

# Når er det nok?

## Oppsigelse på grunn av mangelfull arbeidsutførelse

Av advokatene Nils Kristian Sveaas og Hans Erdvik  
nks@advtofte.no og he@advtofte.no



Nils Kristian Sveaas er advokat i Advokatfirma Tofte DA i Kristiansand. Sveaas bistår både private og offentlige virksomheter med arbeidsrettslige spørsmål. Hans primære fagområder er arbeidsrett, kontraktsrett og tvisteløsning.



Hans Erdvik er advokat og partner i Advokatfirma Tofte. Han bistår en rekke private og offentlige virksomheter innenfor bl.a. selskapsrett, kontraktsrett og arbeidsrett. Han har også vært rådgiver i en rekke saker i tilknytning til arbeidsforhold.

### I. BAKGRUNN

En arbeidsavtale bygger på prinsippet om yttelse-mot-yttelse. Arbeidstakeren mottar lønn i bytte mot å utføre nærmere bestemte arbeidsoppgaver for arbeidsgiver. Arbeidsgiver har ikke bare rett til å kreve at arbeidsoppgavene faktisk blir utført. Som i ethvert annet avtaleforhold har arbeidsgiver også rett til å stille krav til selve kvaliteten på utførelsen av arbeidsoppgavene. Disse kravene kan komme til uttrykk direkte i arbeidsavtalen, som f.eks. krav om et bestemt resultat, eller de kan følge mer indirekte av arbeidsforholdet, f.eks. et krav om alminnelig god effektivitet og nøyaktighet.

På samme måte som dårlig økonomi hos virksomheten og alvorlige pliktbrudd kan føre til oppsigelse av arbeidstaker, kan også arbeidstakers mangelfulle arbeidsutførelse gi arbeidsgiver et saklig grunnlag for å gå til oppsigelse. Rettspraksis viser imidlertid at terskelen for å gå til oppsigelse på dette grunnlaget er relativt høy.

I denne artikkelen skal vi se nærmere på arbeidsgivers adgang til å si opp arbeidstakere på grunn

av mangelfulle arbeidsprestasjoner, og hvordan arbeidsgiver bør gå frem i slike saker. Mangelfulle arbeidsprestasjoner kan komme til uttrykk på flere måter. Vi avgrensner mot arbeidstakers vilje til samarbeid og illojalitet samt tilfeller hvor arbeidstaker ikke innehar den kompetansen og de egenskapene han/hun har forsikret overfor arbeidsgiver ved ansettelsen.

### 2. NÆRMERE OM VILKÅRENE FOR OPPSIGELSE

#### 2.1 Hva betyr «saklig grunn»?

Det grunnleggende kravet for å si opp en arbeidstaker er at det foreligger en *saklig begrunnelse*, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Dersom oppsigelsen ikke er saklig begrunnet, vil den være ulovlig.

Det kan ikke avgjøres generelt hva som anses som en saklig oppsigelsesgrunn. Det må gjøres en konkret vurdering av hver enkelt sak. Det betyr at en oppsigelse kan være saklig når det gjelder én arbeidstaker, men ikke nødvendigvis når det gjelder en annen. Dette kommer godt til uttrykk i en dom fra Høyesterett fra 3. juni 2009



– den såkalte «Webredaktørsaken». Saken gjaldt riktignok oppsigelse for et litt annet pliktbrudd enn det som er temaet for denne artikkelen, men utgangspunktet er det samme. Høyesterett uttalte følgende om kravet til «saklig grunn»:  
*«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til*

*opphevelse. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»*

Kravet til en skjønnsmessig og individuell vurdering gjør det av og til vanskelig å vite sikkert om det er tilstrekkelig grunnlag for å gå til oppsigelse. På den annen side gjør disse overordnede spørsmålene at det kan tas hensyn til den sosiale utviklingen i samfunnet ved vurderingen. Det som ble ansett som en saklig oppsigelse på 1960-tallet, trenger med andre ord ikke være det i 2018, og motsatt.

