

# Arbeidsliv

## Sykefravær som grunnlag for oppsigelse

**Du er fortvilet! En ansatt har vært sykmeldt i lang tid, og du begynner å merke mangelen på kapasitet i praksisen.**

Kan du si opp en arbeidstaker som er sykmeldt? Ved langvarig sykdomsfravær er situasjonen vanskelig både for arbeidsgiver og arbeidstaker, og oppsigelse grunnet sykefraværet er et vanskelig tema. I arbeidsmiljøloven («aml») er den sykmeldte gitt et særlig stillingsvern, og terskelen for å kunne gå til oppsigelse grunnet sykefravær er høy. Det er ikke et ja/nei-svar på når oppsigelse kan finne sted, hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. I slike tilfeller vil ofte et sentralt vurderings-tema være om arbeidsgiver har gjort nok overfor den sykmeldte og om det er utsikter til bedring for arbeidstakeren.

### 1 Rent overordnet

I de fleste tilfeller vil en sykmeldt arbeidstaker volde få problemer. Sykdomsfravær er noe en som arbeidsgiver må regne med. Ved alvorlig sykdom som en vet vil medføre lengre sykefravær vil det være naturlig at det ansettes en vikar, og dermed volder ikke fraværet så mange problemer. Problemene med sykefravær oppstår normalt i de situasjoner hvor det er et hyppig fravær samt i de situasjoner hvor årsaken til sykdomsfraværet er uklar det være seg psykiske forhold, konflikter på arbeidsplassen, problemer i privatlivet osv. I slike tilfeller hender det at arbeidsgiver og arbeidstaker blir enige om å avslutte arbeidsforholdet da det anses best for begge parter. Merk at dette er en løsning som lovgivingen ikke legger opp til, og en slik avtale er dermed mest praktisk hvor arbeidstakeren allerede har funnet seg en ny jobb.

Arbeidstaker som er sykmeldt, uansett årsak, er i aml<sup>1</sup> gitt en verneperiode på 12 måneder. Vernet suppleres av domstolskapte normer som gir vern også etter at verneperioden er over. Loven inneholder ikke et forbud mot å gå til oppsigelse grunnet

sykdom etter verneperioden, men rettspraksis legger til grunn en streng saklighetsnorm ved oppsigelse på dette grunnlag. Rettspraksis viser at fraværsprosenten må være relativt høy<sup>2</sup> over flere år for at sykdomsfraværet skal bli akseptert som oppsigelsesgrunn. I tillegg ses det på andre momenter, slik som arbeidstakers prognose for å bli frisk, skadevirkningene av sykefraværet for virksomheten både økonomisk og praktisk etc. Videre er det av betydning om arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggings – og oppfølgingsplikt overfor den sykmeldte. Dette er strenge plikter som gjelder så langt det er praktisk mulig. I denne sammenheng er virksomhetens størrelse, økonomi mm. av betydning for å vurdere hvor langt arbeidsgivers plikter strekker seg.

### 2 Verneperioden

De fleste har hørt om og har et visst forhold til at det er vanskelig å si opp noen på grunn av sykdom, og at sykmeldte er gitt et særlig vern. Det særlige vernet fremkommer av aml § 15-8, første ledd som lyder:

*«Arbeidstaker som helt eller delvis er borte fra arbeidet på grunn av ulykke eller sykdom kan ikke av denne grunn sies opp de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte.»*

Bestemmelsen innebærer et absolutt forbud mot å gå til oppsigelse grunnet selve sykefraværet i de første 12 månedene etter at arbeidsuførheten inntrådte. Etter utløpet av verneperioden må en eventuell oppsigelse være saklig begrunnet etter de alminnelige reglene i aml § 15-7. Verneperioden regnes fra arbeidstakerens første fraværsdag, dette være seg egenmelding eller sykmelding, og den løper til arbeidstaker kommer tilbake på arbeid, eller det har gått 12 måneder.

