeidstakeren er arbeidsufør, beror på en konkret helhetsvurdering. Et moment er hvilket arbeidsforhold saken gjelder. En bygningsarbeider som bryter beinet, får normalt sett vanskeligheter med å gjennomføre sine arbeidsoppgaver. Sykefravær kan derfor være den eneste praktiske løsningen i sykdomsperioden. Men arbeidstakeren er ikke derved praktisk forhindret fra å ta seg jobb som telefonselger. Situasjonen er den samme ved fravær på grunn av arbeidsuførhet ellers. Arbeidstakeren kan være arbeidsufør i forhold til sitt opprinnelige arbeid, men ikke nødvendigvis i forhold til andre arbeidsoppgaver hos en annen arbeidsgiver. Ved pliktig fravær beror det på det konkrete rettsgrunnlaget hvilke forhold som kan gi arbeidstakeren plikt til fravær. Spørsmålet er uansett - i alle disse tilfellene - om arbeidstakeren har rett til å påta seg arbeid for andre enn sin opprinnelige arbeidsgiver.

Det naturlige utgangspunkt i denne sammenheng må være de grunnleggende rettigheter og plikter ethvert arbeidsforhold innebærer. Ethvert arbeidsforhold innebærer at arbeidsgiveren får styringsrett, omsorgsplikt, sysselsettingsplikt og lønnsplikt. Arbeidstakeren på sin side får arbeidsplikt, lydighetsplikt og lojalitetsplikt.¹⁸⁹ Av særlig interesse her, er arbeidstakerens arbeidsplikt og lojalitetsplikt.

Arbeidstakerens fravær bryter med den arbeidsplikt arbeidstakeren har påtatt seg gjennom arbeidsavtalen. Utgangspunktet både ved sykdom og arbeidsuførhet for øvrig, er derfor at arbeidstakeren har plikt til nærvær. Videre bør fravær begrenses i størst mulig grad slik at arbeidstakeren kan komme raskest mulig tilbake i arbeid. I den grad arbeidstakeren er i stand til å utføre noe arbeid, bør dette derfor utføres for den opprinnelige arbeidsgiveren. En annen løsning synes unaturlig, sett hen til arbeidsgiverens tilretteleggingsplikt, jf. aml. § 13, og arbeidstakerens opplysningsplikt om funksjonsevne, jf. ftrl. § 8-8 første ledd.

Dersom arbeidstakeren påtar seg arbeid for andre arbeidsgivere i fraværperioden vil dette lett være strid med arbeidsforholdets grunnleggende rettigheter og plikter. I verste fall kan dette føre til avskjed eller oppsigelse.

¹⁸⁹ Fougner (2003) s. 50-56.

10 Litteraturliste

- Bjørnaraa (2000) Bjørnaraa, Torgeir
"Norsk tjenestemannsrett. Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv."
Torgeir Bjørnaraa, Espen Gaard og Annette Selmer.
1. utg. Oslo, 2000.
- Debes (1989) Debes, Jan.
"I statens tjeneste."
1. utg. Oslo, 1989.
- Dege (1995) Dege, Tormod.
"Arbeidsgivers styringsrett. Bind I. Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen."
1. utg. Oslo, 1995.
- Dege (2003) Dege, Tormod.
"Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold."
1. utg. Oslo, 2003.
- Fanebust (1997) Fanebust, Arne.
"Innføring i arbeidsrett: den individuelle del."
1. utg. Oslo, 1997.

- Fanebust (2001) Fanebust, Arne.
”Oppsigelse i arbeidsforhold: krav om ”saklig grunn”, forhandlings- og søksmålsordningen, sanksjonssystemet.”
4. utg. Oslo, 2001.
- Fougner (2003) Fougner, Jan.
”Arbeidsmiljøloven. Kommentartutgave.”
Jan Fougner, Lars Holo og Odd Friberg.
8. utg. Oslo, 2003.
- Jakhelln (1996) Jakhelln, Henning.
”Oversikt over arbeidsretten.”
2. utg. Oslo, 1996.
- Kjønstad (2001) Kjønstad, Asbjørn.
”Velferdsrett I: grunnleggende rettigheter, rettssikkerhet, tvang.”
Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse.
2. utg. Oslo, 2001.
- Norsk Lovkommentar (2002) ”Norsk Lovkommentar.”
Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland.
Oslo, 2002.