En oppsigelse må være saklig begrunnet, ellers er den ulovlig.

## 2.2 Når foreligger det en mangelfull arbeidsprestasjon?

Det første arbeidsgiver må ta stilling til, er om det i det hele tatt foreligger en mangelfull arbeidsprestasjon. At noe er mangelfullt forutsetter en eller annen form for avvik fra det som kan kreves og/eller forventes fra arbeidstakeren. Det er derfor nødvendig å kartlegge hvilke krav det kan stilles til arbeidstakerens arbeidsinnsats og/eller arbeidsresultat. Når disse kravene er klarlagt, kan det tas stilling til om, og i hvilket omfang, arbeidstakers arbeidsprestasjon avviker negativt.

Fordi arbeidsforholdet er et kontraktsforhold, må vurderingen av hvilke krav og forventninger som kan stilles til arbeidstaker, ta utgangspunkt i det som er avtalt mellom partene. Arbeidsavtalen er det mest sentrale dokumentet i denne sammenheng, men arbeidsoppgaver, krav og forventninger kan også være nærmere beskrevet i en egen stillingsinstruks.

Dersom arbeidsavtalen eller stillingsinstruksen ikke i tilstrekkelig grad inneholder en presis beskrivelse av de arbeidsoppgaver som ligger til stillingen, og hvordan disse skal utføres, må avtalen utfylles. Opplysninger om stillingen kan f.eks. fremgå av stillingsannonsen, arbeidstakerens søknadsbrev eller opplysninger gitt under ansettelsesprosessen. Flere virksomheter har også inntatt ulike krav og forventninger til arbeidsutførelsen i et felles arbeidsreglement.

I tillegg til virksomhetens interne dokumenter vil kravene til arbeidstaker også kunne fastlegges i medhold av lov, rettspraksis, bransjepraksis og rimelighetsbetraktninger. Sentralt her vil være arten av arbeidsoppgavene, stillingsnivå og lønn. Over tid vil disse momentene også få gradvis mer vekt på bekostning av arbeidsavtalen, som ofte vil være et flere år gammelt dokument.

## 2.3 Når kan den mangelfulle arbeidsprestasjonen gi «saklig grunn» for oppsigelse?

### 2.3.1 Avviket fra normalforventningen

Ikke enhver svikt i arbeidstakerens prestasjoner kan gi grunnlag for oppsigelse. Arbeidsgiver kan kun kreve en normal arbeidsytelse fra arbeidstaker. Det er avviket fra normalforventningen som er utgangspunktet for oppsigelsesvurderingen.

Spørsmålet om hvor stort avviket fra normalnivået må være før det berettiger oppsigelse, har vært behandlet i flere rettsavgjørelser, og utgangspunktet er klart – det skal mye til for å si opp en arbeidstaker på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner: En oppsummering av rettspraksis gis blant annet i Jan Fougner m.fl. – Arbeidsmiljøloven. Kommentaarutgave – 3. utgave side 897:

*«Hva man kan forvente av arbeidsinnsats vil variere, men den må ligge betydelig under det normale før det kan reageres med oppsigelse.»*

Tilsvarende i Atle Sønsteli Johansen m.fl. – Arbeidsmiljøloven. Kommentarer og praksis – side 714:

*«Hvis oppsigelsen er begrunnet med sviktende arbeidsinnsats, må arbeidstakerens prestasjoner ligge markert under det en arbeidsgiver bør kunne regne med(…)»*

Borgarting lagmannsretts dom av 19. mai 2008 kan også brukes som eksempel:

*«(…) Oppsigelsene av C, B og A er alle begrunnet med mangelfulle arbeidsprestasjoner fra deres side. For at en oppsigelse på dette grunnlag skal være saklig, må det etter fast praksis være tale om en markert svikt i arbeidsprestasjonene, og denne svikten må ikke være helt forbigående. At det må være tale om en markert svikt, innebærer for det*



