

OPPFØLGING OG ADVARSLER

Saklig grunn for oppsigelse

Kandidatnummer: 622

Leveringsfrist: 25.11.08

Til sammen 13792 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstilling	1
1.2	Arbeidsmiljøloven § 15-7 – vurderingsnormen	2
1.3	Avgrensning	5
<u>2</u>	<u>HENSYN</u>	<u>6</u>
2.1	Alminnelig oppfølging	6
2.2	Advarsel	7
2.3	Skriftlighet	8
<u>3</u>	<u>ADVARSEL</u>	<u>10</u>
3.1	Hva er en advarsel?	10
3.2	Er advarsel et vilkår for saklig oppsigelse?	11
3.3	Momenter i saklighetsvurderingen	14
3.4	Saklighet	19
3.5	Krav om skriftlighet	21
<u>4</u>	<u>OPPFØLGING</u>	<u>26</u>
4.1	Hva menes med oppfølging av arbeidstaker?	26
4.2	Er oppfølging av arbeidstaker et vilkår for saklig oppsigelse?	27

4.3	Momenter i saklighetsvurderingen	31
4.4	Krav om skriftlighet	36
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING – DE LEGE LATA</u>	<u>39</u>
<u>6</u>	<u>REFLEKSJONER OVER DAGENS RETTSTILSTAND</u>	<u>43</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er hvilken betydning tilbakemeldinger gjennom ansettelsesforholdet har for en oppsigelses gyldighet. Dette spørsmålet omhandler anvendelsen av arbeidsmiljøloven (aml.) § 15-7 og kravet til at en oppsigelse skal ha saklig grunn.

Tema for avhandlingen vil være tilbakemelding til arbeidstaker i vid forstand. Advarsler er én form for tilbakemelding. Den inneholder en trussel om oppsigelse eller avskjed, og kan derfor knyttes direkte til saklighetsspørsmålet i forbindelse med oppsigelse. ”*At en arbeidstaker er gitt advarsel, innebærer at vedkommende ikke bare er gjort oppmerksom på hvor langt hans plikter går, men også at han vil bli sagt opp eller gitt avskjed dersom pliktene ikke blir overholdt.*”¹ Et sentralt spørsmål vil være hvilken betydning advarsler, eventuelt mangler på advarsler, har for en oppsigelses gyldighet etter aml. § 15-7.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om også andre former for tilbakemelding til arbeidstaker kan ha betydning for en oppsigelses gyldighet og saklighetskravet i aml. § 15-7. Det siktes her til den løpende tilbakemeldingen arbeidstaker får gjennom arbeidsforholdet i form av oppfølging og veiledning. Denne formen for tilbakemelding kan ha flere former og grunnlag, og skje både uformelt og formelt. Den daglige dialogen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er normalt av uformell karakter. Den er ofte spontan og relatert til ”her-og-nå-situasjoner”. En slik dialog kan bære preg av mentorvirksomhet. I den grad arbeidsgiver er som en mentor eller veileder for sine arbeidstakere, vil vedkommende fungere som en ”*person som drar nytte av sin kunnskap for å lære og veilede andre*”.² Dette i motsetning til

¹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.247

² Wikipedia (2008)

coachingvirksomhet, der arbeidsgiver i sin oppfølging stiller spørsmål som får medarbeideren til selv å finne løsninger.³

En mer formell oppfølging skjer for eksempel ved medarbeidersamtaler, rutinebeskrivelser, kurs, opplæring og veiledning. Den formelle oppfølgingen vil i større grad enn den uformelle, lettere kunne ha en skriftlig form. Jeg vil hovedsakelig fokusere på den mer formelle oppfølgingen i denne avhandlingen.

Endelig vil det være et sentralt spørsmål i hvilken grad det er avgjørende for en oppsigelses gyldighet etter aml. § 15-7, om tilbakemeldingene er skriftlige. Bevisbyrden for at saklighetskravet er overholdt i oppsigelsessaker vil som regel ligge hos arbeidsgiver. Arbeidsgiver er den sterkeste part i et arbeidsforhold, og det er rimelig at bevisbyrden legges her. Skriftlig dokumentasjon på tilbakemeldinger til arbeidstaker vil hjelpe arbeidsgiver i bevisføringen i en eventuell senere arbeidskonflikt. Samtidig vil formalisering gjennom skriftlighet tydeliggjøre betydningen og alvorlighetsgraden overfor arbeidstaker.

1.2 Arbeidsmiljøloven § 15-7 – vurderingsnormen

For at en oppsigelse skal være gyldig, må den være saklig begrunnet, jf. aml. § 15-7. Vern mot usaklig oppsigelse ble for første gang lovfestet i arbeidervernloven i 1936⁴.

Arbeidsmiljøloven regulerer bare arbeidsgivers oppsigelse, og gir ingen uttømmende liste over alle oppsigelsesgrunner. Aml. § 15-7 1.ledd krever at en oppsigelse skal være saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Kravet om at *”oppsigelsen skal være saklig begrunnet gir rom for en skjønnsmessig vurdering. Ved denne vurdering blir spørsmålet således, om de omstendigheter som har foranlediget den foreliggende oppsigelse har en slik betydning for arbeidsforholdet, at det rettslig sett er*

³ Wikipedia (2008)

⁴ Gisle, *Jusleksikon* (2002) s.210

*rimelig og naturlig at de bør lede til opphør av det arbeidsforhold som det konkret er tale om”.*⁵

Oppfølging av arbeidstaker og skriftlig dokumentasjon på dette vil kunne drøftes i forhold til inngåelsen av arbeidsavtalen, endringer i arbeidsforholdet og ved en oppsigelse. I denne avhandlingen vil oppsigelsessituasjonen være av interesse, og da med hovedvekt på saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Inngåelse og endring av arbeidsforholdet vil imidlertid naturlig ha en betydning også i forbindelse med oppsigelsen. Hvor arbeidsgiver ønsker å si opp arbeidstaker på grunn av lite tilfredsstillende utførelse eller mislighold av arbeidsoppgavene, vil innholdet i arbeidsavtalen, opplæring, veiledning og tilrettelegging gi informasjon om foranledningen til oppsigelsen og følgelig har betydning for dennes saklighet. Tilsvarende vil det ha betydning om arbeidstaker har fått advarsel og mulighet til å rette opp uønsket atferd dersom dette er årsaken til oppsigelse. Følgelig er det mange aspekter underveis i ansettelsesforholdet som vil ha betydning for oppsigelsens saklighet, og disse må også tas i betraktning i denne avhandlingen.

En oppsigelse rammer arbeidstaker hardt. Dette skyldes ikke bare bortfallet av inntekt, men også tap av sosialt nettverk og kanskje følelse av nederlag. Derfor er oppsigelsesadgangen begrenset. Arbeidsgiver kan ikke si opp eller avskjedige arbeidstaker uten at dette er ”*saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*”, jf. aml. § 15-7.

Arbeidstaker vil imidlertid ha et behov for å si opp arbeidstakere som ikke fungerer i stillingen, enten på grunn av manglende tilpasning eller evne til å utføre arbeidet, samarbeidsproblemer eller uakseptabel atferd. Kravet om at oppsigelsen skal være saklig begrunnet innebærer at det må foretas en avveining mellom bedriftens behov og de ulemper en oppsigelse vil medføre for arbeidstaker.⁶ Saklighetskravet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

⁵ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2007) s.429

⁶ *ibid.* s.431

I Rt. 1989 s.508 (510) uttales: ”Det er ikke mulig å vurdere sakligheten av en fremtidig oppsigelse på et fortidig grunnlag. Avgjørende er situasjonen på oppsigelsestidspunktet”. Oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold må begrunnes i atferd eller hendelser som har funnet sted.

Aml. § 15-7 bygger følgelig på et prinsipp om individuell saklighet⁷. Bestemmelsens karakter medfører at det må foretas en skjønsmessig vurdering av hvorvidt en oppsigelse tilfredsstiller kravet til saklig grunn.

Krav om saklig begrunnelse for oppsigelse i arbeidsmiljøloven av 1977 er videreført i arbeidsmiljøloven av 2005, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Tolkningen av bestemmelsen i den tidligere loven, forarbeider, rettspraksis og lignende er følgelig aktuelt også for tolkningene av bestemmelsen i den nye loven.

Hvor arbeidstaker har ”gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen” kan arbeidstaker avskjedige vedkommende, jf. aml. § 15-14. Dette bringer arbeidsforholdet til øyeblikkelig opphør. Også i avskjedstilfellene må det foreligge et saklig grunnlag for avskjedigelsen. Sentralt i vurderingen vil være om en avskjed vil ramme arbeidstakeren urimelig hardt, samtidig som det må tas hensyn til arbeidsgivers virksomhet og behovet for at arbeidsforholdet opphører.

Reglene som beskytter arbeidstaker mot usaklig oppsigelse og uberettiget avskjed er grunnleggende regler i arbeidsretten.⁸ Saklighetskravet i aml. § 15-7 er en rettslig standard, noe som innebærer at innholdet og betydningen utvikles og forandres over tid. Oppsigelse og avskjed av arbeidstaker er alvorlig og kan få store konsekvenser for den som rammes. Bestemmelsene om oppsigelse og avskjed i arbeidsmiljøloven er ment å beskytte arbeidstaker i de tilfellene der sanksjonen ikke har saklig begrunnelse. Forutsigbarhet i

⁷ ibid. s.429

⁸ ibid. s.416

arbeidsforhold er viktig og arbeidstaker skal beskyttes mot vilkårlige oppsigelser. Regelverket bidrar til å begrense arbeidsgivers styringsrett av hensyn til beskyttelse av arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven inneholder en rekke bestemmelser som skal sikre en forsvarlig saksbehandling forut for selve oppsigelsen; i oppsigelsesprosessen. I denne fasen foregår det også en slags oppfølging av arbeidstaker, og det bør stilles krav til saklighet også i denne prosessen. Før det fattes beslutning om oppsigelse, skal arbeidsgiver, i den grad det er mulig, drøfte forholdet med arbeidstaker og dennes tillitsvalgte, jf. aml.

§ 15-1. Det fremgår av Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s.236 at begrepet ”så langt det er praktisk mulig” skal ”tolkes strengt”. Det innebærer at begrensningen hovedsaklig gjelder tilfellene der arbeidstaker ikke samarbeider i forbindelse med drøftingsmøte.

Selve oppsigelsen skal skje skriftlig, jf. aml. § 15-4 1.ledd. Bestemmelsens annet ledd angir hva oppsigelsesdokumentet skal inneholde. Dette bidrar til å sikre at arbeidsgivers beslutning er veloverveid, samt ryddighet i oppsigelsesprosessen. Dessuten sikrer skriftlighetskravet domstolenes mulighet til kontroll og etterprøving.⁹

1.3 Avgrensning

Aml. § 15-7 gjelder for oppsigelser med grunnlag i både virksomhetens, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold. Det er bare tilfellene der oppsigelse skjer på bakgrunn av arbeidstakers forhold som er av interesse i denne avhandlingen, spesielt der årsaken er mangelfulle arbeidsprestasjoner og mislighold av arbeidsavtalen. Forholdene og regelverket rundt oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold og ved rasjonalisering og driftsinnskrenkninger, vil følgelig ikke bli tatt i betraktning.

Jeg vil komme inn på reglene om avskjed i aml. § 15-14, se punkt 2. Avskjed er en mer alvorlig sanksjon enn oppsigelse. Når et tilfelle kvalifiserer til avskjed kan vanskelig

⁹ Granden, *Ansatt, oppsagt, avskjediget?* (2006) s.93

fastslås generelt, og grensen mellom oppsigelse og avskjed kan være flytende. Momentene i saklighetsvurderingen vil følgelig stort sett være de samme. Jeg vil hovedsakelig fokusere på oppsigelsesreglene, men reglene om avskjed vil i noen tilfeller bli brukt for å illustrere et poeng.

2 Hensyn

2.1 Alminnelig oppfølging

Den alminnelige oppfølgingen er i hovedsak begrunnet i arbeidstakers mestring av arbeidet. Tilbakemeldinger i form av løpende oppfølging bidrar til å skape klarhet og forutberegnelighet, samt til å oppklare uklarheter i forhold til arbeidsoppgavene og arbeidsforholdet. Dette skaper trygghet for både arbeidstaker og arbeidsgiver, og bidrar til et positivt klima på arbeidsplassen. I en viss utstrekning vil slike tiltak bidra til at konflikter, og dermed oppsigelser, kan unngås. Der oppsigelse er uunngåelig, kan oppfølging og advarsler være momenter ved saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Dette kommer frem av rettspraksis, se drøftelse under punkt 3 og 4.

Arbeidsgiver må i sitt valg av oppfølging og dennes omfang hensynta arbeidstakers forutsetninger og stillingens art. Eksempelvis kan nevnes en stilling som inneholder en stor grad av rutinearbeid, i motsetning til en stilling som krever at arbeidstaker må tenke og jobbe kreativt. Behovet for oppfølging vil dessuten arte seg annerledes der det kun er fokus på sluttresultat, eksempelvis for en selger med et omsetningsmål. Arbeidsgiver kan pålegge en renholdsassistent å vaske et rom på et bestemt tidspunkt og etter klare rutiner, men det kan ikke på samme måte pålegges en forsker i en arbeidsinstruks å komme frem til et resultat innen en gitt frist.

