

Forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler – utvalgte problemstillinger

Av Tonje Forså Aas*

1	Introduksjon	2
1.1	Emnet	2
1.2	Kort om enkelte rettskilder	5
1.3	Om begrepet heving	5
2	Introduksjon til temaet – problempresentasjon	6
3	Rt. 2004 s. 76	10
4	Konflikten mellom avtaleretten og arbeidsmiljøloven	14
5	Situasjonen etter tiltredelse – avklart med Rt. 2004 s. 76?	18
5.1	Uttrykk for en generell regel?.....	18
5.2	Komparative innspill – utenlandsk rett.....	22
5.3	Avviker resultatet fra alminnelig kontraktsrett? Nærmere om konsumpsjonsprinsippet.....	26
5.4	Et godt resultat?.....	29
5.5	Kort om arbeidstakers valgtrett etter tiltredelse.....	30
6	Opphør før tiltredelse og gyldig arbeidsavtale: Arbeidsmiljølov eller alminnelig kontraktsrett?	31
6.1	Innledning.....	31
6.2	”Arbeidstaker” i ”arbeidsforhold”	32
6.3	Hensyn bak stillingsvernsreglene	38
6.4	Innspill fra juridisk litteratur og underrettspraksis	43
6.5	Oppsigelse og heving – adgang og rettsvirkninger.....	44
7	Opphør før tiltredelse og ugyldig arbeidsavtale – stillingsvern eller avtalerett?	54
7.1	Innledning.....	54
7.2	Gyldighet et vilkår for stillingsvern?.....	55
7.3	Et kritisk blikk på Høyesteretts dictum i Rt. 2004 s. 76	58
7.4	Kort om arbeidstakers valgtrett før tiltredelse	65
8	Særlige spørsmål	66
8.1	Innledning.....	66
8.2	Tilblivelsesmangler og opprinnelig ugyldighet	66
8.3	Etterfølgende ugyldighet	69
8.4	Bebredelse	72
9	Oppsummering	75
	Før tiltredelse	75
	Etter tiltredelse	77
10	Tilbakekall og ugyldighet av oppsigelser – introduksjon	77
10.1	Presentasjon.....	77
10.2	Tilgrensende problemstillinger – særlig om reklassifisering	80
	<i>forts. s. 2</i>

* Tonje Forså Aas (f 1982) er Master i rettsvitenskap (UiO 2008). Fra januar 2009 er hun advokatfullmektig i Advokatfirmaet Lund & Co DA. Artikkelen er en bearbejdet versjon av hennes mastergradsavhandling, skrevet som vitenskapelig assistent ved Arbeidsrettsgruppen, Institutt for privatrett, UiO, januar 2008 – januar 2009.

11 Ugyldighet	86
11.1 Innledning	86
11.2 Avtaleloven § 33	87
11.3 Avtaleloven § 36	93
11.31 Oversikt	93
11.32 De ulike momentene	96
12 Tilbakekall re integra	102
12.1 Oversikt	102
12.2 "Særlige grunner"	104
12.3 Innrettelse	107
12.4 Tidsperspektivet	107
13 Forholdet mellom grunnlagene og oppsummerende betraktninger	108
14 Sluttkommentar og bemerkninger de lege ferenda	111
Referanser	115
Litteratur	115
Lovforarbeider, offentlige dokumenter	118
Rettspraksis	119

1 Introduksjon

1.1 Emnet

En rekke forskjellige lover har anvendelse for arbeidsforhold i større eller mindre grad. Ved siden av de særlige arbeidsrettslige lover som eksempelvis arbeidsmiljøloven¹ og ferieloven² kan også generell lovgivning som forvaltningsloven,³ folketrygdloven⁴ og avtaleloven⁵ få anvendelse. Dette innebærer at man har flere regelsett å forholde seg til når rettstilstanden mellom partene på ulike stadier skal avklares. Regelsettene fungerer ofte side om side. Men det kan oppstå situasjoner hvor de kommer i konflikt med hverandre, og man følgelig må se på hvordan regelsettene forholder seg til hverandre.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven/aml.).

² Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven/feriel.).

³ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven/fvl.).

⁴ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven/ftrl.).

⁵ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven/avtl.).