*første at mangelen må være påviselig. Den må kunne konstateres på grunnlag av de saksforhold lagmannsretten finner bevist. For det andre må det være tale om en tydelig svikt i forhold til hva arbeidsgiver med rette kan forvente på grunnlag av de arbeidsforhold som foreligger i bedriften.»*

Det følger av det ovennevnte at det kreves et markert eller betydelig avvik fra kontraktsmessig oppfyllelse før det kan reageres med oppsigelse. Terskelen er med andre ord høy. Mindre avvik, f.eks. noe lavere effektivitet og enkelte slurv og

småfeil, vil normalt måtte aksepteres. Det er med andre ord ingen oppsigelsesgrunn at arbeidsgiver kan finne en bedre kvalifisert arbeidstaker.

Dette prinsippet ble nedfelt allerede i Frostating lagmannsretts dom av 10. november 1955. Saken gjaldt oppsigelse av en fabrikkarbeider i en ullvarefabrikk. Arbeidstakeren hadde eneansvaret for farging av ulltekstiler, og det oppstod fra tid til annen feil med fargingen av tekstilene, både med hensyn til fargekode og fargens holdbarhet. Etter arbeidsgivers oppfatning var det nødvendig

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

å skaffe en fagmann med bedre kvalifikasjoner for å hevde seg i den stadig tøffere konkurransen. Ønsket om en bedre fagmann var imidlertid ikke en saklig oppsigelsesgrunn:

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

Et annet eksempel på grensdragningen mellom en saklig og usaklig oppsigelse er Eidsivating lagmannsretts dom av 19. januar 1996. Saken gjaldt en arbeidstaker som ble oppsagt fra stillingen som lagermedarbeider på grunn av mangelfulle registreringer av inn- og uttak fra lageret, samt mangelfulle varetellinger. Om arbeidstakerens ytelse uttalte lagmannsretten:

«(...) synes [det] på det rene at A, i forbindelse med vareopptelling sommeren 1994, ikke fulgte ledelsens instruksjoner om at alle varer skulle telles. (...) Etter vareopptellingen ble det avdekket at A dels hadde lest notater om antall gjenværende

av de forskjellige varetyper, istedenfor å telle hver enkelt enhet. På bakgrunn av dette ble det foretatt kontrolltelling som viste avvik fra As tall. Lagmannsretten legger til grunn at differansen dels skyldes feiltelling, dels ukurans og dels at A for enkelte kollis vedkommende unnlot å telle, og i stedet stolte på de tall som var notert om gjenværende antall. Dette er et forhold som må bebreides A.»

Etter arbeidsgivers oppfatning var arbeidstakerens ytelse til hinder for å drive lageret effektivt. Lagmannsretten tok ikke direkte stilling til denne påstanden, men konkluderte med at det ikke var grunnlag for noen oppsigelse:

«Ut fra en samlet vurdering av hva som er fremkommet, både når det gjelder pakking/førsending og telling av varer, finner lagmannsretten at As arbeidsprestasjoner nok ligger noe under hva arbeidsgiver kan forvente, men at svikten ikke er av en slik art og omfang at det er saklig grunn for oppsigelse (...).»

Selv om terskelen for oppsigelse på grunnlag av manglende arbeidsprestasjoner er høy, er det ikke snakk om noe vesentlighetskrav. Vesentlig kontraktsbrudd, herunder også vesentlig prestasjonssvikt, reguleres av andre bestemmelser i

Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er hvor alvorlig prestasjonssvikten er, både med hensyn til art og omfang.



loven, og vil etter omstendighetene kunne gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven § 15-16. Så strengt kan ikke kravet til oppsigelse forstås. Poenget må være at mangelfulle arbeidsprestasjoner ikke kan brukes som grunnlag for oppsigelse uten at det er klart at han/hun ikke lenger makter å fylle den stillingen han/hun sitter i.