Når arbeidsgiver er tydelig overfor arbeidstaker om hva som kreves i stillingen, er det å forvente at vedkommende lettere oppfyller kravene. Det ligger et ansvar hos arbeidsgiver i

å være tydelig i forventningene som stilles til arbeidstaker. Arbeidsavtalen og stillingsbeskrivelsen vil være viktige og nyttige verktøy for å kommunisere stillingskravene til arbeidstaker. Det vil imidlertid kunne oppstå behov for å presisere stillingskrav senere i arbeidsforholdet. Oppfølging og veiledning vil bidra til å utfylle kravene i arbeidsavtalen og stillingsinstruksen. De juridiske hensynene må imidlertid ikke virke hemmende på arbeidstakers motivasjon til å utføre oppgavene på best mulig måte, ved at arbeidsgiver gjennom arbeidsavtalen, stillingsinstruks og løpende oppfølging og veiledning virker overstyrende og kontrollerende.

Tett oppfølging av arbeidstaker vil uten tvil medføre mer arbeid for arbeidsgiver og kan synes tidkrevende. Sannsynligheten for at alle ansatte trenger like mye og tett oppfølging er imidlertid liten, og vil også variere med type stilling og hvilket ansvar og oppgaver stillingen medfører. Arbeidsgiver må tilpasse omfanget og formen på oppfølgingen etter stillingen. I tillegg vil arbeidstakers personlige egenskaper og erfaring spille inn på behovet for oppfølging og veiledning. Ressursbrøken på arbeidsgivers hånd må derfor vurderes i forhold til hvilke positive virkninger oppfølging vil ha.

2.2 Advarsel

Oppsigelse og avskjed er alvorlige sanksjoner som vil ramme arbeidstaker hardt. Før arbeidsgiver går til det skritt å si opp eller avskjedige arbeidstaker, bør arbeidstaker få en mulighet til å innrette seg slik at oppsigelse eller avskjed kan unngås. Advarsler har størst praktisk betydning der arbeidstaker ikke forstår eller bør forstå at vedkommendes atferd eller handlinger innebærer mislighold. Der arbeidstaker forstår eller bør forstå at atferden eller handlingene innebærer mislighold, bør konsekvensene ved opprettholdelse stå klarere for vedkommende, enn der misligholdet ikke er åpenbart. Advarsler får, i tilfeller der arbeidstaker har kunnskap om misligholdet, ikke samme betydning og vekt.

Advarsler vil også ha betydning som bevis for at forholdene har funnet sted og for at arbeidsgiver har tatt avstand fra handlingene og reagert på misligholdet. Dersom

arbeidsgiver over tid overser atferd eller handlinger som er uønsket, kan arbeidstaker oppfatte ignoransen som om arbeidsgiver tillater atferden. Dette blir også vektlagt i rettspraksis.¹⁰ For det første vil advarsler tydeliggjøre situasjonens alvorlighetsgrad overfor arbeidstaker og dokumentere at arbeidsgiver har tatt tak i problematikken. For det annet vil advarselen kunne bevis at arbeidstaker over tid ikke har forbedret atferd til tross for oppfordring, noe som vil ha direkte betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

Også i juridisk teori blir det vektlagt som et moment at advarsler vil kunne tjene som bevis for at ”*de forhold advarselen gjelder, faktisk har funnet sted dersom de blir påberopt senere*”¹¹. Det kan ofte være vanskelig å bevise at visse hendelser har funnet sted og en formell advarsel vil bidra til å dokumentere dette.

2.3 Skriftlighet

Fra et juridisk synspunkt har skriftlig dokumentasjon stor bevismessig verdi i en arbeidskonflikt, samtidig som mye taler for at skriftlighet i oppfølging av arbeidstaker kan ha en positiv virkning i forhold til å sikre kvaliteten på arbeidet. Det ligger et stort ansvar på arbeidsgiver i å tydeliggjøre arbeidstakers oppgaver og hvilke forventninger som stilles til vedkommende. Skriftlige og tydelige arbeidsavtaler og instruksjoner er gode verktøy. Oppfølging og veiledning underveis i ansettelsesforholdet, vil imidlertid bidra til å i større grad tydeliggjøre arbeidsoppgavene og forventningene til arbeidstaker og rettlede vedkommende. Bevisbyrden ved en arbeidskonflikt bør ligge hos arbeidsgiver fordi denne er den sterkeste part i forholdet. Uten skriftlig dokumentasjon rundt arbeidsforholdet, blir det vanskeligere for arbeidsgiver å dokumentere at arbeidstaker har misligholdt arbeidsavtalen eller ikke egner seg i stillingen.

¹⁰ Rt. 2001 s.1362

¹¹ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.248

Ett av hensynene ved et krav til skriftlighet er at dette vil understreke alvorlighetsgraden og tydeliggjøre budskapet fra arbeidsgiver til arbeidstaker. Hvor arbeidsgiver ønsker å tydeliggjøre et budskap overfor arbeidstaker, for å oppnå ønskede arbeidsresultater og ønsket atferd, vil skriftlig tilbakemelding være et godt virkemiddel.

Et annet viktig hensyn bak skriftlighetskravet er notoritetshensynet. Det som er avtalt og kommet frem mellom partene, kan ved skriftlig dokumentasjon påvises i ettertid hvis uenighet skulle oppstå. Notoritet sikres ved skriftlig nedtegnelse av avtaler og hendelser. I arbeidsforhold sikres notoritet blant annet ved nedtegnelse av arbeidsavtalen, jf. aml. § 14-5. Skriftlige tilbakemeldinger i form av løpende oppfølging og advarsler vil bidra til å sikre bevis for arbeidstakers skikkethet og tilpasning gjennom ansettelsesforholdet.

I Innst.O. nr. 5 (1999-2000), pkt. 1.2.2, er notoritetshensynet tillagt vekt i hensynene bak den nye arbeidsmiljøloven.

”Trygge tilsettingsforhold er en del av arbeidsmiljølovens målsetting. Det er viktig at arbeidstakerne kan oppleve trygghet i sitt arbeidsforhold med hensyn til den stadfestelse og notoritet en skriftlig kontrakt gir til det underliggende privatrettslige forhold.

Disse forhold forsterker etter departementets syn den offentlige interessen i å kunne pålegge arbeidsgivere å etablere den notoritet overfor omverdenen og mellom partene som anses påkrevet i ulike sammenhenger.”

Uttalelsene gjelder arbeidskontrakten og ved tilsettingen av arbeidstaker. Arbeidsgiver vil imidlertid kunne ha behov for å veilede arbeidstaker også senere i arbeidsforholdet. Dette taler for at utvalgets uttalelser også bør ha betydning for tilbakemeldinger til arbeidstaker, i form av oppfølging og advarsler, gjennom hele ansettelsesforholdet.

Lovbestemmelsen om arbeidsavtaler ble endret i 2000 til det vilkåret vi har i dag om skriftlig arbeidsavtale. I Ot.prp. nr. 77 (1998-1999) var en særlig begrunnelse for endringen Arbeidstilsynets mulighet ”for å føre tilsyn for å oppnå en ønsket overholdelse av lovens

bestemmelser". Arbeidstilsynets oppgave er å føre tilsyn med at virksomheter følger arbeidsmiljølovens krav.¹²

Skriftlig tilbakemelding vil tydeliggjøre innholdet, noe som bidrar til klarhet og forutberegnelighet. På denne måten vil begge parter vite hva som kreves og forventes i ansettelsesforholdet. Skriftlighetskravet innebærer også at både arbeidsgiver og arbeidstaker må tenke gjennom hva partene har kommet til enighet om. Dette bidrar igjen til kvalitetssikring av prosessene i arbeidsforholdet.

3 Advarsel

3.1 Hva er en advarsel?

Jeg vil behandle advarsler før oppfølging fordi dette området i større grad er behandlet i rettspraksis og teori.

Det kan stilles spørsmål om hva som ligger i begrepet "advarsel". Dette er ikke konkret definert i lov eller forarbeider, men er beskrevet i rettspraksis og juridisk teori.¹³ Når arbeidsgiver tildeler en advarsel, blir arbeidstaker gjort oppmerksom på at vedkommende har misligholdt arbeidsavtalen eller ikke oppfyller de krav arbeidsgiver stiller. I tillegg inneholder en advarsel en trussel om sanksjon, i form av oppsigelse eller avskjed.¹⁴ Sanksjonen vil inntreffe dersom arbeidstaker ikke endrer atferd.

¹² Arbeidstilsynet

¹³ F.eks. Agder lagmannsretts dom av 1. april 1997 og Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 247.

¹⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.247

3.2 Er advarsel et vilkår for saklig oppsigelse?

Det kan spørres om advarsel er et vilkår for en oppsigelses saklighet etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Aml. § 15-7 krever at en oppsigelse skal ha saklig grunn. Bestemmelsen sier ikke noe om hva som inngår i saklighetsvurderingen.

Den eneste bestemmelsen som nevner advarsel på arbeidsrettens område er tjenestemannsloven § 15:

”En embets- eller tjenestemann kan avskjediges når vedkommende:

- a. har vist grov uforstand i tjenesten eller grovt har krenket sine tjenesteplikter eller trass i skriftlig advarsel eller irettesettelse gjentatt har krenket sine tjenesteplikter”.*

NOU 2004:5 uttaler følgende om bestemmelsen i tjenestemannsloven: *”Ved gjentatte krenkelser krever ikke tjenestemannsloven at disse er grove, såfremt tjenestemannen tidligere er gitt skriftlig advarsel eller irettesettelse.”*¹⁵ Utvalget uttaler videre at i *”vurderingen av om vilkårene for avskjed er til stede bør legges betydelig vekt på hvorvidt arbeidstaker tidligere er gitt advarsel for samme eller tilnærmet samme forhold”*.¹⁶

Bestemmelsen gjelder kun for arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste. Arbeidsgiver kan her avskjedige arbeidstaker der denne har misligholdt sine tjenesteplikter trass i advarsel. Det finnes ingen tilsvarende bestemmelse i arbeidsmiljøloven, verken for oppsigelse eller avskjed. Bestemmelsen i tjenestemannsloven gjelder kun for statens tjenestemenn.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven, NOU 2004:5, inneholder ingen konkrete uttalelser om betydningen av advarsler i forbindelse med oppsigelsesvernet etter arbeidsmiljøloven. Advarsel blir imidlertid nevnt i forbindelse med drøftelse av harmonisering med tjenestemannslovens stillingsregler. Lovutvalget mener det bør være harmoni mellom avskjedsbestemmelsene på hele det arbeidsrettslige området, og at tjenestemannslovens

¹⁵ NOU 2004:5 s.350

¹⁶ *ibid.* s.351

bestemmelse om avskjed skal erstattes av arbeidsmiljølovens bestemmelse. Utvalget mener harmonisering ikke vil innebære vesentlige endringer av gjeldende rett. Dette viser at bestemmelsen i tjenestemannsloven gir uttrykk for en tankegang som innebærer at advarsler har en betydning i saklighetsvurderingen, og at advarsler ikke er et ukjent fenomen på arbeidsrettens område. Dette understrekes også av rettspraksis, som gir advarsler betydning også på arbeidsmiljølovens område.

Uttalelsene i NOU 2004:5 referert over, omhandler avskjed. Bestemmelsene i arbeidsmiljøloven krever saklig grunn både for oppsigelse og avskjed. Det som skiller avskjed fra oppsigelse er grovheten av arbeidstakers mislighold. Momentene i saklighetsvurderingen i de to tilfellene vil i stor utstrekning være de samme, og uttalelsene i NOU 2004:5 om avskjed kan derfor også tas til inntekt for at avskjed vil ha betydning også for oppsigelsestilfellene.

Ut over dette drøfter ikke forarbeidene advarsler spesifikt i forhold til saklighetskravet etter aml. § 15-7 der oppsigelse skyldes arbeidstakers forhold. Ot.prp. nr.49 (2004-2005) om arbeidsmiljøloven inneholder ingen drøftelse av de generelle oppsigelsesreglene. Betydningen av om advarsel er blitt gitt i forbindelse med oppsigelse blir ikke nevnt.

Advarsel er på bakgrunn av lov og forarbeider ikke et absolutt krav for om en oppsigelse er gyldig. Dette kommer frem i rettspraksis, jf. Rt. 1956 s.578 (s.580):

”Jeg kan ikke tillegge det betydning i det foreliggende tilfelle at ikke [A] på et eller annet tidligere tidspunkt hadde fått klar og tydelig advarsel fra bedriftens ledelse om at han måtte regne med å bli oppsagt, hvis hans forhold ikke bedret seg. Noe vilkår om at advarsel (påklage) skal være gitt på forhånd, oppstiller arbeidervernloven ikke.”

Om advarsel er gitt blir i juridisk teori, tilsvarende som i rettspraksis, tillagt en viss vekt i forhold til om en oppsigelse har gyldig grunn. Advarsler er imidlertid ikke ansett som mer enn et moment av betydning. Det er ikke uten videre avgjørende for en oppsigelses

gyldighet om det på forhånd er gitt advarsel.¹⁷ Dersom arbeidstaker får en advarsel i forbindelse med mislighold i arbeidsforholdet, plikter arbeidsgiver også å klargjøre hvilke konsekvenser og sanksjoner fortsatt mislighold innebærer.¹⁸

*”Det er ikke noe vilkår for oppsigelse at det på forhånd er gitt advarsel.”*¹⁹ Advarsel til arbeidstaker om forsømmelse i tjenesten eller andre forhold som ikke holder mål, kan følgelig ikke tillegges mer vekt enn et moment av betydning i forbindelse med hva som kan anses som gyldig oppsigelse.