Emnet for denne fremstillingen er forholdet mellom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler og avtalerettens ugyldighetsregler.¹¹ Det er særlig to problemstillinger som er interessante og som skal tas opp til behandling. Den ene er der ugyldighetsinnsigelser blir påberopt i forbindelse med arbeidsavtalens inngåelse og den anførte ugyldighetsgrunn knytter seg til selve avtaleinngåelsen. Den andre er der ugyldighetsinnsigelser blir påberopt i forbindelse med oppsigelse av en arbeidsavtale, og det er oppsigelsen som påbud i avtalerettslig forstand det hevdes å knytte seg avtalerettslig ugyldighet til.

Den *første* problemstillingen knytter seg til forholdet mellom avtaleretten og stillingsvernsreglene ved *inngåelse* av en arbeidsavtale. Etter at partene har inngått en arbeidskontrakt, kan det oppstå ønske fra en av partene om å fri seg fra kontrakten. Opphør av arbeidsforhold er regulert av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15. Samtidig gir avtaleretten grunnlag for tilsidesettelse av avtaler etter ugyldighetsbetraktninger. Det foreligger dermed to regelsett som kan gi grunnlag for opphør av en arbeidsavtale. Spørsmålet er om den krenkede part kan *velge* hvilket regelsett som skal legges til grunn.

I Rt. 2004 s. 76 avsa Høyesterett dom i en sak som omhandlet forholdet mellom avtaleretten og stillingsvernsreglene. Arbeidstakeren hadde tiltrådt stillingen og hadde arbeidet for arbeidsgiver i omtrent åtte måneder på det tidspunkt arbeidsgiver hevdet at arbeidsavtalen var ugyldig på grunn av forhold som forelå ved avtalens inngåelse. Hovedproblemstillingen for Høyesterett var hvorvidt arbeidsgiveren måtte bringe arbeidsforholdet til opphør i henhold til arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, eller om det "var tilstrekkelig å gjøre gjeldende avtalerettslig ugyldighet". Høyesterett kom til at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler måtte få forrang, og tilsidessatte dermed avtalerettslig ugyldighet som selvstendig grunnlag for opphør av avtalen. Dette ble begrunnet med at hensynene bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i all hovedsak gjør seg gjeldende etter at arbeidstaker har tiltrådt stillingen. Høyesterett modifiserte sitt standpunkt for de tilfeller at "forholdet oppdages få dager

¹¹ Det avgrenses således mot forholdet mellom avtaleretten og *andre* arbeidsrettslige lover, som eksempelvis tjenestemannsloven (lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m.) og sjømannsloven (30. mai 1975 nr. 18).

etter at arbeidsforholdet er tiltrådt”, og pekte på at det her muligens kan gjelde et slags utvidet *re integra*-prinsipp. Førstvoterende tok imidlertid ikke stilling til spørsmålet. I et obiter dictum sies det at dersom arbeidstaker *ikke* hadde tiltrådt før forholdet ble oppdaget, kunne arbeidsgiver ha brakt avtalen til opphør etter avtalerettslige ugyldighetsregler uten å gå veien om stillingsvernsreglene (avsnitt 46-48). Førstvoterende oppstiller således tidspunktet for tiltredelse som et skjæringspunkt for når avtalerettslig ugyldighet kan påberopes i arbeidsforhold.

Dommen berører flere spørsmål som gir grunnlag for drøftelser, og vil på mange måter være premissleverandør for de problemstillinger som behandles i kapitlene 2 – 9. Ut over denne dommen er det lite rettspraksis på dette området.

Den *andre* problemstillingen – som behandles i kapitlene 10 – 13 – knytter seg til forholdet mellom avtaleretten og stillingsvernsreglene ved *opphør* av arbeidsavtaler. ”En oppsigelse er en ensidig viljeserklæring som en av partene (A) i avtaleforholdet avgir overfor den andre (B) ... [Den] pålegger B en plikt og skaper en tilsvarende rett for A. Den er med andre ord et påbud.”¹² Ensidige viljeserklæringer kan som kjent settes til side som ugyldige etter avtalerettslige regler.¹³ Det kan derfor tenkes at en oppsigelse av en arbeidsavtale kan settes til side på avtalerettslig grunnlag. Problemstillingen er særlig relevant der arbeidstaker sier opp, men deretter ønsker å trekke oppsigelsen tilbake. Situasjonen kan eksempelvis være at det har oppstått konflikt mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og arbeidsgiver presser arbeidstaker til å si opp. Videre kan arbeidstaker si opp stillingen sin i affekt etter en uoverensstemmelse, men så angre på oppsigelsen. Spørsmålet er om arbeidstaker da kan trekke sin egen oppsigelse tilbake på grunnlag av avtalerettslige regler, slik at arbeidsforholdet fortsatt består.