At det ikke eksisterer noe vesentlighetskrav, kommer klart til uttrykk i Borgarting lagmannsretts dom av 13. mars 2013 («Kontorleder»): «(...) Arbeidsprestasjonen må imidlertid ligge betydelig under det som arbeidsgiver bør kunne forvente, uten at det kan oppstilles noe krav om at arbeidsprestasjonen skal være vesentlig mangelfull.»

### 2.3.2 Relevante momenter i saklighetsvurderingen

En rekke ulike momenter vil spille inn ved vurderingen av om det foreligger saklig grunn til å gå til oppsigelse på grunn av mangelfulle arbeidsprestasjoner:

Utgangspunktet for saklighetsvurderingen er hvor alvorlig prestasjonssvikten er, både med hensyn til art og omfang. For eksempel vil brudd på sentrale HMS-bestemmelser i virksomheten,

hvor det er risiko for eget eller andres liv og helse, være klart mer alvorlig enn manglende produktivitet. Tilsvarende gjelder omfanget av prestasjonssvikten. Desto større avvik det er snakk om, desto mer aktuelt er det å reagere med en oppsigelse.

En enkeltstående feil og mangel vil ofte ikke være tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. Et arbeidsforhold vil normalt være et langvarig kontraktsforhold. Arbeidsgiver må derfor ta høyde for at en arbeidstakers innsats og prestasjoner kan variere over tid. Men er det snakk om jevnlig og langvarig svikt, vil også mindre alvorlige prestasjonsmangler kunne berettiggje oppsigelse.

Illustrerende er avgjørelsen fra Hålogaland lagmannsrett datert 26. mars 2010. Saken gjaldt avskjed av en deltidsansatt hotellresepsjonist som jevnlig gjorde en rekke feil av betydning for hotelldriften. Arbeidstakeren hadde blant annet flere ganger uriktig opplyst kunder om at hotellets rom var utleid, glemt å registrere inn gjester i hotellets datasystem og slått inn feil kontantbeløp i kassen. Lagmannsretten var ikke enig med arbeidsgiver i at den mangelfulle arbeidstakelsen



berettiget avskjed. Etter rettens syn var det imidlertid ikke tvil om at hotellet hadde saklig grunn til å avslutte arbeidsforholdet med oppsigelse:

*«Det er lagmannsrettens inntrykk at A ikke behersket store deler av sine arbeidsoppgaver og at han heller ikke maktet å lære seg hvordan disse skulle utføres, spesielt gjaldt det oppgaver tilknyttet kasse og dataanlegg. (...) As arbeidsutførelse som beskrevet ovenfor utgjør arbeidsprestasjoner markert under det normale og det arbeidsgiver med rimelighet kan forvente.»*

Ved vurderingen av om mangelfulle arbeidsprestasjoner kan gi saklig grunn til oppsigelse vil også virksomhetens størrelse og arbeidstakerens stilling være relevante momenter. Generelt skal det mer til å si opp en ansatt hvor de negative følgene av hans/hennes sviktende arbeidsprestasjoner uten større problemer kan avdempes av medarbeiderne. Motsatt dersom stillingen er sentral, selvstendig og uavhengig, som for eksempel en lederstilling. For slike stillinger er det i rettspraksis fastslått at det kan stilles særlig strenge prestasjonskrav. Et eksempel er Høyesteretts avgjørelse av 30. juni 1997.