- Saastad/Debes (1984) Edvin Saastad.
”Lov om statens tjenestemenn m.m. av 4. mars
1983 med kommentarer.”
Edvin Saastad og Jan Debes.
1. utg. Oslo, 1984.
- Storeng II (2003) Storeng, Nils.
”Arbeidslivets spilleregler. Endringer i
arbeidsforholdet – stillingsvernreglene.”
Nils Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund.
1. utg. Oslo, 2003.
- Store Norske leksikon (1989) ”Aschehoug og Gyldendals Store Norske
leksikon.”
2. utg. Oslo, 1989.

11 Lovregister

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold
(Grunnloven) den 17de Mai 1814:
§ 110
- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)
av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.):
§ 29
- Straffelovens ikrafttredelseslov av 22. mai 1902 nr. 11 (strl.ikrl.):
§ 10
- 1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)
av 13. august 1915 nr. 08 (tvml.):
§ 437
- 1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
av 2. oktober 1967 (fvl.):
§ 11

1977

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven)
av 4. februar 1977 nr. 4 (aml.):

§ 1

§ 2

§ 3

§ 5

§ 7

§ 8

§ 12

§ 13

§ 14

§ 16

§ 20

§ 21

§ 22

§ 24

§ 26

§ 30

§ 31 - 33 E

§ 33 A

§ 34

§ 35

§ 36

§ 37

§ 39

§ 46

§ 46 A

§ 55 B

§ 55 C

§ 55 D

§ 56

§ 60

§ 61

§ 62

§ 63

§ 64

§ 66

§ 69 - 73

§ 77

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m (tjenestemannsloven)

av 4. mars 1983 nr. 3 (tjml.):

§ 8

§ 9

§ 10

§ 12

§ 13

§ 15

§ 16

§ 22

1994 Lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

av 5. august 1994 nr. 55 (smittel.):

§ 1-1

§ 1-3

§ 3-2

§ 4-2

§ 7-3

1997 Lov om folketrygd (folketrygdloven)
av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.):

- § 8-4
- § 8-5
- § 8-6
- § 8-7
- § 8-8
- § 8-13
- § 8-14
- § 8-16
- § 8-17
- § 8-19
- § 25-2
- § 25-3

12 Register - forarbeider og stortingsdokumenter

12.1 Betenknninger før 1972

Sykeforsikringskomiteen (1907).

Innstilling (1964) Innstilling om ny lov om offentlige tjenestemenn, avgitt 27. juli 1964.

12.2 Betenknninger etter 1972: Norges Offentlige utredninger

NOU 1980: 52 Valg av arbeidstid.

NOU 2000: 27 Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv.

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

12.3 Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn mv. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

- Ot.prp. nr. 44 (1976-1977) Om lov om statens tjenestemenn m. m.
- Ot.prp. nr. 72 (1981-1982) Om lov om statens tjenestemenn m. m.
- Ot.prp. nr. 3 (1982-1983) Om lov om endring i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr. 39 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd.
- Ot.prp. nr. 64 (1992-1993) Om lov om endringer i lov 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd og visse andre lover (samleproposisjon).
- Ot.prp. nr. 29 (2001-2002) Om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.).
- Ot.prp. nr. 18 (2002-2003) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (tilrettelegging for og oppfølging av sykmeldte mv.) og om endringer i folketrygdloven, brann- og eksplosjonsvernloven og etilsynsloven.
- Ot.prp. nr. 48 (2003-2004) Om lov om endringer i folketrygdloven (nye regler om sykmelding mv.).

12.4 Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 85 (1976-1977) Om lov om statens tjenestemenn.

Innst.O. nr. 39 (2001-2002) Innstilling fra sosialkomiteen om lov om endringer i folketrygdloven (tiltak for å redusere sykefravær mv.).