Det finnes en god del rettspraksis på området, og vi skal se at tenkelige opphørsgrunnlag kan finnes i både avtaleloven §§ 33 og 36 og ved tilbakekall etter *re integra*-regelen. Videre ser vi at domstolene

¹² Mo 1999 s. 132.

¹³ Jf. bl.a. avtl. § 36 første ledd, andre punktum.

i enkelte saker velger å se på arbeidstakers oppsigelse som om det var arbeidsgiver som reelt sett sa opp, såkalt ”reklassifisering”.¹⁴

1.2 Kort om enkelte rettskilder

Den rettskildemessige betydning av *underrettspraksis* har vært gjenstand for diskusjon.¹⁵ Særlig om temaet i kapittel 10 flg. foreligger det mye underrettspraksis. Henvisninger til slik praksis er i første rekke gjort for å gi praktiske eksempler, men også for å belyse de vurderingsmomenter domstolene gjør bruk av. Særlig i de ikke sjelden forekommende tilfeller hvor juridisk litteratur viser til underrettspraksis, vil litteraturen og rettspraksis sammen ha større autoritet enn rettspraksis alene.¹⁶

Videre er *utenlandsk rett* viet en del plass i denne fremstillingen, og da først og fremst svensk og dansk rett. Grunnen til dette er at både den avtalerettslige og den arbeidsrettslige rettssituasjonen i disse to landene i stor grad er lik den norske når det gjelder slike spørsmål som tas opp her. Rettspraksis og teori fra Sverige og Danmark kan derfor være interessant og relevant i kraft av sin argumentasjonsverdi. Ut over det at henvisning til disse landenes rett gir en rent komparativ innfallsvinkel, vil de konkrete rettskilder fra disse landene derfor til en viss grad kunne anvendes direkte.

1.3 Om begrepet heving

Tradisjonelt brukes begrepet ”heving” som en betegnelse på en misligholdsbeføyelse som kan inntre dersom det foreligger vesentlig kontraktsbrudd på en gyldig avtale, hvor rettsvirkningen er at avtalen faller bort.¹⁷ I denne fremstillingen vil begrepet heving *også* bli brukt som en samlebetegnelse på bortfall etter avtalerettens regler. Det vil da bli presisert at det er tale om ”heving etter avtaleretten”. Dette er i samsvar med den terminologi som ofte benyttes i både teori og rettspraksis vedrørende spørsmålene som reises i kapittel 2 flg.

¹⁴ Se nærmere om begrepet ”reklassifisering” i punkt 10.2.

¹⁵ Se f.eks. Eckhoff og Helgesen 2001 s. 162 og Fleischer 1995 s. 172 flg.

¹⁶ Eckhoff og Helgesen 2001 s. 162.

¹⁷ Jf. bl.a. Gisle mfl. 2010 s. 124-125.

2 Introduksjon til temaet – problempresentasjon

Den overordnede problemstilling her er hvorvidt en arbeidsavtale kan termineres på avtalerettslig grunnlag. Nærmere bestemt er spørsmålet om det foreligger en *valgrett* med tanke på å påberope avtalerettslig ugyldighet eller misligholdsbeføyelser etter arbeidsmiljøloven.

Arbeidsmiljøloven har ingen bestemmelser som regulerer hvordan en *gyldig* arbeidsavtale inngås. Hvorvidt det foreligger en bindende arbeidsavtale, må i utgangspunktet avgjøres ut fra alminnelige avtalerettslige regler, jf. Rt. 1988 s. 766. Det innebærer for det første at tilbuds- og akseptmekanismen i avtl. §§ 2 flg. i prinsippet gjelder. For det andre forutsettes det at ingen av partene har tilbakekalt sin viljeserklæring etter avtl. § 7 eller etter det ulovfestede re integrasjonsprinsipp. Endelig forutsettes det at avtalen ikke kan settes til side etter avtalelovens ugyldighetsregler eller etter forutsetningslæren.¹⁸ Det er videre på rene at en arbeidsavtale kan inngås skriftlig, muntlig eller ved konkludent atferd.¹⁹

Arbeidsmiljøloven *har* derimot regler om hvordan en gyldig arbeidsavtale kan bringes til *opphør*, i lovens kapittel 15. Hvordan en *ugyldig* arbeidsavtale skal bringes til opphør, fremgår imidlertid ikke av arbeidsmiljøloven.