Saken gjaldt avskjedigelse av selskapets administrerende direktør for økonomiske misligheter. Om kravet til ledere uttalte en samlet Høyesterett:

*«Vilkåret for å gi en arbeidstaker avskjed er etter arbeidsmiljøloven § 66 nr 1 at arbeidstakeren "(...) har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen". Selv om bestemmelsen ikke uttrykkelig sonderer etter arbeidstakerens stilling, er det på det rene at det må stilles særlige krav til en leder. Det samme forhold vil altså lettere kunne anses som "grovt pliktbrudd" eller "vesentlig mislighold" når arbeidstakeren har en ledende stilling enn når det gjelder en underordnet, jf blant annet Rt-1993-300. Dette har sammenheng både med det særlige behovet for tillit til en leder, og med den signaleffekt en leders handlemåte har overfor andre ansatte.»*

I tillegg til mer objektive vurderingskriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges ved vurderingen. Dette følger blant annet av Høyesteretts avgjørelse fra 10. desember 2003, som riktignok gjaldt fortrinnsrett og spørsmålet om arbeidstaker var

«skikket» for stillingen. Høyesteretts uttalelse har imidlertid overføringsverdi også for spørsmålet om oppsigelse på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner:

*«(...) Jeg ser det som klart – slik også partene er enige om – at personlige egenskaper som har betydning for hvordan arbeidstageren kan utføre sine egne arbeidsoppgaver, må inngå i vurderingen av om han eller hun er skikket for stillingen. Det kan for eksempel gjelde evnen til å motivere medarbeidere i relasjon til en lederstilling, eller overtalelsesevner i relasjon til en stilling som selger. A anfører at personlige egenskaper ikke kan tas i betraktning utover dette. En slik forståelse av bestemmelsen er jeg ikke enig i. Hvis en arbeidstager for eksempel skaper store samarbeidsvansker, eller skaper et dårlig arbeidsmiljø for andre ansatte, må det etter min mening være relevant i vurderingen av arbeidstagerens skikkethet.»*

I tillegg til personlig egnethet vil det også ha betydning for saklighetsvurderingen om arbeidstaker kan bebreides for den mangelfulle arbeidsprestasjonen. Her er det imidlertid viktig å være klar over at skyld ikke er noe vilkår for oppsigelse. Saklighetskravet er objektivt, og manglende arbeidsprestasjoner kan føre til oppsigelse selv om arbeidstakeren gjør så godt han/hun kan.

Men dersom arbeidstakeren kan bebreides, er dette imidlertid et viktig moment når det i det enkelte tilfellet skal vurderes om oppsigelsen er saklig begrunnet.

Graden av skyld hos arbeidstaker ble sentralt i den såkalte «Regnskapsfører»-dommen fra Borgarting lagmannsrett av 19. mai 2008. Saken gjaldt oppsigelse av tre kommunale mellomledere for mangelfull kontroll med forvaltningen av psykisk utviklingshemmedes midler, som igjen hadde ført til misbruk av kontoene. Lagmannsretten uttalte om dette:

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

Et sentralt spørsmål i tilknytning til arbeidstakers mer subjektive forhold, er om svikten i arbeidsprestasjonene er av mer midlertidig eller permanent karakter. Dersom det til tross for opplæring og advarsler ikke er et realistisk håp om bedring,

I tillegg til mer objektive kriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges.

er det liten grunn for arbeidsgiver å vente på nye mistligholdstifeller før det gis oppsigelse. Også dette var tema i «Regnskapsfører»-dommen:

*«Flertallet tilføyer at A gjennomgående har vist liten forståelse for at hennes arbeidsutførelse har vært mangelfull, slik at utsiktene til bedring av arbeidsprestasjonene fremsto som begrenset.»*

### 2.3.3 Betydningen av arbeidsgivers forhold

Det følger av rettspraksis at også arbeidsgivers forhold har betydning for om en arbeidstaker kan sies opp som følge av mangelfull arbeidsutførelse. Selv om arbeidstaker har levert markert under normalforventningen, kan arbeidsgiver være avskåret fra å gå til oppsigelse dersom arbeidsgiver selv helt eller delvis er å bebreide. Det kan for eksempel være at arbeidsgivers opplæring eller instruksjoner er mangelfulle, at arbeidstakers arbeidsmengde er for stor, eller at arbeidsgiver svikter under manglende tilrettelegging av arbeids hverdagen.