Avgjørelsen sier imidlertid at advarsler kan ha betydning som et moment i saklighetsvurderingen. *”Jeg vil imidlertid ikke dermed utelukke at det i mange tilfelle vil kunne ha betydning om advarsel er gitt, når man skal ta stilling til om en oppsigelse fyller lovens krav til saklighet”*.²⁰

Rt.1956 s.578 er avsagt på grunnlag av arbeidervernloven av 1936 § 33 nr. 3. Arbeidsmiljøloven av 2005 viderefører i all hovedsak bestemmelsene om vern mot usaklig oppsigelse fra arbeidsmiljøloven av 1977, som igjen bygger på tidligere arbeidsrettslig lovgivning.²¹ Bestemmelsene i foregående lov er følgelig fortsatt relevant.

De samme betraktninger bli lagt til grunn i Rt. 2001 s.1362 (s.1376-1377):

”Ved vurderingen av om arbeidstakers forhold danner tilstrekkelig saklig grunn for oppsigelse, kan arbeidstakers forhold ikke vurderes isolert, men må ses i sammenheng med forhold på arbeidsgiversiden og hva virksomhetens interesser tilsier. [...] Ved vurderingen av om pliktbrudd fra arbeidstakerens side kan danne grunnlag for oppsigelse, vil det kunne være et moment om det er gitt advarsel, hvor det er blitt gjort klart at fortsatt pliktbrudd vil kunne medføre oppsigelse.”

¹⁷ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten* (2007) s.434

¹⁸ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.247

¹⁹ *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave* (2006) s.782

²⁰ Rt. 1956 s.578 (s.580)

²¹ Jakhelln, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (2006) s.116-117

3.3 Momenter i saklighetsvurderingen

Rettspraksis viser, som lovgivning og forarbeider, at advarsel ikke er et absolutt krav for en oppsigelses gyldighet etter aml. § 15-7. Advarsler kan imidlertid være et moment i saklighetsvurderingen. Dette må avgjøres konkret på bakgrunn av de enkelte hendelsesforløp og dets karakter. I det følgende vil enkelte momenter som kan ha betydning for advarslers vekt i saklighetsvurderingen belyses.

Pliktbruddets karakter vil naturlig være et moment i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7, og vil også være avgjørende for om en advarsel skal gis. Hvor arbeidstakers handling eller atferd er av en slik art at vedkommende vet eller burde være klar over at de innebærer mislighold av arbeidsforpliktelsene, er det ikke avgjørende for oppsigelsens saklighet om advarsel er gitt.

Dette følger blant annet av Rt. 1956 s.578. Arbeidstaker ble sagt opp på grunn av egenrådig opptreden i tjenesten. Oppsigelsen ble kjent gyldig, og det ble ikke lagt vekt på at advarsel ikke var gitt. Dette er tilfellet der arbeidstaker vet eller må vite at vedkommende bryter arbeidsavtalen. Retten bemerker at advarsler ikke er nødvendig i alle oppsigelsessaker.

”Jeg vil imidlertid ikke dermed utelukke at det i mange tilfelle vil kunne ha betydning om advarsel er gitt, når man skal ta stilling til om en oppsigelse fyller lovens krav til saklighet; men det er etter min mening ikke grunn til i dette tilfellet å legge avgjørende vekt på dette momentet, så meget mer som jeg etter opplysningene må gå ut fra at [A] i lengre tid hadde vært klar over at bedriftens ledelse var misfornøyd med hans opptreden.”

Tilsvarende resonnement blir lagt til grunn i Rt. 2001 s.1362. Avgjørelsen gjaldt oppsigelse av en adjunkt i den videregående skole. Oppsigelsens grunnlag var manglende samarbeidsevner og illojalitet overfor kolleger og overordnede. Oppsigelsen ble kjent gyldig selv om advarsel ikke var gitt.

”I dette tilfellet dreier det seg imidlertid om så massive, åpenbare og vedvarende pliktbrudd fra [As] side at det etter min mening ikke kan være noe vilkår for gyldig oppsigelse at advarsel er gitt.”²²

Pliktbruddets karakter har en flytende overgang til der arbeidstaker *skjønte eller burde skjønt* at atferden eller handlingen innebar mislighold av arbeidsavtalen. Dette vil være tilfellet der mislighold er regulert i instruks eller reglement. Rt. 1992 s.1023 gjaldt en flykaptein som ble avskjediget etter å ha smuglet alkohol og sigaretter i strid med tollbestemmelsene. Arbeidsgiver hadde på forhånd gitt tydelig uttrykk for at smugling innebar mislighold og hvilke konsekvenser det ville medføre for arbeidstaker. I motsetning til de to foregående eksemplene, hadde arbeidstaker i dette tilfellet fått advarsel forut for misligholdet; i arbeidsinstruks. Arbeidstaker er på denne måten gjort oppmerksom på at mislighold vil få konsekvenser.

”At selskapet på forhånd så klart har sagt fra om hva konsekvensene av smugling kunne bli, tillegger jeg en viss vekt ved vurderingen av hvilke reaksjoner selskapet lovlig kunne bruke. Den ansatte har på denne måten på forhånd fått en advarsel, som kan gjøre det berettiget å se noe strengere også på en engangsovertredelse enn ellers ville være tilfellet.”²³

Avgjørelsen har en tilsvarende vurdering som i Rt. 1956 s.578 og Rt. 2001 s.1362. Der arbeidstaker på forhånd vet konsekvensene av mislighold, er ikke advarsel i etterkant avgjørende for oppsigelsens gyldighet.

Selv i de tilfellene der arbeidstaker bør være klar over sitt mislighold, kan advarsler styrke arbeidsgivers posisjon og bevisstilling i en konflikt om oppsigelse. Dette for å unngå selve konflikten, ikke nødvendigvis for å styrke saklighetsvurderingen. I Rt. 1987 s.562 blir det

²² Rt. 2001 s.1362 (s.1377)

²³ Rt. 1992 s.1023 (s.1026-1027)

ikke lagt avgjørende vekt på at formell advarsel ikke er gitt. Retten påpeker imidlertid at en advarsel kunne bidratt til å unngå konflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og derfor ville vært ønskelig.

”Det hadde vært ønskelig at [A] hadde fått formell advarsel om at han risikerte oppsigelse dersom angitte forhold ikke ble rettet på. Selv om de reaksjoner som etter hvert kom fra de ansatte og styret på [As] arbeidsstil ikke kan sidestilles med formell advarsel, burde de likevel bidratt til å gi [A] en realistisk innsikt i hans lederansvar. [A] måtte være klar over at det i prøvetiden foregikk en løpende vurdering av ham. Jeg finner derfor at det ikke bør legges avgjørende vekt på at [A] ikke først fikk slik formell advarsel.”²⁴

Arbeidsgiver har et ansvar når det gjelder å reagere på uønsket atferd. Hvor arbeidstakers uønskede atferd eller handlinger ikke får konsekvenser, kan de anses *indirekte akseptert*. I NAD 1981 s.41 Stavanger ble oppsigelsen kjent ugyldig. Selv om arbeidstakerne hadde overtrådt personalinstruksen, var forholdet ikke så alvorlig at det oppfylte saklighetsvurderingen etter aml. (1977) § 60 nr.1. Arbeidsgiver burde også på et tidligere tidspunkt grepet inn og reagert på uønsket atferd.

”Selv om det i og for seg er riktig som anført av saksøkte at gyldigheten av en oppsigelse ikke er avhengig av at det på forhånd skal være gitt advarsel, burde hotelledelsen i dette tilfelle hvor man var klar over at det fra saksøkernes side ble foretatt brudd på instruks, ha grepet inn på et tidligere tidspunkt, slik at saksøkerne var blitt minnet om at ledelsen ikke ville tolerere overtredelser.”

Hvor pliktbruddet er av en slik karakter at *misligholdet ikke er åpenbart* for arbeidstaker og vedkommende heller ikke burde innsett dette, viser rettspraksis at advarsler får større betydning. *”Oppsigelse bør ikke komme som en overraskelse på arbeidstakeren, og det er vanskelig å se tungtveiende grunner mot at arbeidsgiveren signaliserer sin holdning i god*

²⁴ Rt. 1987 s.562

tid.”²⁵ Siden oppsigelse og avskjed er alvorlige sanksjoner, bør arbeidstaker få anledning til å innrette seg før arbeidsgiver reagerer med slike tiltak. Dette kommer blant annet frem i Rt. 1971 s.310. Arbeidstaker ble i dette tilfellet avskjediget fordi vedkommende nektet å utføre arbeidsoppdrag på anvist sted. Retten legger vekt på, som et moment i saklighetsvurderingen, at arbeidstaker hadde fått klar advarsel om konsekvensene av ordrenekt.

*”Avskjeden ble begrunnet med at [A] torsdag den 7. desember 1967 nektet å utføre det arbeid han var pålagt, at han deretter forsvant fra arbeidsplassen, og at han heller ikke møtte frem neste morgen, fredag den 8. desember. At [A] forlot arbeidsplassen og heller ikke møtte frem neste dag, er ikke særlige avskjedsgrunner, men må ses i sammenheng med ordrenektelsen og overingeniør [Bs] uttalelse den 7. desember om at kommunen, om [A] fastholdt sin nektelse, ikke lenger kunne ha ham i sin tjeneste. [...] [A] var av ingeniør B gitt klar beskjed om følgen av ordrenektelsen, men han fastholdt nektelsen, tok sine ting og gikk. Han har, så vidt jeg kan forstå, heller ikke fått støtte av sin forening i sitt syn på ordrenektelsen. [...] Den ankende parts anførsler om at avskjeden var åpenbart urimelig, vilkårlig og diskriminerende i forhold til behandlingen av andre ansatte, kan åpenbart ikke føre frem.”*²⁶

Tilsvarende argumentasjon legges til grunn i RG 1994 s.1121. Arbeidstaker visste ikke at arbeidsgiver var misfornøyd med vedkommendes utførelse av arbeidsoppgavene. Da arbeidsgiver ikke hadde gitt advarsel før oppsigelse, hadde vedkommende ikke fått noen sjanse til å endre atferd for å unngå den alvorlige sanksjonen.

”Ved den videre vurdering har retten funnet at det bør legges avgjørende vekt på at [A] ikke fikk noe varsel om at selskapet var misfornøyd med ham før han den 29. juni 1992 fikk beskjed om å slutte som daglig leder av [selskapet]. Inntil dette tidspunktet var [A] selv av den oppfatning at han gjorde en god jobb som direktør i selskapet. Retten bemerker at en

²⁵ Fougner, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave* (2006) s.783

²⁶ Rt. 1971 s.310 (s.313, 315)

oppsigelse er en alvorlig reaksjon som ikke bør gjennomføres uten at det er rimelig sikkert at arbeidstageren ikke vil etterleve de krav som stillingen innebærer. I nærværende sak synes ikke [A] å ha fått noen sjanse til eventuelt å korrigere sin arbeidsform før den reelle oppsigelsen var en faktum den 29. juni 1992.”²⁷

Hvor arbeidstaker ikke innretter seg etter arbeidsgivers instruks, kan det faktum at det er gitt advarsel, bidra til å bevise arbeidstakers mislighold over tid og manglende vilje til å innrette seg. Dette kommer blant annet frem av begrunnelsen i Rt. 2001 s.1362 (s.1377):

”Foruten at en advarsel vil sikre beviset for at det forhold advarselen gjelder, faktisk har funnet sted, og at bedriften har lagt vekt på forholdet, vil det at arbeidstakeren til tross for advarselen har handlet slik han har gjort, vise at arbeidstakeren ikke ønsker å innrette seg, se Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, 4. utgave (2001), side 247 ff.”

Tilsvarende argumentasjon blir lagt til grunn i LE 1997 s.92, der arbeidstaker ble oppsagt på grunn av stadig for sent fremmøte. Retten påpekte at arbeidstaker hadde fått flere både muntlige og skriftlige advarsler, og dette ble vektlagt som et moment i saklighetsvurderingen. Flere advarsler over tid beviser at arbeidstaker ikke ønsker å innrette seg, til tross for oppfordring og trussel om sanksjoner.

”Lagmannsretten finner videre, på bakgrunn av bevisførselen, herunder [As] egen forklaring, at han har mottatt flere muntlige advarsler. I tillegg har han erkjent å ha mottatt de to skriftlige advarslene som er fremlagt i saken. [...] På denne bakgrunn finner lagmannsretten at [A] har fått slike advarsler at han må ha forstått alvoret i situasjonen og konsekvensen av fortsatt for sent fremmøte.”

Ofte vil flere forhold ligge til grunn for en oppsigelse. Det kan være urimelig å påberope eldre forhold som betydningsfulle dersom det ikke finnes dokumentasjon på at det er reagert på forholdene tidligere. Dersom det er flere ulike forhold som har ført til

²⁷ RG 1994 s.1121 (s.1130)

oppsigelse, vil dokumentasjon på at arbeidsgiver har reagert underveis, kunne ha betydning for om oppsigelsen oppfyller saklighetskravet i aml. § 15-7. Advarslene til arbeidstaker vil dokumentere at arbeidsgiver har vektlagt atferden som negativ. Der arbeidsgiver ikke har tatt tak i problemene underveis, kan dette tale for at forholdene ikke har hatt individuell betydning, og blir påberopt bare for å underbygge en oppsigelse.²⁸ Dette illustreres i RG 1950 s.626 Frostating (631):

”Så fremt firmaet virkelig hadde vært så misfornøyd med [As] opptreden, hadde det etter rettens mening vært rimelig at firmaet også hadde gitt uttrykk for dette ved på et tidligere tidspunkt å ha tildelt [A] en advarsel som tydelig ga uttrykk for i hvilke henseender det var misfornøyd med hans fremferd.”