Som alminnelig utgangspunkt, og i de aller fleste tilfeller, vil en arbeidsavtale måtte avsluttes etter stillingsvernsreglene fordi arbeidsmiljølovens regler er preseptoriske, jf. aml. § 1-9. Dersom det imidlertid viser seg at avtalen er opprinnelig ugyldig, vil det oppstå et spørsmål om denne opphørsformen må stå tilbake for de opphørsregler som følger av avtaleretten. Hvis en av partene – på et eller annet tidspunkt – ønsker å påberope seg at avtalen ikke er bindende, er spørsmålet om man kan frigjøre seg fra avtalen på avtalerettslig grunnlag, eller, med andre ord, om man med hjemmel i avtalerettslige regler kan tilsidesette en inngått arbeidsavtale uten å ta hensyn til de opphørsregler som følger av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.

Spørsmålet er ikke løst i arbeidsmiljøloven. Det er heller ikke berørt i lovens forarbeider. Den arbeidsrettslige litteratur har berørt

¹⁸ Under denne lære faller både uriktige og bristende forutsetninger.

¹⁹ Jakhelln 2006 s. 218.

spørsmålet i noen grad, men problemet er ikke viet mye plass. Det foreligger imidlertid to avgjørelser fra Høyesterett hvor dette spørsmålet blir berørt. Den første ble avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg ved kjennelsen i Rt. 1988 s. 766. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt en for sen opplysning om arbeidssøkerens graviditet var en uriktig forutsetning for kommunens tilbud om lærervikariat, og om det i så fall ledet til at det ikke var inngått bindende avtale i og med søkerens aksept. Forutsetningssvikten ble først oppdaget da søkeren opplyste om sin graviditet i aksepten; den ble påberopt før arbeidstakeren tiltrådte. Kjæremålsutvalget uttalte at spørsmål om en arbeidsavtale er inngått, må avgjøres ut fra avtalerettslige regler. I dette tilfellet kom utvalget til at bristende forutsetninger etter omstendighetene kunne føre til at en bindende avtale ikke kunne anses inngått. Kjennelsen har i ettertid blitt fortolket slik at avtaleretten kan anvendes før arbeidstaker har tiltrådt.²⁰ Hvordan dette stiller seg etter arbeidstaker har tiltrådt, har imidlertid vært et uavklart spørsmål frem til Høyesterett i Rt. 2004 s. 76 uttalte seg om dette. I denne saken ble ugyldighetsgrunnen oppdaget og påberopt etter at arbeidstaker hadde tiltrådt, og Høyesterett kom til at avtalen måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler. Avtalerettens ugyldighetsregler ble således satt til side som selvstendig grunnlag for opphør etter tiltredelsestidspunktet. Høyesterett fulgte imidlertid opp Rt. 1988 s. 766 og uttalte i et *obiter dictum* at avtalerettens regler ville kommet til anvendelse dersom ugyldighetsgrunnen hadde blitt oppdaget før arbeidstaker hadde tiltrådt. Dommen klargjør således et skille i tid, hvor tidspunktet for tiltredelsen fungerer som skjæringspunkt for når en arbeidsavtale kan termineres etter avtalerettens regler.

Rettstilstanden før Rt. 2004 s. 76 var usikker. I juridisk litteratur ble det pekt på at spørsmålet var vanskelig, og at ”etter omstendighetene vil slike bristende forutsetninger kunne lede til at selve arbeidsavtalen er ugyldig, og stillingsvernsregler kommer dermed muligens ikke til anvendelse. Dersom arbeidsforholdet derimot har vart i lang tid, tilsier hensynet bak de særskilte verneregler at de muligens kommer til anvendelse”.²¹ Fougner pekte på at alminnelige

²⁰ Jf. bl.a. Eldøy 2004 s. 274-275 og Fougner 1999 s. 176.