Gjennom arbeidsavtalen og arbeidsmiljøloven har arbeidsgiver en rekke plikter overfor arbeidstaker. Sentralt i så måte er at det er arbeidsgivers ansvar å sette arbeidstaker i stand til å utføre de arbeidsoppgaver som ligger til stillingen. Dette kan utledes av lojalitetsplikten i kontraktsforholdet, men det foreligger også en lovfestet plikt for arbeidsgiver å tilrettelegge og gi opplæring når det gjelder sikkerhet, jf. arbeidsmiljøloven § 3-2, samt ved endringer i arbeidstakers arbeids situasjon, jf. § 4-2 annet ledd bokstav e.

Arbeidsgiver har også en plikt til å følge opp arbeidstakerne. Dersom arbeidsgiver merker at en arbeidstaker ikke presterer som forventet, bør dette tas opp med arbeidstaker på et så tidlig tidspunkt som mulig. En slik i rettesettelse eller advarsel gir arbeidsgiver deretter et særlig ansvar for å legge til rette for at arbeidstakeren får mulighet til å rette opp i den mangelfulle arbeidsprestasjonen.

I saker om oppsigelse på grunnlag av mangelfulle arbeidsprestasjoner er en vanlig innvending fra arbeidstaker at han/hun ikke tidligere er gitt noen advarsler. En saklig oppsigelse forutsetter imidlertid ikke at det er gitt en advarsel, verken muntlig eller skriftlig. Samtidig kan én eller flere advarsler for tilsvarende forhold være med på å underbygge oppsigelsesgrunnlaget. En gjennomtenkt og godt utformet advarsel innebærer at vedkommende ikke bare er gjort uttrykkelig oppmerksom på hvor langt arbeidspikten går, men også at han/hun vil bli sagt opp eller avskjediget dersom pliktene ikke overholdes fremover. Terskelen for oppsigelse er da noe lavere ved senere og gjentatte pliktbrudd.

Dersom advarselen gjøres skriftlig, vil den samtidig tjene som dokumentasjon på at arbeidsgiver har reagert på den mangelfulle arbeidsprestasjonen. Dersom arbeidstakeren velger å prøve gyldigheten av oppsigelsen for domstolene, vil slike skriftlige og tidsnære bevis ofte være sentrale beviser.

### 2.3.4 Interesseavveining

I saker som gjelder oppsigelse grunnet mangelfulle arbeidsprestasjoner – som i enhver annen oppsigelsessak – skal det foretas en interesseavveining. Kjernen i interesseavveiningen er virksomhetens behov for oppsigelse mot de ulemper oppsigelsen medfører for arbeidstakeren. I Høyesteretts dom av 13. desember 2011 ble vurderingstemaet beskrevet på følgende måte:

*«Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønsmessig avveining av virksomhetens behov og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør.»*

I interesseavveiningen vil det på virksomhetens side særlig være konsekvensene av mistligholdet



som er sentralt. Dersom arbeidstakerens mangelfulle arbeidsprestasjoner påfører bedriften et økonomisk tap og/eller svekket renommé, vil dette trekke i retning av oppsigelse. Det samme gjelder dersom prestasjonssvikten påfører medarbeiderne en urimelig ekstrabelasting, eksempelvis gjennom overtid.

På motsatt side vil hensynet til arbeidstakerens alder, ansiennitet og sosiale hensyn være sentrale momenter. Lang ansiennitet i en virksomhet kombinert med høy alder tilsier at arbeidsgiver

må gi arbeidstakeren større slingsringsmonn og kan kreve noe lavere arbeidsytelse, likevel slik at dette naturligvis avhenger av hvilken stilling vedkommende har.

Ulike sosiale hensyn kan tilsi at det vil være en for streng reaksjon å gå til oppsigelse. Det kan for eksempel være at arbeidstakeren har et særlig tungt forsørgeransvar, og at utsiktene til ny jobb er små. Sykdom vil også kunne bidra til arbeidstakers byrde og bli utslagsgivende ved den endelige vurderingen av om oppsigelsen er saklig.