I visse tilfeller kan to eller flere advarsler være gitt for *flere ulike forhold*. Det kan spørres om det er rimelig at disse advarslene kan få større vekt hvis de ses i sammenheng. Mot dette taler arbeidstakers innsikt og forståelse. En advarsel for ett forhold tilsier ikke at arbeidstaker skal forstå at arbeidsgiver også anser et annet forhold som mislighold av arbeidsavtalen. Siden oppsigelse er en alvorlig reaksjon, taler det for at arbeidstaker skal få anledning til å innrette seg i de situasjoner arbeidsgiver reagerer med advarsel.

Hvor arbeidstaker har mottatt opptil flere advarsler, selv om dette er for ulike forhold, taler imidlertid mye for at vedkommende har en kritikkverdig innstilling og respekt for arbeidet og arbeidsplassen. Dette taler for at advarsler for ulike forhold, der disse er tilstrekkelig grove og av et visst antall, bør kunne ses under ett og får en helhetlig betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

3.4 Saklighet

Advarselens saklighet vil kunne være et moment i vurderingen etter aml. § 15-7. For at en advarsel skal ha ønsket effekt, må det stilles krav til saklighet på lik linje med kravet til

²⁸ *ibid.* s.248

saklig grunn for oppsigelse etter aml. § 15-7. En advarsel med et saklig grunnlag vil kunne bidra til at uheldig atferd ikke eskalerer dersom forholdet blir tatt tak i på et tidlig stadium. Dette kan igjen hindre at forholdene utvikler seg til en konflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, som ikke bare vil gå utover de involverte, men som også kan få uheldige ringvirkninger på arbeidsplassen og for bedriftens eller arbeidsgivers omdømme.

Det må også stilles krav til at misligholdet advarselen gis for, er av en viss størrelse og alvorlighetsgrad. For at en advarsel skal tillegges vekt i domstolene, må den gjelde et forhold som er egnet for oppsigelse. Å gi advarsel dersom arbeidstaker kommer 5 minutter for sent på jobb, står ikke i sammenheng med advarselenes trussel om sanksjoner. Dersom arbeidsgiver ”misbruker” advarsler, og gir disse for uvesentlige mislighold, vil advarslene raskt miste sin betydning. En advarsel skal gis der misligholdet er så alvorlig at det ved gjentakelse kan medføre oppsigelse eller avskjed. Uvesentlige mislighold bør få andre reaksjoner og håndteres på en annen måte enn gjennom advarsel. Advarsler skal forbeholdes de mer alvorlige tilfellene.

Dersom en advarsel oppfattes som en trussel eller overstyring fra arbeidsgivers side, kan dette resultere i at advarselen får motsatt effekt, og i stedet for å oppfordre til endring, forsterker den negative atferden. Derfor kan det for arbeidsgiver oppfattes som et dilemma mellom på den ene siden å motivere arbeidstakeren gjennom å gi positive og oppmuntrende tilbakemeldinger, som forsterker mestringsfølelsen, og de juridiske kravene til saklighet og bevisførsel. Advarsler, særlig i skriftlig form, kan meget sterkt signalisere mangler ved arbeidstakerens utførelse av sine oppgaver, og derfor bidra til at vedkommende ikke settes i stand til å utføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte.

I og med at en advarsel bør tydeliggjøre konsekvensene ved fortsatt uønsket atferd, bidrar den til å skape forutberegnelighet i ansettelsesforholdet. En advarsel med saklig grunnlag som begrunner hvorfor arbeidstaker står overfor en trussel om oppsigelse eller avskjed, tydeliggjør hvilke forventninger arbeidsgiver har til arbeidstaker og hva slags atferd som anses uakseptabel på arbeidsplassen. Tydelig kommunikasjon mellom arbeidsgiver og

arbeidstaker bidrar til å unngå konflikt. Det er lettere å komme til enighet der partene er åpne om sine forventninger til hverandre, vel å merke der disse er realistiske. En advarsel vil avdekke forhold det foreligger uenighet om og legge til rette for endring og tilrettelegging.

3.5 Krav om skriftlighet

Et særlig spørsmål er hvilken betydning det har for saklighetsvurderingen i aml. § 15-7 at advarselen er skriftlig. Arbeidsmiljøloven krever ikke at advarsel skal gis. Som nevnt i punkt 3.2 inneholder tjenestemannsloven § 15 en bestemmelse om at advarsel kan avskjediges dersom vedkommende gjentatte ganger har krenket sine tjenesteplikter til tross for advarsel. Bestemmelsen krever at advarselen skal være gitt skriftlig. Som påpekt i punkt 3.2 har § 15 i tjenestemannsloven bare være mer enn et moment til hjelp for tolkningen av saklighetskravet i aml. § 15-7.

NOU 2004:5 foretar en sammenligning av reglene i tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven av 1977 i forhold til avskjed. Arbeidsmiljøloven av 2005 viderefører i all hovedsak bestemmelsene om vern mot usaklig oppsigelse, jf. aml. § 15-7, og reglene om avskjed, jf. aml. § 15-14.²⁹ Lovutvalget mener det bør være harmoni mellom bestemmelsene i de to regelsettene og at bestemmelsen i tjenestemannsloven bør erstattes av arbeidsmiljølovens. ”Utvalget viser til at forslaget ikke vil innebære vesentlige endringer i forhold til gjeldende rett. Vilåårene for avskjed i tjenestemannsloven § 15 nr. 1, jf begrepene « grov uforstand i tjenesten » og « grovt har krenket sine tjenesteplikter » vil etter utvalgets mening dekkes av begrepene « grovt pliktbrudd eller andre vesentlig mislighold av arbeidsavtalen » i arbeidsmiljøloven § 66 nr. 1.”³⁰

Dersom arbeidsgiver ikke er fornøyd med arbeidstakers atferd eller arbeidsprestasjoner, skal arbeidsgiver gi tydelig uttrykk for dette. Dette poengteres i Rt. 1974 s.990.

²⁹ Jakhelln, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (2006) s.116-117

³⁰ NOU 2004:5 s.351

Avgjørelsen omhandler en sjåfør som brøt instruksen for billettering. Til tross for at beløpet det dreide seg om ikke var stort og at vedkommende hadde vært ansatt i virksomheten i lang tid, la retten overveiende vekt på arbeidstakers tillitsbrudd, kombinert med klar instruks og advarsel ved vurderingen av oppsigelsens gyldighet.

”I alle ovennevnte tilfeller har vognfører [A] utvist en utillatelig mangel på korrekt billettering. Styret er overbevist om at dette ikke skyldes uvitenhet. Det vises i denne forbindelse til rundskriv og brev stilet direkte til vognfører Pettersen. [...] Det er for meg avgjørende at Pettersen, etter å ha fått en streng advarsel for de to første episoder ved selskapets styrevedtak meddelt i brevet av 30. August 1986, foretok det etter min mening veldig grove og ikke unnskyldelige brudd på billettinstruksen den 3. Juli 1969.”³¹

Avgjørelsen poengterer at advarsler skal kommuniseres tydelig. Advarselen er i dette tilfellet kommet frem både i rundskriv og brev. Skriftligheten tydeliggjør da budskapet for arbeidstaker, samtidig som arbeidsgiver har dokumentasjon for at advarsel er gitt.

Arbeidsgiver har ansvaret for at advarselen og dens innhold blir tydelig kommunisert til arbeidstaker. I Rt. 2001 s.1362 krever ikke Høyesterett at advarselen skal fremlegges skriftlig, men påpeker at arbeidsgiver har bevisbyrden for at advarsel er gitt og hvilket innhold den var ment å ha. Skriftlig dokumentasjon vil i slike tilfeller åpenbart være en fordel.

”Arbeidsgiveren må også sørge for at advarsel blir gitt på en slik måte at den blir oppfattet av arbeidstakeren. Dersom det er tvil om hvorvidt advarsel er gitt eller om den er oppfattet som advarsel, må arbeidsgiveren ha bevisbyrden.”³²

Agder lagmannsretts dom av 1.april 1997 går nærmere inn på spørsmålet om en advarsels form og innhold. Daglig leder ble sagt opp på grunn av faglig inkompetanse og lite

³¹ Rt. 1974 s.990 (s.995)

³² Rt. 2001 s.1362 (s.1375)

tilfredsstillende samarbeidsevner. Oppsigelsen ble kjent ugyldig, blant annet begrunnet i at advarsel ikke var gitt..

”Når det gjelder spørsmål om form og innhold til en advarsel, viser retten til Fanebust 3. utgave 258. Her fremgår at en advarsel helst bør gis i skriftlig form. Selv om formen ikke er avgjørende, må det stilles visse krav til innholdet av en advarsel. Et minstekrav må være at det går frem av advarselen at arbeidstager vil bli sagt opp eller gitt avskjed dersom forholdene ikke bedrer seg.”

Retten krever at en advarsel minst må formidle hvilken risiko arbeidstaker løper for å bli oppsagt eller avskjediget dersom vedkommende ikke endrer atferd. Det fremgår at skriftlighet er en fordel, men ikke avgjørende. Retten vektlegger videre at arbeidsgiver bør være tydelig og dokumentere advarsler skriftlig:

”[...] krav på at en advarsel blir synliggjort i klar tekst eller på annen måte, slik at det ikke er tvilsomt om det foreligger en advarsel.”

Om det er gitt advarsel eller ikke vil kunne tillegges vekt i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Bevisbyrden for at advarsel er gitt tillegges arbeidsgiver. Dette kan begrunnes i at arbeidsgiver er den sterkeste part i et arbeidsforhold, med tilgang på de største ressursene.

”Under enhver omstendighet er det også her klart at bevisbyrden for at det er gitt tilstrekkelig advarsel, påhviler arbeidsgiveren. Rettens konklusjon er at den feil som bedriften har begått ved ikke å gi en klar advarsel, må tillegges vesentlig vekt ved vurderingen av om oppsigelsen kan sies å være saklig.”³³

Av rettspraksis og teori går det frem at det ikke er direkte avgjørende for en oppsigelses gyldighet om en advarsel er gitt skriftlig.³⁴ En skriftlig advarsel er imidlertid lettere å

³³ Agder lagmannsretts dom av 1. april 2007

³⁴ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.252

dokumentere dersom dette skulle bli nødvendig i en konflikt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Skriftformen bidrar til å formalisere advarselen og understreke forholdets alvorlighetsgrad.

I hvilken utstrekning en advarsel skal gis i skriftlig form avhenger av innholdets alvorlighetsgrad. Mindre alvorlige tilfeller kan med fordel tas opp muntlig, da skriftlighet er egnet til å gi forholdet et mer alvorsfullt preg.³⁵ Dette kan igjen bidra til å skape konflikt der forholdet heller burde vært tonet ned.

Juridisk teori ser ut til å stille større krav til innholdet av en advarsel enn at advarselen er skriftlig. Et minstekrav må være at arbeidsgiver tydeliggjør at arbeidstaker risikerer oppsigelse eller avskjed dersom forholdene ikke bedrer seg. Dersom sanksjonene ikke fremgår, vil ”advarselen” i større grad ha betydning som oppklaring eller pålegg.³⁶ Den vil da ha mindre betydning i forbindelse med gyldighetsspørsmålet etter aml. § 15-7 i forhold til oppsigelse.

I arbeidsforholdet er et av de viktigste momentene som taler for skriftlig advarsel, at budskapet skal nå frem til arbeidstaker, slik at vedkommende har en sjanse til å endre atferd og unngå oppsigelse eller avskjed. Fra et juridisk synspunkt er notoritetshensynet en annen viktig grunn til at en advarsel skal formaliseres. Når arbeidsgiver gir en skriftlig advarsel, vil den kunne bidra til å dokumentere at forholdene har funnet sted, dersom det er nødvendig å påvise ved en konflikt i forbindelse med oppsigelse.

Hvor arbeidstaker har gjort seg skyldig i flere mislighold over tid, og arbeidstaker har tatt tak i problematikken på et tidlig stadium i form av advarsel, vil advarslene ikke bare fungere som bevis, men også dokumentere at arbeidsgiver har vektlagt forholdene som negative. Flere advarsler rundt samme tema er egnet til å vise at arbeidsgiver har vektlagt

³⁵ I.c.

³⁶ Fanebust, op. cit. s.253

misligholdet og at eldre hendelser ikke bare blir gravd frem for å ha tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse.³⁷

At en advarsel formaliseres understreker alvorlighetsgraden for arbeidstaker. Dersom en advarsel ikke er egnet til å påpeke hvilke forhold arbeidsgiver er misfornøyd med og hvilke konsekvenser fortsatt mislighold vil medføre, har advarselen liten praktisk verdi. Advarselens innhold og formål må komme tydelig frem.

Det er følgelig advarselens innhold som har størst relevans. Advarselen skal først og fremst tjene som en oppfordring til å endre atferd. Det er først der advarselen ikke etterleves den får betydning som bevismateriale hvis det skulle oppstå en tvist mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Hvor arbeidsgiver utferdiger en skriftlig advarsel, vil vedkommende ha mer tid og ro til å tenke over innholdet og formulere advarselen riktig, enn hvor advarselen skal fremføres for arbeidsgiver muntlig. Det er også større sannsynlighet for å ende opp i diskusjoner der en advarsel bare fremlegges muntlig. Muntlighet er imidlertid viktig fordi den tosidige dialogen, i større grad enn ensidig bruk av skriftlighet, kan bidra til å oppklare misforståelser og forsikre at budskapet er forstått. Den skriftlige advarselen skal deretter bidra til å formidle budskapet på en tydelig måte.