²¹ Fougner, Holo og Friberg 2003 s. 579.

avtalerettslige regler må gjelde ved vurderingen av om en arbeidsavtale er bindende for partene, og fremholdt at læren om bristende forutsetninger i utgangspunktet kommer til anvendelse. Han mente at det ikke var ”problematisk å anlegge en slik synsvinkel” dersom det var gått kort tid siden tiltredelsen, men at spørsmålet var ”vanskeligere” dersom arbeidsforholdet hadde vart en tid. Videre skisserte han et mulig skille basert på hvor ”dramatisk” forutsetningssvikten var, og påpekte at hvor det for eksempel forelå manglende kompetanse for stillingen, så ville det vært fornuftig å avslutte arbeidsforholdet etter avtalerettens regler.²²

Videre forelå det et begrenset antall dommer fra underrettsinstansene. I NAD 1984 s. 337 (Bergen) fikk arbeidsgiver medhold i at arbeidsavtalen kunne tilbakekalles etter avtl. § 39 kort tid *før* avtalt tiltredelse, på grunn av arbeidstakers tilbakehold av opplysninger om tidligere straffbare forhold. Arbeidsmiljølovens opphørsregler ble ikke tatt i betraktning.

Hva gjelder tilfeller *etter* tiltredelse, fikk arbeidsgiver medhold i at arbeidsavtalen kunne kjennes ugyldig etter avtl. § 33 i Oslo byretts dom 5. november 1982.²³ Oslo Sporveier hadde søkt etter nye trafikkbetjener. Søkerne ble bedt om å henvende seg enten til hovedkontoret på Tøyen eller til lokalavdelingen på Majorstua. A henvendte seg til Tøyen, hvor han ble innkalt til konferanse. Der ble han spurt om han tidligere hadde vært straffet for vinningsforbrytelser. A opplyste at han et par år tidligere hadde fått en 45 dagers betinget dom for postbedrageri. Én uke senere fikk A beskjed om at han ikke fikk tilbud om ansettelse fra Sporveiene. Kort tid etterpå søkte A på nytt og henvendte seg denne gang til lokalkontoret på Majorstua. Her ble han ikke spurt om han hadde vært borte i straffbare forhold, og A opplyste heller ikke om dette selv. Han opplyste heller ikke at han kort tid før hadde søkt og fått avslag fra Tøyen. A fikk tilbud om stillingen og *tiltrådte* to dager senere. Ved en tilfeldighet fikk hovedkontoret på Tøyen kjennskap til at A hadde blitt tilsatt ved Majorstua, og opplyste Majorstua om hva som var skjedd. Oslo Sporveier hevet deretter kontrakten med A. Retten kom til at A måtte ha forstått at avslaget

²² Fougner 1999 s. 174, 176.

²³ Upublisert. Saksnr. 279/82-XVIII-29.

han fikk fra Tøyen var begrunnet i hans tidligere straffbare forhold, og videre måtte han forstå at Majorstua ikke hadde tilsatt ham dersom de hadde hatt kjennskap til dette. As fortivelse av opplysninger var derfor uredelig, og ansettelsesavtalen ble kjent ugyldig i medhold av avtl. § 33, uten at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ble tatt i betraktning.

I LARD 1979 s. 286 (Tromsø) unnlot arbeidstaker å opplyse om at tidligere arbeidsgiver hadde tatt ut sivilt søksmål mot ham vedrørende mulig underslag. Arbeidstaker hadde tidligere blitt frikjent i straffesak om samme forhold. På spørsmål om han hadde vært involvert i straffbare forhold, hadde han opplyst om frifinnelsen. Arbeidsgiver hadde ikke spurt om sivilrettslige tvister. Retten fant at arbeidstakers opplysningsplikt ikke omfattet det sivile søksmålet, og at avtalen derfor ikke var inngått på uriktige forutsetninger. Arbeidsgiverens umiddelbare terminering av arbeidsforholdet ble derved bedømt som en urettmessig avskjed. Hvorvidt retten ville ha valgt å anvende forutsetningslæren dersom arbeidstaker *hadde* blitt ansett å ha brutt sin opplysningsplikt, er et annet spørsmål; det er imidlertid ikke berørt i dommens premisser.

I NAD 1984 s. 23 (Hammerfest) ble forholdet også bedømt etter arbeidsmiljølovens regler *etter* arbeidstakers tiltredelse. Retten fant at arbeidstakers brudd på opplysningsplikt vedrørende tidligere straffbare forhold medførte ”at saksøker ble ansatt under bristende forutsetninger, og at dette forhold i seg selv danner grunnlag for oppsigelse av saksøker”. Arbeidsforholdet ble altså avsluttet i medhold av arbeidsmiljøloven selv om det forelå bristende forutsetninger for avtalen. Det skal bemerkes at arbeidstaker hadde arbeidet en stund, og at det også forelå andre forhold som ga grunnlag for saklig oppsigelse. Tilsvarende var tilfelle også i LARD 1977-78 s. 197 (Trondheim) hvor påstått uriktige opplysninger om kvalifikasjoner ved ansettelsen ble bedømt etter arbeidsmiljølovens regler om avskjed.