I tillegg til mer objektive kriterier som sviktens alvor, omfang og arbeidstakers stillingsnivå, vil også arbeidstakers personlige egenskaper og egnethet kunne vektlegges.



Det vil normalt anses som en grov saksbehandlingsfeil å ikke foreta en helhetlig interesseavveining før oppsigelse gis. Det kan således være lurt å dokumentere denne skriftlig. Samtidig er det en kjensgjerning at personlige forhold har mindre vekt i saker om prestasjonssvikt enn ved oppsigelser på grunnlag av virksomhetens forhold.

Borgarting lagmannsretts dom av 13. mars 2013 («Kontorleder») er illustrerende. Saken gjaldt oppsigelse av en 56 år gammel kontorleder ved et museum, som på oppsigelsestidspunktet var alvorlig syk. Lagmannsretten opprettholdt imidlertid oppsigelsen:

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

#### 2.4 Kort om oppsigelse i prøvetid

Normalt vil en arbeidstaker bli ansatt med en prøvetid på seks måneder i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-6, hvor det står:

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

Formålet med prøvetiden er, slik det indirekte følger av ordlyden, at arbeidsgiver skal få teste ut arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, hans/hennes faglige dyktighet og pålitelighet innenfor en bestemt tidsperiode på maksimalt seks måneder. Dersom det avdekkes mangler ved arbeidstakerens arbeidsprestasjon i denne perioden, vil det være lettere å gå til oppsigelse enn etter prøvetidens utløp. I rettspraksis er dette beskrevet som at terskelen for å gå til oppsigelse i prøvetiden er «noe – ikke helt ubetydelig – lavere enn det som ellers gjelder», se f.eks. Høyesteretts avgjørelse av 24. januar 2011. I disse sakene er det også vanlig at domstolene viser varsomhet med å overprøve arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger av om arbeidstakeren fungerer i stillingen, så lenge det faktum oppsigelsen bygger på, anses som bevist og relevant.

Når prøvetiden er over, får den ansatte automatisk et fullt stillingsvern. Dersom arbeidsgiver har avdekket mangler ved arbeidstakeren i prøvetiden, men ikke gått til oppsigelse, vil det normalt legges til grunn at arbeidsgiver har godtatt manglene. Særlig gjelder dette dersom arbeidsgiver ikke underveis i prøvetiden har opplyst arbeidstakeren om slike negative avvik. Noe mer enn et utgangspunkt er imidlertid ikke dette. Også her er «Kontorleder»-dommen illustrerende:

*«I utgangspunktet må en ansatt etter prøvetidens utløp kunne regne med ikke å bli oppsagt på grunn av forhold som kunne ha vært avklart i prøvetiden, jf. Fanebust, Oppsigelse i arbeidsforhold side 217. Dette er likevel bare et utgangspunkt. Det må også i disse tilfellene foretas en konkret vurdering av om oppsigelsen har saklig grunn og i hvilken grad arbeidsgiver hadde muligheten for å avklare om arbeidstakeren har de nødvendige forutsetningene for å fylle stillingen.»*

Arbeidsgiverens mulighet til å avdekke sentrale svakheter ved arbeidstakerens arbeidsprestasjoner vil naturlig nok variere etter arbeidsoppgavens kompleksitet og stillingens selvstendighet. Fra «Kontorleder»-dommen kan det utledes at arbeidsgiver i slike tilfeller neppe vil være avskåret fra å gå til oppsigelse for forhold som først viser seg etter prøvetidens utløp. Samtidig er det naturlig at kravene til dokumentasjon i slike tilfeller er tilsvarende strengere. Det er derfor helt sentralt at arbeidsgiver har et bevisst forhold til prøvetiden og bruker denne aktivt til å vurdere om arbeidstakeren er egnet for jobben og/eller tilstrekkelig faglig dyktig.