Det er forholdsvis vanlig at arbeidstaker kommer tilbake etter en sykmelding for så å bli sykmeldt på ny. I slike tilfeller begynner det i utgangspunktet å løpe en ny verneperiode, det

<sup>1</sup> Aml § 15-8

<sup>2</sup> Et sted mellom 38–50 %

kan imidlertid tenkes unntak hvor det er kort avstand i tid mellom sykdomsfraværene og fraværet skyldes det samme forholdet. Vær oppmerksom på at det som den store hovedregel ikke er anledning til å summere opp korte, men hyppige sykdomsfravær.<sup>3</sup>

Forbudet mot oppsigelse gjelder kun oppsigelse som skyldes selve sykefraværet, oppsigelse kan således finne sted på annet grunnlag. Det vil dermed være mulig å si opp en sykmeldt arbeidstaker grunnet for eksempel driftsinnskrenkninger etc. Vær imidlertid oppmerksom på at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at oppsigelsen ikke skyldes sykefraværet. Det er også verdt å merke seg at lovens verneperiode medfører at den sykmeldte får forlengelse av frist for å kreve forhandlinger og til å gå til søksmål til verneperioden er over, uavhengig av grunnlaget for oppsigelsen.<sup>4</sup>

### 3 Arbeidstakerens plikt til å varsle om sykefravær

Arbeidstaker er forpliktet til å varsle om sitt sykefravær så snart han/hun er klar over fraværet. Varselet skal som hovedregel gå til nærmeste leder med mindre arbeidsplassen har lagt opp til andre rutiner. Dermed er det ikke tilstrekkelig å sende en SMS eller e-post til en kollega. Begrunnelsen for at nærmeste leder skal ha beskjed er blant annet for at vedkommende skal få snakket med den sykmeldte om hvor lenge fraværet antas å vare. Slik kjennskap vil gi arbeidsgiver mulighet til å flytte på arbeidsoppgaver, vurdere vikar etc. Videre vil arbeidsgiver kunne ha behov for å få avklaring i forhold til enkelte arbeidsoppgaver som vil kunne trenge oppfølging i løpet av fraværperioden.

Det vil innebære et pliktbrudd dersom arbeidstaker ikke varsler om fraværet på riktig måte, eller på annen måte gjør seg utilgjengelig for arbeidsgiver ved for eksempel å ikke ta telefonen. Det er imidlertid viktig at den ansatte har fått klar beskjed om hvilke rutiner det er ved fravær grunnet sykdom og hvilke varslingsrutiner som skal følges. Skulle det vise seg at arbeidstaker er for syk til å ha kommunikasjon med arbeidsgiver, må dette dokumenteres gjennom en legeerklæring.

### 4 Oppfølging av den sykmeldte

Når arbeidsgiver er gjort oppmerksom på at en arbeidstaker er sykmeldt, må arbeidsgiver påse å følge opp den sykmeldte slik at vedkommende så raskt som mulig kan komme tilbake til

jobb. Utgangspunktet er at den sykmeldte skal gis anledning til å fortsette i sitt daglige arbeid, eventuelt med noe tilrettelegging. Hvor langt arbeidsgiver er pliktig til å gå vil være opp til en konkret vurdering. Rent generelt vil større virksomheter bli pålagt noe videre plikter enn de små. Videre er det lagt opp til at arbeidsgiver i samråd med den sykmeldte så snart som mulig, og senest innen 4 uker, skal utarbeide en oppfølgingsplan, med mindre dette er åpenbart unødvendig. Det skal deretter avholdes et dialogmøte med arbeidstaker innen 7 uker. Det er arbeidsgiver som skal kalle inn til dialogmøte, og både lege og NAV kan kalles inn til dette møtet.<sup>5</sup> Innen 8 uker skal det være igangsatt arbeidsrettede tiltak.<sup>6</sup> Dersom arbeidstaker ikke er tilbake i jobb etter 6 måneder (26 uker) så skal NAV kalle inn til et nytt dialogmøte. Et tredje dialogmøte kan avholdes i regi av NAV når arbeidstaker nærmer seg 12 måneders sykefravær. Arbeidstaker plikter på sin side å informere om restarbeidsevne, delta på dialogmøte samt aktivt medvirke til at han/hun kan komme tilbake i arbeid.<sup>7</sup>

### 5 Saklig grunn til oppsigelse grunnet sykefravær

Etter at verneperioden i § 15-8 har løpt ut har arbeidsgiver anledning til å vurdere oppsigelse etter de alminnelige oppsigelsesregler i lovens § 15-7. Bestemmelsens første ledd lyder:

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

Det er imidlertid verdt å merke seg at det ikke er en automatikk i at den ansatte kan sies opp grunnet sykefravær etter utløpt verneperiode. Vilklårene i § 15-7 må være oppfylt og det må foreligge en saklig grunn for oppsigelse. Kravet til saklig grunn medfører at oppsigelsen ikke må være begrunnet med utenforliggende eller usaklige hensyn, og de forhold som påberopes må være tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne oppsigelsen. Terskelen for å gå til oppsigelse er høy og arbeidsgiver må kunne vise til tilstrekkelig gode grunner.<sup>8</sup> Kravet til saklig grunn medfører at arbeidsgiver må bygge avgjørelsen på et korrekt faktisk grunnlag. Det er arbeidsgiver som er tillagt bevisbyrden for at vilklårene for oppsigelse er til stede.

<sup>3</sup> Se Rt 2011 s. 596

<sup>4</sup> Se aml § 17-5, første ledd

<sup>5</sup> Se aml § 4-6, fjerde ledd

<sup>6</sup> Folketrygdloven § 8-7, fjerde ledd

<sup>7</sup> Jf aml § 4-6, tredje og fjerde ledd samt § 2-3, annet ledd, litra f og g

<sup>8</sup> Rt 2009 s. 685

### 5.1 Momenter av betydning

Hva som ligger i kravet til saklig grunn er utviklet gjennom rettspraksis, og det er således naturlig å se på de momenter som av rettspraksis kan utledes som relevante når det skal vurderes om det er anledning til å si opp en ansatt med langvarig sykefravær. De mest relevante momentene som rettspraksis peker på vil bli gjennomgått under, vær imidlertid oppmerksom på at gjennomgangen ikke er uttømmende. Videre må en alltid huske på at det må foretas en individuell helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Ingen tilfeller er helt identiske.

#### 5.1.1 Prognose for fremtidig fravær

Sett hen til om det foreligger anledning til å si opp en arbeidstaker med langvarig sykefravær så er et viktig vurderingstema hvilken prognose som foreligger for den ansattes fravær i tiden som kommer. Er det utsikter til at den sykmeldte kommer tilbake innen overskuelig fremtid eller må en belage seg på at arbeidstaker også i tiden fremover blir mye borte. Med overskuelig fremtid er det naturlig å tenke seg en periode fra 3–5 måneder. Utgangspunktet er at det fraværet som har vært, er historie. Dersom arbeidstaker på vurderingstidspunktet er helt frisk, er det verken behov for eller anledning til å gå til oppsigelse. Det at det legges til grunn at tidligere fravær er historie er en sannhet med modifikasjoner. Historisk fravær vil i enkelte tilfeller likevel regnes som relevant. Et eksempel på dette er i tilfeller hvor en kan se at arbeidstaker i de senere år har hatt et mer eller mindre konstant høyt sykefravær. Det konstante sykefraværet over lengre tid kan underbygge at slikt fravær ikke er utenkelig også i tiden fremover. I tilfeller som dette vil fraværnivået kunne inngå i vurderingen av en mulig oppsigelse så fremt arbeidstaker ikke kan sannsynliggjøre at fraværsprognozen er feil.

#### 5.1.2 Tilretteleggings- og omplasseringsplikten

Et annet viktig moment som ofte tillegges vekt er om arbeidsgiver har oppfylt plikten til tilrettelegging og omplassering.<sup>9</sup> Om det er gjort nok må vurderes konkret, dette er naturlig nok en vurdering som ikke er enkel. Til dette momentet er det viktig å være klar over at dersom arbeidsgiver blir ansett for å ikke ha gjort nok eller på annen måte er å bebreide i forhold til dette, så vil det være ytterst vanskelig å sannsynliggjøre at det foreligger en saklig grunn til oppsigelse. Av dette følger at arbeidsgiver

bør strekke seg relativt langt i sitt forøk på å tilrettelegge og eventuelt omplassere. Hvor mye som må til for at det er gjort nok vil naturlig nok også avhenge av bedriftens størrelse, normalt sett stilles det noe lavere krav til små bedrifter enn til de større.

#### 5.1.3 Arbeidstakers medvirkningsplikt

Det er også lagt plikter på arbeidstaker i en slik situasjon. For det første plikter arbeidstaker så snart som mulig å varsle om sitt sykefravær. Videre er arbeidstaker pliktig til å samarbeide slik at det kan utferdiges en oppfølgingsplan. Dersom arbeidstaker ikke overholder sine plikter vil dette kunne være sentrale momenter ved vurderingen av en eventuell oppsigelse.