En skriftlig advarsel skal være saklig og kun ta opp forhold av betydning i den aktuelle saken. Det skal ikke oppstå tvil om hvilke endringer arbeidsgiver ønsker å se hos arbeidstaker og heller ikke være tvilsomt hvilke konsekvenser det vil ha om arbeidsgiver unnlater å endre atferd.

Om det er gitt advarsel vil, som påpekt tidligere, kunne ha betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Bevisbyrden for at advarsel er gitt påhviler arbeidsgiver.³⁸ At arbeidsgiver unnlater å gi skriftlig advarsel kan derfor svekke både bevis- og saklighetsvurderingen.

³⁷ *ibid.* s.248

³⁸ Agder lagmannsretts dom av 1. april 2007

4 Oppfølging

4.1 Hva menes med oppfølging av arbeidstaker?

Som sagt innledningsvis, er den uformelle oppfølgingen den daglige dialogen og ”mentorvirksomheten” som arbeidsgiver og kolleger påtar seg overfor en arbeidstaker. Formell oppfølging kan skje på flere måter. Ett eksempel er medarbeidersamtaler. ”*En medarbeidersamtale er en planlagt, forberedt, strukturert og fortrolig arbeids- og utviklingssamtale mellom medarbeider og nærmeste leder.*”³⁹ Hensikten med en medarbeidersamtale er å sikre at arbeidstaker bidrar til å nå fastsatte mål og å skape trygghet, åpenhet og tillit i arbeidsforholdet. Som regel inneholder en medarbeidersamtale følgende hovedpunkter: fastsettelse av mål og arbeidsoppgaver, kartlegge opplærings- og utviklingsbehov og å evaluere samarbeidet mellom arbeidstaker og leder, og arbeidstaker og kolleger.

Oppfølging og veiledning kan videre skje gjennom rutinebeskrivelser. På en arbeidsplass kan det være faste rutiner som skal følges i forbindelse med spesifikke arbeidsoppgaver. Eksempelvis kan rutinebeskrivelser regulere bestilling av varer, hygiene og renhold, og lignende. Rutinebeskrivelsen kan enten være en beskrivelse av innholdet i oppgaven eller dokumentasjon på at oppgaven er utført.

Oppfølging av arbeidstaker skjer også gjennom opplæring og kurs. Denne typen oppfølging må ikke nødvendigvis skje bare ved begynnelsen av et arbeidsforhold. Avhengig av stillingens innhold og arbeidstakers evner, må arbeidsgiver vurdere i hvilket omfang slike tiltak er nødvendige.

Det er i de senere år blitt stadig viktigere å ha en struktur på oppfølging av arbeidstaker i forhold nevnt ovenfor, både for å stille sterkere i konkurransen om de beste medarbeiderne og for å styrke bedriftens kompetanse- og prestasjonsnivå.

³⁹ Vox (2006) s.1

”[K]onkurransen om arbeidskraft med den kompetanse bedriftene trenger [blir] hardere. Utvikling og forvaltning av bedriftens egen kompetanse blir derfor stadig viktigere. For å få til dette er bedriftene avhengig av et system som holder oversikt over krav som stilles til kompetanse og hvem som innehar den aktuelle kompetansen.”⁴⁰

4.2 Er oppfølging av arbeidstaker et vilkår for saklig oppsigelse?

Aml. § 15-7 hjemler ikke noe konkret krav om at arbeidsgiver må ha fulgt opp arbeidstaker gjennom arbeidsforholdet for at en oppsigelse skal ha saklig grunn. Aml. § 4-2 hjemler imidlertid krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling. Det er særlig bestemmelsens annet ledd som har betydning for denne avhandlingen. Bestemmelsen viderefører aml. (1977) § 12 nr. 2, men er mer detaljert og presist utformet enn tidligere.⁴¹

Arbeidsgiver skal legge til rette for faglig og personlig utvikling for sine arbeidstakere og arbeidet skal ”organiseres og tilrettelegges under hensyn til den enkelte arbeidstakers arbeidsevne, kyndighet, alder og øvrige forutsetninger”, jf. aml. § 4-2 2.ledd litra b. Der det skjer endringer som berører arbeidstakers arbeidssituasjon, skal vedkommende få tilstrekkelig informasjon og opplæring for å mestre arbeidet, jf. aml. § 4-2 2.ledd litra e. Ser man bestemmelsens annet ledd, litra b og e i sammenheng, krever arbeidsmiljøloven at arbeidstaker skal få tilstrekkelig opplæring og veiledning for å mestre arbeidet. Har ikke arbeidsgiver tilrettelagt for opplæring og veiledning, vil dette kunne ha betydning for saklighetsvurderingen i forbindelse med oppsigelse etter aml. § 15-7. Aml. § 4-2 er dynamisk, i den forstand at tilrettelegging ikke bare er aktuelt under utformingen av stillingsinnholdet, men også ”på arbeidsformer som er i bruk”.⁴²

Tilretteleggingen og opplæringen må tilpasses stillingen og den enkelte arbeidstaker. Hva slags opplæring og veiledning arbeidstaker trenger vil variere både ut fra personlige egenskaper og hvilke arbeidsoppgaver stillingen innebærer. Veiledning underveis i

⁴⁰ Øygarden / Mintra as

⁴¹ Jakhelln, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (2006) s.47

⁴² Fougner, *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave* (2006) s.210

arbeidsforholdet kan være alt fra kurs til medarbeidersamtaler. Momentene i aml. § 4-2 taler for at grunnlaget for en oppsigelse er usaklig, jf. aml. § 15-7, dersom arbeidsgiver ikke har fulgt opp arbeidstaker tilstrekkelig og lagt til rette for at vedkommende skal mestre arbeidsoppgavene.

NOU 2004:5 presiserer ikke kravet i aml. § 4-2 særlig. Det uttales på side 540: ”*Formålet er å styrke arbeidsgivers plikt til å sikre arbeidstakerne med hensyn til medvirkning i omstillingsprosesser, medbestemmelse i utformingen av eget arbeid og den nødvendige kompetanseutvikling for ikke å falle ut av arbeidslivet.*” Hensynet bak bestemmelsen er følgelig at arbeidsgiver plikter å legge til rette for arbeidstakers mestring. Av interesse for denne avhandlingen er særlig hensynet til medbestemmelse og kompetanseutvikling. Noen konkret veiledning for hvordan bestemmelsen skal forstås, gis imidlertid ikke.

Det finnes få uttalelser i forarbeider og rettspraksis om arbeidsgivers plikt til å følge opp arbeidstaker utover opplæring, men det finnes en del uttalelser i forbindelse med ansettelse i prøvetid og under opplæring.⁴³ Ansettelse i prøvetid blir regulert i aml. § 15-6. Terskelen for å bli oppsagt etter aml. § 15-6 er lavere enn etter aml. § 15-7. I begge tilfeller foreligger imidlertid et oppsigelsesvern; en oppsigelse må være saklig begrunnet. Fordi situasjonene i prøvetid og fast ansettelse i stor utstrekning vil være sammenfallende, vil momenter i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-6 ha en viss betydning som sammenligning også for aml. § 15-7. Uttalelser i forarbeider og rettspraksis om oppsigelse i prøvetid vil følgelig ha interesse også for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

I Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) (s.163) uttaler lovutvalget seg om hvilke forventninger arbeidsgiver kan ha til arbeidstaker. Uttalelsene gjelder oppsigelse i prøvetid. Arbeidsgiver kan ikke forvente en plettfri ytelse fra arbeidstaker begynner i stillingen. De krav arbeidsgiver stiller til arbeidstaker må stå i forhold til den opplæring og veiledning vedkommende har fått.

⁴³ F.eks. Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) og Rt.1983 s.537

”Arbeidsgiver kan ikke forvente noen idealytelse fra arbeidstaker i prøvetiden, men må kunne kreve at arbeidsytelsen ligger på et gjennomsnittlig nivå. [...] En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne stille slike krav, er at arbeidstaker har fått den veiledning eller opplæring i utførelsen av arbeidsoppgavene som anses nødvendig overfor en nytilsatt. Arbeidstaker må få en relevant tilbakemelding på eventuelle feil, slik at vedkommende har en mulighet til å korrigere sin utførelse av arbeidet. En oppsigelse skal således ikke kunne komme som en overraskelse på arbeidstaker.”

Arbeidsgiver må altså forvente og tolerere at arbeidsprestasjonene ligger noe under det normale. Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at vedkommende har fått tilbakemelding, veiledning og således mulighet til å tilpasse seg arbeidsgivers krav.

Aml. § 4-2 hjemler krav til tilrettelegging, medvirkning og utvikling. Arbeidsgiver har følgelig et ansvar for at arbeidstaker skal ha mulighet til å mestre arbeidsoppgavene, både ved tilrettelegging på selve arbeidsplassen, og gjennom veiledning og opplæring. Der arbeidsgiver ser at arbeidstaker ikke mestrer arbeidsoppgavene på tilfredsstillende måte, må det vurderes om arbeidstaker har fått tilstrekkelig opplæring og veiledning før vedkommende blir ansett uegnet for stillingen. Det vil følgelig få betydning for saklighetsvurderingen i aml. § 15-7, om kravene i aml. § 4-2 anses tilstrekkelig oppfylt. Vurderingen må imidlertid foretas etter en konkret avveining i det enkelte tilfelle, og kan ikke anses som et absolutt krav for en oppsigelses gyldighet.

Det er lagt til grunn også i rettspraksis, at en oppsigelse kan kjennes ugyldig der arbeidsgiver ikke har gitt arbeidstaker tilstrekkelig instruksjon og veiledning. Den rettspraksis som finnes på området omhandler i stor grad oppsigelse i prøvetid. Bakgrunnen for å ansette noen i prøvetid er blant annet for å vurdere om vedkommende egner seg for stillingen. Arbeidstaker er i de fleste tilfeller avhengig av opplæring for å tilpasse seg arbeidet. Arbeidsgiver har derfor et ansvar for å legge til rette for at arbeidstaker kan mestre oppgavene.

Også der arbeidstaker er fast ansatt kan vedkommende ha behov for opplæring og veiledning. Selv om sakene i stor grad omhandler oppsigelse i prøvetid, peker retten på noen poeng som også gjelder for arbeidsgivere med fast ansatte arbeidstakere.

I Rt. 1983 s.537 ble arbeidstaker tilkjent erstatning blant annet fordi arbeidsgiver ikke hadde gitt tilstrekkelig opplæring. Vedkommende var kranførerlærling og ble etter få uker i bedriften sagt opp på bakgrunn av at arbeidsforholdet ikke utviklet seg tilfredsstillende. Retten mente arbeidstaker ikke hadde fått tilstrekkelig opplæring for å mestre arbeidsoppgavene han ble satt til.

”Han hadde bare fått opplæring og instruksjon de to første dager og var deretter tildelt selvstendige oppdrag som han skulle utføre uten noen form for instruksjon eller bistand. Det han måtte ha fått av instruksjon etter de to første dager, må ha vært sporadisk og tilfeldig. [...]Det kan ikke legges til grunn at [A] har vist manglende vilje til å følge instruksjoner han har fått. Etter de foreliggende forklaringer kan det heller ikke legges til grunn at oppsigelsen hadde sitt grunnlag i at han ikke var villig til å følge instruksjoner. Det var etter mitt syn verken grunnlag for å bygge på at [A] manglet de evner som var nødvendige for å bli en brukbar kranfører, eller på at han hadde vist en slik innstilling til arbeidet at han ville bli en sikkerhetsrisiko i fremtiden.”⁴⁴

Retten legger her vekt på både arbeidsgivers manglende opplæring og tilrettelegging, og arbeidstakers evner og vilje i saklighetsvurderingen. Arbeidsgiver hadde ikke gitt arbeidstaker den opplæringen og veiledningen vedkommende trengte for å utføre arbeidet. Da dette dreier seg om arbeid med en viss risiko, har arbeidsgiver et ekstra ansvar.

NAD 1986 s.286 Stavanger gjaldt en arbeidstaker i fast ansettelse. Vedkommende hadde ikke fått tilfredsstillende opplæring og arbeidsgiver var mye borte slik at arbeidstaker heller ikke fikk tilstrekkelig veiledning. Retten fant avskjeden urettmessig.

⁴⁴ Rt. 1983 s.537 (s.541)

Retten bemerker i ARD 1981 s.253 at arbeidstaker til en viss grad selv må ta ansvar i et arbeidsforhold. I dette tilfellet fant retten at arbeidstaker syntes å ha fått tilstrekkelig veiledning. Dette gjaldt en stilling som krevde en stor grad av selvstendighet. At arbeidstaker selv må vise initiativ til rettleiding må derfor nyanseres ut fra stillingsbeskrivelsen.

Både lovgivning og rettspraksis slår fast at arbeidsgiver har et krav til arbeidsgiver om oppfølging av arbeidstaker. I hvilken grad slik oppfølging, eller mangel på oppfølging, vil ha betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7, må imidlertid vurderes konkret.

4.3 Momenter i saklighetsvurderingen

Oppfølging av arbeidstaker kan, på lik linje som advarsler, være et moment i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. I hvilken grad oppfølging er avgjørende for en oppsigelses gyldighet, må avgjøres konkret. I det følgende vil enkelte momenter som typisk vil ha betydning for oppfølgingens vekt i saklighetsvurderingen belyses.