12.5 Stortingsdokumenter

St.prp. nr. 1 (2003-2004) Statsbudsjettet medregnet folketrygden.

13 Register - rettspraksis

13.1 Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 1956	s. 578
Rt. 1963	s. 1013
Rt. 1966	s. 393
Rt. 1972	s. 1330
Rt. 1988	s. 476
Rt. 1989	s. 231
Rt. 1995	s. 227
Rt. 1996	s. 1401
Rt. 1997	s. 1128
Rt. 1997	s. 1506
Rt. 1999	s. 163
Rt. 2000	s. 1602
Rt. 2000	s. 1800
Rt. 2001	s. 418

13.2 Rettens Gang (RG)

RG. 1986	s. 38
RG. 1997	s. 11

13.3 Ugeskrift for Retsvæsen (Ufr. eller U.)

U 78 / 149 H

13.4 Arbeidsretten (ARD)

ARD 1986 s. 165

13.5 Lokale arbeidsretter (LARD)

LARD 1980 s. 81

13.6 Upubliserte dommer

Borgarting lagmannsrett	dom 7.april 1999	LB-1999-00289 K/04
Borgarting lagmannsrett	dom 5. juni 2001	LB-2000-03513 A/03
Gulating lagmannsrett	dom 18. september 2001	LG-2000-01060

14 Register - andre kilder

14.1 Forskrifter

- 1994 Forskrift 21. april 1994 nr. 333 om verne- og helsepersonale.
- 1996 Forskrift 12. juni 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter.
- 2003 Forskrift 19. desember 2003 nr. 1671 om tilretteleggingstilskudd.

14.2 Rundskriv

- 1997 Rikstrygdeverkets rundskriv 1. mai 1997 nr. 49 til folketrygdloven kap. 8.

14.3 Tariffavtaler

- Hovedavtalen Hovedavtalen 2002-2005 mellom Landsorganisasjonen i Norge og Næringslivets Hovedorganisasjon (forkortet HA).
- Hovedtariffavtalen i Staten Hovedtariffavtalen mellom Staten v/ Arbeids- og administrasjonsdepartementet og LO Stat, YS-Stat, UHO og Akademikerne.

Verkstedsoverenskomsten Verkstedsoverenskomsten 2002-2004 mellom
Næringslivets Hovedorganisasjon / Teknologibedriftenes
Landsforening og Landsorganisasjonen i Norge /
Fellesforbundet (forkortet VO).

14.4 Andre avtaler

Intensjonsavtalen Intensjonsavtalen om et mer inkluderende arbeidsliv.

Samarbeidsavtalen Samarbeidsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv.

15 Vedlegg

1. Statistisk sentralbyrås statistikk over egen- og legemeldt sykefravær for 4. kvartal 2003.
Tilgang: <http://www.ssb.no/emner/06/02/sykefratot/> . [Sisert 19.04.2004].
2. Artikkel i Dagsavisen 23.12.2003: ”Norge taper 122 mill. daglig på sykefravær.”
Tilgang: <http://atekst.medicarkivet.no/atekst/> . [Sisert 19.04.2004].
3. Intensjonsavtale om et mer inkluderende arbeidsliv.
Tilgang: <http://www.dep.no/aad/arbeidsliv/p30000972/002001-990393/index-dok000-b-n-a.html> . [Sisert 19.04.2004].
4. Samarbeidsavtale mellom virksomheter og trygdeetaten.
Tilgang: <http://www.dep.no/aad/arbeidsliv/p30000972/002031-990050/index-dok000-b-n-a.html> . [Sisert 19.04.2004].
5. Erklæring fra partene i Intensjonsavtalen av 3.12.2003.
Tilgang: <http://www.odin.dep.no/aad/arbeidsliv/nyheter/002061-990032/index-dok000-b-n-a.html> . [Sisert 19.04.2004].
6. Eksempel på individuell oppfølgingsplan.
Tilgang: <http://www.odin.dep.no/aad/arbeidsliv/p30000972/002001-990565/index-dok000-b-n-a.html> . [Sisert 19.04.2004].