#### 5.1.4 Saksbehandling

Det er arbeidsgiver som har hovedansvaret for at det settes opp en oppfølgingsplan samt å innkalle til og delta på dialogmøter. Disse pliktene skal bidra til å tilrettelegge for at arbeidstakeren kan komme tilbake til sitt arbeid så fort som mulig. Dersom det er snakk om oppsigelse må arbeidsgiveren samtidig huske på at de er pliktige til å kalle inn arbeidstakeren til et drøftelsesmøte før en eventuell oppsigelse.<sup>10</sup> Det er viktig at arbeidsgiveren overholder sine plikter overfor den sykmeldte, skulle det være noe å bebreide arbeidsgiveren for rundt dette så vil dette være et moment som vil bidra til å svekke grunnlaget for oppsigelsen.

#### 5.1.5 Tap/ulempe for arbeidsplassen

Et annet viktig moment som teller med er det faktum at en arbeidstakers sykefravær medfører tap og ulempe for bedriften samt øker belastningen for øvrige ansatte. Det ligger i kortene at sykefravær vil kunne medføre et økonomisk tap for bedriften, den sykmeldtes arbeidsoppgaver vil ofte ikke bli gjort hvilket ofte medfører mindre inntjening. Videre vil bedriften ha mindre kapasitet når en arbeidstaker er sykmeldt. I de tilfellene hvor det ikke er mulig eller hensiktsmessig å få ansatt en vikar vil andre arbeidstakere i bedriften normalt sett måtte overta den sykmeldtes arbeidsoppgaver, dette vil over tid kunne bety en merbelastning på de øvrige ansatte som ikke er til å leve med. Hvor tapet kan sies å bli av noe størrelse og hvor belastningen for øvrige ansatte er stor vil dette være momenter som tillegges vekt ved vurdering av en oppsigelse.

<sup>9</sup> Se aml § 4-6

<sup>10</sup> Jf aml § 15-1

### 5.1.6 Type stilling

Praksis viser at det også kan ha betydning hvilken stilling den sykmeldte innehar. Normalt sett vil det være mer problematisk å finne en vikar for en arbeidstaker som har en nøkkelrolle eller ledende stilling. Det legges også vekt på hvilke arbeidsoppgaver den sykmeldte innehar i sitt arbeide. En tannhelsesekretær/ klinikkassistent som innehar flere nøkkelroller i den daglige drift vil kunne være vanskeligere å få erstattet enn en som ikke innehar en sentral rolle i den daglige drift. Konsekvensen er at sykefravær fra arbeidstakere som har nøkkelrolle/ledende stilling noe lettere vil kunne medføre oppsigelse enn for arbeidstaker som ikke innehar en slik sentral rolle.

## 6 Avslutningsvis

Når det skal vurderes om det er anledning til å si opp en sykmeldt arbeidstaker er det mange momenter som må vurderes, og det er en svært vanskelig vurdering. Ingen situasjoner er helt like, og det må vurderes konkret i hvert tilfelle hva som er riktig å gjøre. Har begge parter fulgt opp sine plikter, vil arbeidstaker kunne komme tilbake i arbeid snart eller er det svært usikkert. I alle tilfeller må verneperioden være over før en i det hele tatt vurderer oppsigelse på grunnlag av selve sykdoms-

fraværet, og arbeidsgiver må kunne sannsynliggjøre at det foreligger saklig grunn til oppsigelse, jf aml § 15-7. Sentrale momenter vil her være prognose for fremtidig fravær, kostnader ved fravær, belastning på andre ansatte etc. I alle tilfeller er det tilrådelig at en tenker seg godt om og foretar en grundig vurdering, og søker hjelp fra sekretariatet til å få foretatt en vurdering av hvilke muligheter du har dersom en arbeidstaker er langvarig sykmeldt.

Ann-Britt Rognes  
Advokat i NTF

### FAKTABOKS

#### Oppsigelse av sykmeldt arbeidstaker etter verneperioden

Har arbeidstaker vært sykmeldt i over 12 måneder og du vurderer oppsigelse bør du først vurdere disse momentene:

1. Har du som arbeidsgiver oppfylt dine tilretteleggingspliktene etter aml?
2. Er det utsikter til bedring?
3. Vil det være urimelig å gå til oppsigelse?