Oppfølging av arbeidstaker kan, som påpekt tidligere, ha mange former og arte seg forskjellig avhengig av stillingstype og arbeidstakers evner og erfaring. For stillinger som er rutinepreget, vil opplæring være avgjørende for arbeidstakers mestring av arbeidsoppgavene. En renholdsassistent vil typisk gjennomgå en periode med tett oppfølging og opplæring i begynnelsen av sin ansettelsesperiode. En konkret opplæring vil ikke passe for alle typer stillinger. En konsulent eller advokatfullmektig kan ikke lære alle metoder og teknikker i løpet av en gitt tid etter ansettelse. Her vil opplæringen i større grad skje ved veiledning over tid. I rettspraksis finnes mange eksempler på opplæring som et moment i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.⁴⁵ Disse avgjørelsene er ikke like representative for ansettelser i typiske ”kunnskapsbedrifter”, men dette tilsier ikke at opplæring, og kanskje i større grad veiledning, er mindre viktig for arbeidstakere i denne typen bedrifter.

⁴⁵ F.eks. Rt. 1983 s.537 og NAD 1986 s.286 Stavanger

I de stillingene dette vil være naturlig, legger domstolene betydelig vekt på at *tilstrekkelig opplæring* er gitt når oppsigelsens gyldighet skal vurderes etter aml. § 15-7. Rettspraksis viser at der arbeidsgiver har unnlatt å gi tilstrekkelig og forsvarlig opplæring, vil dette kunne tale i disfavør av en oppsigelses saklighet. Dette kommer blant annet frem i Rt. 1983 s.537, sitert over. Opplæringen av arbeidstaker hadde tilfredsstilt et minimum, og videre oppfølging hadde kun vært ”*sporadisk og tilfeldig*”.

Det blir påpekt i en artikkel i Ledernett at arbeidsgiver har en plikt til å veilede og gi tilbakemelding til arbeidstaker ansatt i prøvetid. Omfanget vil variere med stillingstype og arbeidsgivers erfaring. Dersom arbeidsgiver ikke gir tilfredsstillende oppfølging, kan det være vanskelig å si opp den prøvetidsansatte. Manglende dokumentasjon kan medføre at oppsigelsen ikke tilfredsstiller kravene arbeidsmiljøloven stiller. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at nødvendig oppfølging og opplæring er gitt.⁴⁶

Uansett om arbeidstaker er ansatt på prøve eller i fast stilling, vil vedkommende i større eller mindre grad ha behov for veiledning, avhengig av stilling og erfaring. Momentene fra artikkelen bør derfor ha tilsvarende betydning for arbeidstaker ansatt i fast stilling, se punkt 4.2. Over tid vil det imidlertid være naturlig at arbeidstaker tilpasser seg stillingen og ikke har samme behov for opplæring.

I hvilken grad arbeidsgiver bør gi arbeidstaker *oppfølging* i form av veiledning, kurs, medarbeidersamtaler og lignende, utover den opplæring som blir tilbudt ved begynnelsen av arbeidsforholdet, vil avhenge både av arbeidstakers erfaring og prestasjoner, samt stillingens karakter. Oppfølging utover opplæring vil ikke bare ha betydning for arbeidstakers mestring av arbeidsoppgavene, men også forhold som gjelder arbeidsreglement og hvilke krav som stilles til generell atferd. Arbeidsgivers oppfølging kan deles i to hovedmomenter; krav til oppfølging i forhold til arbeidstakers forutsetning for å mestre arbeidet, og oppfølging og veiledning knyttet til arbeidsbestemmelser og

⁴⁶ Compendia for Ledernett (2008)

instrukser av mer generell karakter. Det siste er i stor grad knyttet til samarbeid, holdninger og atferd.

I forbindelse med oppfølging av *arbeidstakers mestring*, vil stillinger som hovedsakelig består av rutinearbeid og liten frihet til kreativitet hos arbeidstakeren selv, åpner for større kontroll fra arbeidsgivers side. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller i stor grad ha innvirkning på hvordan arbeidet utføres. Hvor arbeidstaker har liten erfaring fra lignende arbeid, vil veiledning også være viktigere enn for en rutinert medarbeider.

Arbeidsgiver har mindre påvirkning på arbeidstakers utførelse av arbeidet hvis det kreves stor grad av kreativitet eller der sluttresultatet er det viktigste. Behovet for veiledning fra arbeidsgiver vil gjerne arte seg annerledes her, og kanskje ikke være like fremtredende. Der arbeidstaker er ny i stillingen, vil opplæring og veiledning være rimelig, uansett stillingstype. Selv om oppfølging av arbeidstaker ikke er like avgjørende for at vedkommende skal mestre arbeidet i alle typer stillinger, kan oppfølging være viktig som en motivasjonsfaktor og for å oppklare uklarheter.

I Rt. 1983 s.537 hadde arbeidstaker, til tross for særdeles lite opplæring, ”*ikke vist manglende vilje til å følge instruksjoner*” og manglet heller ikke ”*de evner som var nødvendige*”. Alt lå derfor til rette for at arbeidstaker skulle kunne mestre arbeidsoppgavene. Mangelen lå på arbeidsgivers lite tilfredsstillende opplæring og oppfølging.

Også NAD 1981-83 s.143 Bergen illustrerer at domstolene legger vekt på om arbeidstaker har fått tilpasset oppfølging. I dette tilfellet ble oppsigelsen av en journalist i Gula Tidend kjent ugyldig. Arbeidsgiver hadde i dette tilfellet ikke gitt tilstrekkelig veiledning til arbeidstaker, noe som førte til sviktende arbeidsprestasjoner.

”Retten vil understreke at den legger forholdsvis stor vekt på manglende rettledning. En arbeidstaker må ha krav på en viss rettledning, og dette må i alle tilfeller gjelde en som ikke i utgangspunktet er faglig velkvalifisert.”

Avgjørelsen peker på at særlig der arbeidstaker ikke er faglig velkvalifisert, gjelder et krav om rettledning. Det må imidlertid kunne leses ut av avgjørelsen at også der arbeidstaker innehar en viss kompetanse eller erfaring, er behovet for veiledning likevel tilstede, om enn ikke i like stor grad.

Arbeidstaker bør også selv ha et ansvar dersom vedkommende føler han eller hun ikke mestrer arbeidsoppgavene. Dette kommer blant annet frem i ARD 1981 s.253, se over. Det er imidlertid rimelig at arbeidstakers ansvarsgrad varierer med type stilling. En stilling med mye selvstendighet og ansvar innebærer at arbeidstaker i større grad må ta ansvar for egen mestring. I alle tilfelle bør arbeidsgiver være tilgjengelig dersom arbeidstaker føler behov for oppfølging.

Dersom stillingskravene ikke er klart definert, kan det stilles strengere krav til instruksjon og veiledning.⁴⁷ Er ikke slik veiledning gitt, kan dette tale i arbeidsgivers disfavør i saklighetsvurderingen av en oppsigelse etter aml. § 15-7. Selv om arbeidstakers innsats ikke holder mål i forhold til arbeidstakers krav, er ikke dette tilstrekkelig for en oppsigelses gyldighet dersom arbeidstaker ikke har fått slik opplæring og veiledning som man med rimelighet kan forvente. Dette må imidlertid ha hatt betydning for utviklingen av arbeidsforholdet.⁴⁸

Juridisk teori presiserer, på bakgrunn av lovgivning og rettspraksis, at det er å forvente at arbeidsgiver holder arbeidstaker orientert om hvordan vedkommendes arbeidsinnsats blir vurdert.⁴⁹ Det er rimelig at arbeidstaker i den forbindelse får veiledning dersom

⁴⁷ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.227.

⁴⁸ I.c.

⁴⁹ F.eks. Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.226

arbeidsoppgaver ikke blir utført tilfredsstillende, eller arbeidsgiver har annet å utsette på arbeidstaker. Juridisk teori legger særlig vekt på at arbeidstaker trenger ekstra opplæring og veiledning i prøvetiden.

Eksempler fra rettspraksis viser at manglende oppfølging fra arbeidsgivers side tillegges relativt stor vekt i saklighetsvurderingen, også når det kommer til *tillat atferd på arbeidsplassen*. I NAD 1981 s.41 Stavanger, sitert i punkt 3.3, ble oppsigelsen kjent ugyldig. I tillegg til manglende advarsel, bemerker retten at også den løpende oppfølgingen av arbeidstakerne har vært mangelfull.

Det synes også å ha vært adskillig svikt i kommunikasjonene mellom ledelsen og de ansatte når det gjelder personalets plikter og rettigheter. Således foreligger det, så vidt retten kjenner til, ikke i noen utstrekning referater fra de personalmøter som skal være holdt i den tiden saksøkerne var ansatt ved hotellet. Det synes også som om tillittsmannsapparatet heller ikke har fungert tilfredsstillende når det gjelder den del av bedriften som har tilknytning til nærværende sak.”

I denne avgjørelsen ble det vektlagt at en stor del av oppfølgingen fra arbeidsgiver hadde sviktet, og at arbeidstakerne dermed ikke hadde klare oppfatninger om sine rettigheter og plikter, noe som førte til overtredelse av arbeidsreglementet.

Veiledning av arbeidstaker kan virke *tid- og ressurskrevende* for arbeidsgiver. I NAD 1981-83 s.143 Bergen, sitert over, vant arbeidsgiver ikke frem med at bedriften manglet kapasitet til å veilede arbeidstaker, da dette må være arbeidsgivers ansvar. Det er imidlertid rimelig at arbeidsgivers ressursbruk veies mot den gevinst innsatsen har for arbeidstakers prestasjoner, dvs. at oppfølgingen har en effekt både i forhold til arbeidstakers mestring og holdninger og kjennskap til forventet atferd.

Det vil også ha betydning for en oppsigelses saklighet om arbeidstaker ikke viser *vilje* til å gjennomføre arbeidsoppgavene tilfredsstillende, til tross for oppfølging og tilrettelegging

fra arbeidsgivers side. Dersom arbeidstaker ikke innretter seg og tar til seg den oppfølging arbeidsgiver tilbyr, er arbeidstaker selv å klandre. Det kan naturligvis ikke forventes av arbeidsgiver at vedkommende kan gjøre noe med arbeidstakers vilje til å følge veiledning og utføre arbeidet tilfredsstillende.

I LB 2006.73693 ble en oppsigelse ansett i overensstemmelse med aml. (1977) § 63. Arbeidstakeren hadde utvist manglende pålitelighet og kvalitet på arbeidet, og vedkommende hadde i liten grad klart å tilpasse seg. Arbeidstaker hadde gitt veiledning og fulgt opp arbeidstaker i medarbeidersamtaler. Avgjørelsen viser til uttalelsene i Ot.prp. nr. 50 (1993-1994), se punkt 4.2, og presiserer at arbeidsgiver til en viss grad har ansvar for arbeidstakers prestasjoner.

”Ved bedømmelsen av hva som er relevant tilbakemelding og forsvarlig opplæring, må det blant annet tas hensyn til den erfaring arbeidstakeren har fra tidligere [...]Terskelen for å si opp en arbeidstaker er generelt høy, og arbeidsgiver må derfor påvise gode grunner for oppsigelsen.”

4.4 Krav om skriftlighet

Et særlig spørsmål er hvilken betydning det har for saklighetsvurderingen i aml. § 15-7 at oppfølgingen av arbeidstaker er skriftlig. Det finnes ingen konkret bestemmelse i arbeidsmiljøloven om at arbeidstaker skal følge opp arbeidstaker. Aml. § 4-2, som ble nevnt i pkt. 4.2, gir imidlertid noen føringer for i hvilken grad arbeidstaker kan forvente tilrettelegging, medvirkning og utvikling på arbeidsplassen. Bestemmelsen sier ingenting om skriftlighet. Det er følgelig ikke hjemlet et skriftlighetskrav i forbindelse med oppfølging i arbeidsmiljøloven.

Heller ikke i forarbeidene til arbeidsmiljøloven blir skriftlighet i forhold til oppfølging av arbeidstaker omtalt konkret. Skriftlighet blir nevnt generelt i forbindelse med selve oppsigelsen og bestemmelsene i aml. §§ 15-8 til 15-10.

Det mangler dessuten gode eksempler fra rettspraksis på at oppfølging av arbeidstaker bør ha skriftlig dokumentasjon i forbindelse med saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

Eksemplene fra rettspraksis viser til en viss grad at skriftlig formalisering av arbeidstakers plikter til en viss grad kan ha betydning som et moment for en oppsigelses saklighet.

I RG 1961 s.262 Oslo er dommen så svakt formulert at vektleggelsen av skriftlighet ikke kommer tydelig frem. Det kan imidlertid synes som om retten mener skriftlig instruks burde vært gitt.⁵⁰ Det heter i dommen at ”*instruks for verksmesteren eller de arbeidende formenn har ikke vært fremlagt for retten*”. Det er naturlig å tolke denne uttalelsen som at det ikke er fremlagt en skriftlig instruks for retten.

I LARD 1979 s.178 Kristiansand ble det påpekt at visse elementer i avtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker var uklare og kunne unnskyldes fordi de ikke var satt opp skriftlig. Det kunne dermed ikke konstateres ”*bevisst mislighold*” fra arbeidstakers side. Det var derfor ikke grunnlag for avskjed, men arbeidstaker kunne sies opp.

Rettspraksis viser at skriftlig dokumentasjon på oppfølging vil kunne legges til grunn som et moment for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7 i en oppsigelsessak. Det er imidlertid særlig reelle hensyn som taler for hensiktsmessigheten av skriftlighet i forbindelse med en oppsigelses gyldighet. Blir all oppfølging av arbeidstaker nedtegnet skriftlig og arkivert, vil dokumentene vise hvordan oppfølgingen har foregått over tid. Dette vil kunne avdekke om arbeidstaker har fått tilstrekkelig oppfølging ut fra vedkommendes behov. Det vil også kunne tjene som bevis for arbeidstakers utvikling og i hvilken grad vedkommende har tilpasset seg arbeidet.