#### 3. HVORDAN SKAL ARBEIDSGIVER GÅ FREM?

Gjennomgangen over viser at det kan være utfordrende for arbeidsgiver å nå frem med en anførsel om markert prestasjonssvikt, og kravene

til dokumentasjon er strenge. Det er derfor avgjørende at arbeidsgiver har et bevisst forhold til å presisere krav og forventninger til arbeidstakeren gjennom hele arbeidsforholdet, og at det i tilstrekkelig grad gjøres skriftlige notater i tilfeller hvor arbeidstakeren ikke når opp til kravene/forventningene.

Arbeidsgiver bør allerede ved ansettelsen sørge for god dokumentasjon av innholdet i stillingen. Arbeidsoppgaver, ansvarsområder og eventuelle resultatmål bør beskrives på en måte som gjør arbeidsinnsatsen målbar. I enkelte yrker er det enkelt å tallfeste kravene/forventningene, f.eks. gjennom salgstall, omsetnings- eller produksjonsmål. Andre ganger er det vanskeligere å uttrykke avviket fra normalforventningen matematisk. I sistnevnte tilfelle er det desto viktigere å bruke tid på å formulere hva som kreves av arbeidstakeren.

Et annet råd til arbeidsgivere er å benytte seg av den lovbestemte adgangen til å avtale prøvetid på inntil seks måneder. Som nevnt er terskelen for oppsigelse markert lavere i prøvetiden enn etter, da formålet nettopp er å teste ut arbeidstakerens evner.

En vanlig utfordring for arbeidsgivere er at irettesettelser og/eller advarsler gis muntlig, enten i et ad hoc-møte etter endt arbeidstid eller over telefon. Bevisverdien av slike samtaler er normalt lav, da det ofte blir ord mot ord. Når arbeidsgiveren ønsker å ta opp manglende arbeidsprestasjoner, bør det derfor rutinemessig innkalles til et møte med rimelig varsel, slik at arbeidstakeren har anledning til å forberede seg.

Alle slike møter bør oppsummeres i et skriftlig referat hvor begge parter kan gi sine innspill. For arbeidsgiver er det viktig å være tilstrekkelig konkret slik at arbeidstakeren gis en reell mulighet til å forbedre seg. Uttalelser om at



arbeidstakeren «gjør en dårlig jobb» eller «ikke fungerer», har tilnærmet ingen hensikt.

I tillegg til å dokumentere krav og forventninger og eventuelle avvik fra disse, er det viktig at arbeidsgiver også dokumenterer hvilken opplæring arbeidstakeren er tilbudt og/eller har gjennomført, eventuelt hvilke tilretteleggingstiltak som har blitt iverksatt for å avhjelpe arbeidstakeren. Dette er også relevant for bedriftens tilretteleggings- og opplæringsplikt, som er et gjennomgående tema i denne typen stillingsvern-saker:

Dersom arbeidstakeren har blitt gjort klar over at hans/hennes arbeidsytelse ligger markert

under forventningene/kravene, og det i løpet av en rimelig tidsperiode ikke har skjedd en merkbar forbedring, vil det kunne være grunnlag for oppsigelse. Forut for en skriftlig oppsigelse må arbeidsgiver kalle inn arbeidstaker til et drøftingsmøte i medhold av arbeidsmiljøloven § 15-1. I drøftingsmøtet skal arbeidsgiver redegjøre for bakgrunnen for at virksomheten vurderer å gå til oppsigelse, og gi arbeidstakeren mulighet til å supplere, eventuelt korrigere, de opplysninger som arbeidsgiver vil bygge på.

Dersom arbeidsgivers foreløpige vurdering ikke endres etter drøftingsmøtet, gjenstår kun oppsigelsen. Denne må være skriftlig og i samsvar med innholdskravene i arbeidsmiljøloven § 15-4. I motsatt fall vil oppsigelsen automatisk bli ugyldig.