Hvor arbeidsgiver ikke har vært påpasselig med å gi tydelig instruksjon til arbeidstaker, vil ansvaret som regel ligge hos arbeidsgiver. Dette følger av rettspraksis og teori gjengitt ovenfor. Arbeidsgiver har et særlig ansvar for at stillingsbeskrivelsen og de krav som stilles

⁵⁰ Fanebust, *Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s.227

til arbeidstaker blir tydelig kommunisert. At slike instruksjoner blir satt opp skriftlig har store fordeler. Dette understrekes også i LARD 1979.178 Kristiansand, se over.

Krav til formalisert veiledning og oppfølging av arbeidstaker er kanskje mest aktuelt for underordnet arbeidstaker og i arbeidsforhold hvor arbeidsgiver har stor grad av styringsrett. Arbeidstakere i mer selvstendige stillinger vil i større grad måtte definere sine egne plikter. Det kan heller ikke stilles samme krav til formalisert oppfølging der arbeidstaker bør skjønne at arbeidsgiver ville reagere på forholdene.⁵¹

Det må stilles krav til at veiledning og oppfølging må gjøres tilstrekkelig kjent for arbeidstaker. ”At arbeidspliktene er avklart og formalisert, vil være et vesentlig moment ved saklighetsvurderingen”.⁵² Overtredelse av arbeidsavtale og instruks vil i midlertidig ikke alltid være tilstrekkelig for at en oppsigelse kan sies å ha saklig grunn etter aml. § 15-7. Dersom handlingene tidligere har vært tolerert, er det naturlig at arbeidsgiver først reagerer med advarsel.⁵³

At oppfølgingen av arbeidstaker blir dokumentert skriftlig vil skape klarhet og forutberegnelighet. Skriftlig oppfølging bør imidlertid ikke erstatte muntlig kommunikasjon mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Eksempelvis bør en medarbeidersamtale foregå muntlig. Der arbeidsgiver og arbeidstaker utarbeider et skriftlig referat eller protokoll, vil enighet om innhold forebygge uenighet og konflikt. Samtidig vil det dokumentere hva partene har diskutert og kunne fremlegges som bevis ved en eventuell senere uenighet.

Skriftlig dokumentasjon vil i tillegg i betydelig grad styrke bevisføringen. Det er av naturlige årsaker lettere å bevise et forhold som kan dokumenteres skriftlig, enn der man bare har muntlige påstander.

⁵¹ ibid. s.228

⁵² ibid. s.229

⁵³ l.c.

5 Avslutning – de lege lata

Drøftelsen i punkt 3 og 4 viser at tilbakemelding til arbeidstaker i form av oppfølging og advarsler ikke er et absolutt krav for at en oppsigelse skal være gyldig etter aml. § 15-7. I hvilken grad tilbakemelding er gitt, kan imidlertid ha betydning for saklighetsvurderingen av oppsigelsen. Arbeidsgivers styringsrett i forhold til å lede, organisere og kontrollere arbeidet, øker med graden av tydeliggjøring av hva som forventes av arbeidstaker i stillingen. ”Når vilkårene for oppsigelse skal fastsettes og anvendes, må arbeidstakers behov for stillingsvern avveies mot de motstående interesser på virksomhetssiden. At styringsretten bør ligge hos arbeidsgiver, blir gjerne anført som en slik motstående interesse.”⁵⁴

Den oppfølging arbeidstaker får fra arbeidsgiver skal bidra til at vedkommende opprettholder eller forbedrer sitt prestasjonsnivå. Samtidig vil arbeidsgiver gjennom oppfølging ha en stor påvirkningsmulighet og styrke sin innflytelse. Gjennom advarsler får arbeidstaker en oppfordring om å endre atferd for å beholde stillingen, og den er et tydelig signal om hva arbeidsgiver forventer av arbeidstaker. Et element i arbeidsgivers styringsrett er nettopp å definere hva slags atferd som ikke tolereres på arbeidsplassen.

Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er, som nevnt i punkt 1.1, hvilken betydning tilbakemeldinger gjennom ansettelsesforholdet har for en oppsigelses gyldighet, sett i forhold til saklighetskravet i aml. § 15-7. Det bør kunne konkluderes med følgende på de tre sentrale spørsmålene i punkt 1.1:

Det første spørsmålet er hvilken betydning har arbeidsgivers oppfølging av arbeidstaker gjennom arbeidsforholdet for saklighetskravet i aml. § 15-7. Arbeidsgiver har et ansvar for å tydeliggjøre hvilke krav som stilles til arbeidstaker og å legge til rette for at vedkommende mestrer sine arbeidsoppgaver. Dersom arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad

⁵⁴ Fanebust, op. cit. s.55

følger opp arbeidstaker, kan arbeidsgiver i mindre utstrekning påberope mangler i arbeidstakers prestasjoner i saklighetsvurderingen av oppsigelsen, jf. aml. § 15-7.

Det andre spørsmålet er hvilken betydning har advarsler, evt. mangel på advarsel, for oppsigelsens gyldighet, jf. aml. § 15-7. I de tilfellene arbeidstaker ikke tilfredsstillende arbeidsgivers krav, til tross for oppfølging, vil det ha direkte betydning for en oppsigelses saklighet om advarsel er gitt, jf. aml. § 15-7. Arbeidsgiver skal gi arbeidstaker anledning til å rette på ikke tilfredsstillende forhold før oppsigelse blir aktuelt.

Endelig reises det spørsmål om i hvilken grad er det avgjørende for en oppsigelses gyldighet at tilbakemeldingene er skriftlige. Skriftlighet vil være et viktig moment i saklighetsvurderingen for å tydeliggjøre at arbeidsgiver i stor nok grad har gitt arbeidstaker tilstrekkelig tilbakemelding i form av oppfølging og advarsler. I oppsigelsessaker har arbeidsgiver bevisbyrden for at saklighetskravet i aml. § 15-7 er oppfylt. Skriftlig dokumentasjon har stor beviskraft for domstolene, og arbeidsgivers dokumentasjon på tilbakemelding til arbeidstaker vil derfor ha direkte betydning oppsigelsens gyldighet.

Tilbakemeldinger i form av oppfølging og advarsler bør imidlertid vurderes i en helhet. Det kan reises spørsmål om advarsler får mindre betydning i saklighetsvurderingen der alminnelige oppfølging av arbeidstaker har vært god, eller om advarsler kan ”reparere” en mindre god oppfølging. Et slikt resonnement må kunne leses ut av rettens begrunnelse i NAD 1981 s.41 Stavanger (referert i punkt 3.3 og 4.3):

”Selv om det i og for seg er riktig som anført av saksøkte at gyldigheten av en oppsigelse ikke er avhengig av at det på forhånd skal være gitt advarsel, burde hotelledelsen i dette tilfelle hvor man var klar over at det saksøkerens side ble foretatt brudd på instruks, ha grepet inn på et tidligere tidspunkt, slik at saksøkerne var blitt minnet om at ledelsen ikke ville tolerere overtredelser. Det synes også å ha vært adskillig svikt i kommunikasjonene mellom ledelsen og de ansatte når det gjelder personalets plikter og rettigheter.”

Oppsigelsen ble i dette tilfellet kjent ugyldig. Det synes, på bakgrunn av rettens uttalelser, som om advarsler eller bedre oppfølging kunne hatt betydning for oppsigelsens saklighet. Retten legger særlig vekt på at advarsel burde vært gitt, for å minne arbeidstaker om brudd på arbeidsinstruks som innebar mislighold av arbeidsavtalen. Manglende advarsel er i dette tilfellet særlig avgjørende da også den alminnelige oppfølging har vært lite tilfredsstillende.

Dette kan tyde på at alminnelig oppfølging kan ha betydning for om advarsel bør gis. Hvor arbeidsgiver har en god rutine på oppfølging og veiledning av arbeidstaker, vil trolig handlinger eller atferd som innebærer, eller kan føre til mislighold av arbeidsavtalen bli tatt tak i på et tidlig tidspunkt. Tilsvarende kan det ut fra avgjørelsen over virke som om en advarsel til en viss grad kan ”erstatte” alminnelig oppfølging i saklighetsvurderingen og vise at arbeidsgiver har tatt tak i problematikken og gitt arbeidstaker en sjanse til å forbedre atferd.

Tilsvarende kan leses ut av NAD 1986 s.598. Oppsigelsen av en bankfunksjonær ble etter aml. (1977) § 60 nr. 1 kjent ugyldig. Arbeidsgiver hadde ikke i tilstrekkelig grad gitt arbeidstaker opplæring og mulighet til å mestre arbeidsoppgavene. Dessuten var advarsel ikke gitt.

”Det virker som om banken har hatt adskillige problemer med [A]. Hun har vært prøvet ved flere forskjellige avdelinger i banken uten at dette har vært særlig vellykket. Hun har også hatt samarbeidsproblemer så vel med en overordnet som med en sideordnet. [...]På den annen side virker det som om banken ikke har gjort tilstrekkelig for at hun skulle fungere. [...]Det virker som om banken ikke har gitt henne de muligheter hun burde ha hatt for å perfeksjonere seg... [...]Ved sin avgjørelse har retten også sett hen til at hun ikke har fått noen advarsler før hun ble oppsagt. Hadde hun fått det, antar retten at hun ville ha forstått alvorret og innrettet seg etter dette.”

Avgjørelsen viser at omfanget og kvaliteten på oppfølging av arbeidstaker gjennom ansettelsesforholdet har selvstendig betydning for en oppsigelses saklighet. I tillegg vil den

oppfølging arbeidstaker har fått legge et grunnlag for i hvilken grad advarsler burde vært gitt og følgelig også ha betydning for saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7.

I hvilken grad arbeidsgiver har gitt arbeidstaker oppfølging gjennom arbeidsforholdet, vil ha betydning for om advarsel synes påkrevet og kan følgelig ha betydning for saklighetsvurderingen av en oppsigelse etter aml. § 15-7. Hvor oppfølgingen av arbeidstaker har vært tilfredsstillende synes ikke domstolene å legge avgjørende betydning på om advarsel er gitt. Motsatt kan det synes som om advarsel kan gjøre en oppsigelse saklig, selv der oppfølging av arbeidstaker har vært mangelfull.

Det kan videre spørres om stillingens karakter har betydning for om tilbakemelding har innvirkning på saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Aml. § 4-2 er en generell og åpen bestemmelse som krever at arbeidstaker skal få tilstrekkelig opplæring og veiledning for å mestre arbeidet. Det skilles ikke mellom hvilke typer stillinger og hvilke arbeidstakere som har krav på slik oppfølging. Det kan heller ikke leses ut av rettspraksis på området at oppfølging har større betydning å vekt i visse typer stillinger enn andre.

I arbeidssituasjoner hvor arbeidet er rutinepreget, regelbundet og styrt av arbeidsgiver, er det mer naturlig med større grad av instruksjon og veiledning, enn i stillinger hvor arbeidstaker har anledning til selv å velge arbeidsmetoder for å nå sine mål. Uansett stillingstype og arbeidsgivers innflytelse og styring, er det imidlertid rom for oppfølging, men type og omfang vil måtte tilpasses den enkelte stilling og arbeidstaker.

Advarsel er en reaksjon på mislighold og vil avhenge av forholdene rundt misligholdet mer enn stillingstype. Rettspraksis markerer ikke noe skille på hvilke stillingstyper hvor advarsel typisk vil være avgjørende i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Det legges i rettspraksis vekt på arbeidstakers forståelse og innsikt i misligholdet og grovheten av misligholdet.

Følgelig har stillingstype ingen stor betydning for om tilbakemelding er hensiktsmessig eller i hvilken grad det har betydning for sakligheten av en oppsigelse etter aml. § 15-7. Av større betydning vil være i hvilken grad oppfølging og advarsler kan ha betydning for arbeidstakers behov for veiledning og tilbakemelding i forhold til oppfølging. I forbindelse med advarsler har det betydning at arbeidstaker skal få en sjanse til å tilpasse seg og om arbeidstaker har vært klar over misligholdet.

6 Refleksjoner over dagens rettstilstand

Tilbakemelding i form av oppfølging og advarsler får først rettslig betydning ved en oppsigelse. Dette gjelder spesielt tilbakemelding i form av advarsel, fordi denne direkte er knyttet til arbeidstakers mislighold. Advarsler skal i prinsippet ha til hensikt å gi arbeidstaker en mulighet til å rette opp mislighold og unngå å bli oppsagt, men kan imidlertid også være motivert av å være et bevis for en allerede ”planlagt” fremtidig oppsigelse. I motsetning til advarsel, som tar utgangspunkt i mislighold, er oppfølging ikke nødvendigvis knyttet til negative forhold ved arbeidstakers mestring og atferd. Oppfølging har først og fremst en annen funksjon; å sørge for god arbeidskvalitet.

Når vi ser på dagens lovverk, stilles det ikke konkrete krav til arbeidsgiver om å gi arbeidstaker tilbakemelding gjennom advarsler og oppfølging, se punkt 3.2 og 4.2. En viss grad av lovregulering på området finnes imidlertid, jf. aml. § 4-2 og § 15-7. Aml. § 4-2 krever at arbeidsgiver skal tilrettelegge for arbeidstaker, og har blant annet ansvar for arbeidstakers mulighet for faglig og personlig utvikling. Aml. § 15-7 krever at en oppsigelse skal ha saklig grunn, og både oppfølging og advarsler kan være momenter i denne vurderingen.

Større grad av tilbakemeldinger tidlig i ansettelsesforholdet kan bedre arbeidsmiljøet og hindre at konflikt om oppsigelse oppstår. Det bør derfor reises spørsmål om rettsreglene i

større grad bør bidra til at tilbakemelding blir gitt på et tidlig tidspunkt, med mindre fokus på konflikt og mer på forebygging.

”En balansert miks av positiv feedback og løsningsorientert negativ feedback kan få medarbeiderne dine til å yte maksimalt.

- En positiv prestasjonskultur er preget av gode mål og tett oppfølging av adferd på vei mot målene. Det som anses som best er en balansert blanding av positiv feedback og løsningsorientert negative feedback, sier organisasjonspsykolog Egil-Arne Skaun Knutsen som mener dette vil gi økt trygghet, økt samhandling, redusert stress og økte prestasjoner for virksomheten.”⁵⁵

I de tilfeller der konflikt om oppsigelse er oppstått, har partene mulighet til å velge rettmekling i stedet for domstolsbehandling for å forsøke å komme til enighet. Dette ble det satt søkelys på i en artikkel i Aftenposten, publisert 10. august 2008.⁵⁶ Tall fra Oslo tingrett viser at de fleste av arbeidsrettssakene som gjennomføres ved rettsmekling, ender med forlik.⁵⁷ Målsetningen ved mekling er å komme til et resultat som er tilfredsstillende for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Ved å ta konflikten ved en oppsigelse til mekling i stedet for til domstolene, unngår partene ”et bittert og kostbart oppgjør for åpen scene i rettssalen”. Det er arbeidsgivers oppgave å bevise oppsigelsens saklighet for domstolene. Der oppsigelsen er begrunnet i personlige forhold, kan bevisføringen være en stor belastning for arbeidstaker. På den annen side, må arbeidstaker forsøke å bevise at arbeidsgiver har håndtert konflikten dårlig, noe som vil føles som en belastning for arbeidsgiver. Forut for domstolsbehandlingen, vil i tillegg arbeidsplassen ofte bli preget av forberedelsene til saken.

⁵⁵ HR Norge

⁵⁶ Hellestøl (2008)

⁵⁷ Hellestøl (2008)

I artikkelen i Aftenposten går det frem at det i 2007 ble ”*takket ja til rettsmegling i ca. 80 av totalt snaut 180 arbeidsrettsaker i Oslo. I over 90 prosent av de rundt 80 sakene endte det med forlig – enten under selve rettsmeglingen, eller ved at partene ble enige på egen hånd etter at rettsmeglingen var avsluttet.*” I motsetning til under hovedforhandling, hvor det er om å gjøre å vinne saken, vil partene ved mekling forhandle for å finne en felles løsning. Arbeidsgiver og arbeidstaker blir på denne måten i større grad jevnbyrdige parter enn ved domstolsbehandling, der ”*arbeidstaker ofte rår over de største ressursene*”.

Artikkelen viser at der arbeidsgiver og arbeidstaker har en åpen dialog rundt problemer i arbeidsforholdet, er sjansene store for å komme til enighet og et resultat begge parter kan akseptere. Hvis det på en arbeidsplass etableres gode rutiner for tilbakemelding og rom for å diskutere uenigheter, er det sannsynlig, med tanke på erfaringen fra rettsmekling, at partene i større utstrekning kan unngå arbeidskonflikter. Dette understreker nok en gang viktigheten av god tilrettelegging i form av oppfølging og advarsler, samt skriftlighet i de tilfeller dette er hensiktsmessig.

Ingen av sakene fra rettspraksis, referert i punkt 3 og 4, henviser til bestemmelser i arbeidsmiljøloven når oppfølging og advarsler blir tillagt vekt i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Det kan synes som om domstolene ikke knytter denne formen for tilbakemelding til kravet om tilrettelegging i aml. § 4-2, og at momentene lettere lar seg fremføre som en begrunnelse under reelle hensyn. Siden tilbakemelding i form av oppfølging og advarsler ikke alltid tillegges vekt i saklighetsvurderingen, kan det vanskelig sies å være gjeldende rett på et generelt plan. Rettsmekling viser at dialog har god effekt og begrenser konflikter. Dette betyr at god dialog og tilbakemeldinger i arbeidsforholdet i seg selv har en positiv virkning og kan virke forebyggende for å unngå konfliktsituasjoner. Derfor er det mye som taler for at det bør stilles strengere krav til arbeidsgiver med hensyn til å gi arbeidstaker tilbakemeldinger i arbeidsforholdet.

Det meste både av rettslige hensyn og psykososiale hensyn taler for utstrakt bruk av tilbakemelding i arbeidsforhold. To forhold taler imidlertid mot: For det første er oppfølging tid- og ressurskrevende og stiller store krav til arbeidsgivers lederkompetanse.

For det andre vil for sterk grad av lovregulering på dette området føre til en byråkratisering som kan undergrave selve formålet med oppfølgingen, og hvor beviset for at den er gjennomført blir det viktigste. For at oppfølging skal ha ønsket effekt, må innholdet og ikke dokumentasjonen på gjennomføring, være det mest avgjørende.

På bakgrunn av disse momentene må det foretas en avveining av behovet for regulering innenfor dette området. Det er derfor viktig å få avklart hvilken nytte arbeidstaker og arbeidsgiver vil ha av større bevissthet og økt bruk av tilbakemelding.

Stein Knardahl ved Statens arbeidsmiljøinstitutt (STAMI) uttaler til Dagsavisen, 12. juni 2004, at *”ledere i Norge har for liten peiling på psykiske og sosiale forhold i arbeidslivet. Han får umiddelbart støtte av prosjektleder Bente R. Tangen for Telefon for arbeidslivet. – Det er veldig mange dårlige ledere på norske arbeidsplasser. De er ubetenksomme og overfladiske. De skjønner ikke hvor viktig det er at en arbeidstaker får tilbakemeldinger sier hun.”*⁵⁸

Artikkelen viser at arbeidstakere ser på mangel på tilbakemelding fra arbeidsgiver som et problem. Dette er ikke bare egnet til å senke prestasjonsnivået, men også gi fysiske plager. *”Ifølge Knardahl viser både norsk og internasjonal forskning at mangel på sosial støtte fra nærmeste overordnede fører til risiko for muskel- og skjelettsmerter.”* Knardahl definerer den sosiale støtten fra arbeidsgiver bestående av tre elementer; oppmuntring, tilbakemeldinger om hvordan jobben er gjort, samt direkte instruksjoner og opplæring.

”Å få tilbakemeldinger er nok særlig viktig i de yrkene der man ikke ser hele resultatet av arbeidet sitt. [...]Det er en leders ansvar å sørge for skikkelig veiledning og oppfølging. En

⁵⁸ Bang (2004)

løsning er regelmessige medarbeidersamtaler med faste punkter for evaluering foreslår Tangen.”

Det juridiske aspektet ved å følge opp arbeidstaker, og gi advarsel når det er behov for det, er i større grad egnet til å beskytte arbeidsgiver i de tilfellene vedkommende ser seg nødt til å gå til oppsigelse av arbeidstaker. Hvor arbeidsgiver har lagt til rette for at arbeidstaker skal mestre arbeidsoppgavene, gjennom oppfølging og veiledning, og arbeidstaker likevel ikke presterer tilfredsstillende, vil arbeidsgivers innsats ha betydning i saklighetsvurderingen etter aml. § 15-7. Tilsvarende der arbeidstaker har fått oppfordring om å endre atferd for ikke å bli sagt opp gjennom advarsel.

Arbeidstaker er, som nevnt, gjennomgående den svakeste part i et arbeidsforhold og har behov for særskilt beskyttelse av sine interesser. Løpende tilbakemelding skal bidra til å skape trygghet og mestring for arbeidstaker. Dersom de viktigste momentene i tilbakemeldingene gjøres skriftlig, vil det i tillegg være til arbeidsgivers fordel i en eventuell konflikt med arbeidstaker. Skriftlighet må ikke erstatte muntlig kommunikasjon. Skriftlighet skal bidra til å sikre enighet og forutberegnelighet, samt styrke bevisvurdering ved en eventuell arbeidskonflikt.

Arbeidstakers behov for vern illustreres i en artikkel i Aftenposten, 27. april 2006.⁵⁹ ”Vi har gjennomgått alle lagmannsrettsdommer som gjelder tvister mellom arbeidsgiver og arbeidstaker i forbindelse med avskjed og oppsigelse for 2004 og 2005. I de aller fleste tilfellene har arbeidsgiver blitt frifunnet, sier leder for arbeidsrettsavdelingen Thomas Meinich i Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange”. Tallene viser at arbeidsgiver ble frifunnet i totalt 27 av 43 stillingsvernssaker.

Domstolsbehandling vil være en belastning både for arbeidsgiver og arbeidstaker. Dette skyldes ikke bare den tid og de ressurser som må nedlegges. Domstolsbehandling kan være psykisk krevende der bevisføringen går på personlige egenskaper hos de involverte. Dette

⁵⁹ Svendsen (2006)

vil gjerne være tilfellet i oppsigelsessaker. Mekling er som nevnt et alternativ som i de fleste tilfeller ikke vil være like belastende for partene, men det er ikke til å unngå at også en slik konflikthåndtering vil kreve en stor innsats av både arbeidsgiver og arbeidstaker.

Arbeidsmiljøloven er hovedsakelig et regelverk som beskytter arbeidstaker. Ser vi på reglene i arbeidsmiljøloven er både inngåelse og avslutning av arbeidsforholdet godt regulert, jf. aml. kap. 14 og 15. Ser vi på reguleringen av forhold mellom inngåelse og avslutning av arbeidsforholdet, er regulering av tilbakemelding mindre regulert. Innenfor visse deler av arbeidsretten finnes det imidlertid omfattende regulering. Eksempelvis kan nevnes aml. kap. 3 om helse, miljø og sikkerhet. Regulering av tilbakemelding i form av oppfølging og advarsler, kan være en naturlig forlengelse av disse reglene.

Rettskilder

Lover

- Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
av 17. juni 2005 nr. 62
- Lov om statens tjenestemenn mm.
av 4. mars 1983 nr. 3

Forkortelser

- aml.
- tjml.

Forarbeider

- Innst.O. nr. 5 (1999-2000) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven)
- Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- Ot.prp. nr. 77 (1998-1999) Arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)
- NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget

Rettspraksis

Norsk Retstidende

- Rt. 1956 s.578
- Rt. 1971 s.310
- Rt. 1974 s.990
- Rt. 1983 s.537
- Rt. 1987 s.562
- Rt. 1989 s.508
- Rt. 1992 s.1023
- Rt. 2001 s.1362

Rettens Gang

- RG 1950 s.626 Frostating
- RG 1961 s.262 Oslo
- RG 1994 s.1121

Arbeidsrettslig domssamling

- ARD 1981 s.253

Norsk arbeidsrettslig Domssamling

- NAD 1981 s.41 Stavanger
- NAD 1981-83 s.143 Bergen
- NAD 1986 s.286 Stavanger
- NAD 1986 s.598

Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter

- LARD 1979 s.178 Kristiansand

Lagmannsrett

- Agder lagmannsrett 1.april 1997
- LE 1997 s.92
- LB 2006.73693

Juridisk litteratur

- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 4.utg. Oslo, 2001.
- *Jusleksikon*. Jon Gisle ... [et al.]. 2.utg, Kunnskapsforlaget, 2002.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4.utg. Oslo, 2007.
- Granden, Gro. *Ansatt, oppsagt, avskjediget?* 1.utg. 1.opplag. Oslo, 2006.
- Fougner, Jan og Lars Holo. *Arbeidsmiljøloven : kommentarutgave*. Oslo, 2006.
- Jakhelln, Henning og Helga Aune. *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon*. 1.oppl. Oslo, 2006.

Avisartikkel

- Hellestøl, Yngve. *Megler seg ut av arbeidskonflikten.*[: Aftenposten. 10. August 2008.

Nettdokument

- Wikipedia. *Mentor*. 2008. <http://no.wikipedia.org/wiki/Mentor> [sitert 21. oktober 2008].
- Wikipedia. *Coaching*. 2008. <http://no.wikipedia.org/wiki/Coaching> [sitert 21. oktober 2008].
- Arbeidstilsynet. *Om arbeidstilsynet*. www.arbeidstilsynet.no [sitert 26. september 2008].
- Vox. *Veiledning i gjennomføring av medarbeidersamtaler*. 2006. http://www.vox.no/kompetanseveileder/downz/Med_arb_samt_VOX.doc [sitert 29. september 2008].
- Øygarden, Kyrre. *Kompetansestyring*. http://www.mintra.no/index.php?option=com_content&task=view&id=159&Itemid=87&lang=no [sitert 28. oktober 2008].
- Compendia for Ledernet. *Oppsigelsesvern i prøvetiden*. 2008. <http://www.ledernet.no/id/21515> [sitert 29. oktober 2008].
- HR Norge. *Positive prestasjonskulturer*. http://www.hrnorge.no/hrnorge.no/Nyheter/Nyheter_2007/Positive+prestasjonskulturer.9UFRLM1i.ips [sitert 28. oktober 2008].
- Bang, Heidi Katrine. *Du blir syk av dårlige sjefer*. 2004. <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article109275.ece> [sitert 29. oktober 2008].
- Svendsen, Jan Harry. *Du taper arbeidsrettssaken*. 2006. <http://www.aftenposten.no/forbruker/jobbogstudier/jobb/article1293608.ece> [sitert 30. oktober 2008].