Underrettspraksis er med andre ord ikke konsekvent når det kommer til valg av regelsett.

Den videre fremstillingen vil særlig ta utgangspunkt i Rt. 2004 s. 76. Det vil bli søkt redegjort for dommens rettskildemessige vekt og hvilken betydning dommen har for senere rettsanvendelse. Jeg vil særlig fokusere på Høyesteretts skille basert på tidspunktet for tiltre-

delsen. Hvordan rettsforholdet mellom partene skal reguleres i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse, er på mange måter ikke klargjort – verken av lovgiver eller av domstoler.

I det følgende vil jeg fokusere på både arbeidstakers og arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsavtalen til opphør i medhold av henholdsvis arbeidsmiljøloven og avtaleretten. Det synes likevel mest praktisk at *arbeidsgiver* har størst interesse i å bringe avtalen til opphør etter *avtalerettens regler*, da arbeidsgiver i motsatt fall må forholde seg til arbeidsmiljølovens tvingende og omstendelige regler for opphør.²⁴ Hovedfokuset vil derfor ligge på arbeidsgivers adgang til å påberope seg avtalerettens regler. Arbeidstaker har på sin side i utgangspunktet en forholdsvis ubetinget rett til å fragå avtalen etter arbeidsmiljøloven,²⁵ og vil av denne grunn ikke ha et like sterkt behov for å påberope seg ugyldighet. Spørsmålet er likevel praktisk for de tilfeller at arbeidstaker ønsker å heve avtalen uten å overholde oppsigelsesfristen. Arbeidstakers adgang til å terminere avtalen vil derfor behandles der det synes praktisk og naturlig.

3 Rt. 2004 s. 76

Dommen i Rt. 2004 s. 76 er som nevnt sentral.

Saksforholdet var i korte trekk: En iransk mann (heretter A eller arbeidstaker) ble fast ansatt som allmennlærer ved en skole i Oslo kommune (arbeidsgiver), med tiltredelse 1. august 2000.²⁶ Tidlig i 2001 mottok skolen klager på hvordan A utførte arbeidet sitt. Skolen gikk da gjennom arbeidstakers søknad med vedlegg og oppdaget ved en tilfældighet at A ikke hadde den nødvendige kompetanse for stillingen som allmennlærer. A hadde lærerutdannelse fra Iran, og i 1992 hadde han søkt Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet om

²⁴ Se nærmere om sontringen mellom arbeidsmiljøloven og avtaleretten i kapittel 4.

²⁵ Bare lovlig eller avtalt oppsigelsesfrist må følges, jf. aml § 15-3. Unntak fra dette kan tenkes dersom det foreligger for eksempel bindingsklausul, jf. bl.a. Rt. 2006 s. 420.

²⁶ A ble først ansatt med tiltredelse 1. august 1999, men på grunn av ektefellens sykdom ble han innvilget ett års permisjon uten lønn frem til 31. juli 2000.

godkjennelse av sin utdanning. A fikk opplyst at han måtte ta en tilleggsprøve for allmennlærere for å kunne få godkjent utdannelsen. Han tok deretter en tilleggsprøve. I ettertid viste det seg imidlertid at den bare var en tilleggsprøve for *faglærere*, og han hadde følgelig tatt en mindre omfattende prøve enn det som var påkrevd. A opplyste dermed feilaktig i sin søknad at han hadde tilstrekkelig kompetanse for å bli tilsatt som allmennlærer. Arbeidsgiver endret etter dette ensidig As stilling til midlertidig stilling som faglærer med opphør 31. desember 2001, med den begrunnelse at As kompetansemangel var en uriktig forutsetning for ansettelsesavtalen. A protesterte mot dette, og med bistand fra fagforeningen sin hevdet han at han var tilsatt i fast stilling. A fikk etter dette forlenget engasjementet sitt noe, men fikk ikke tilbud om fast stilling. A gikk deretter til søksmål mot Oslo kommune med påstand om at han var fast tilsatt i undervisningsstilling ved X skole.

Oslo tingrett frifant Oslo kommune når det gjaldt kravet om fast ansettelse, men dømte kommunen til å betale A oppreisningserstatning på 50 000 kroner.²⁷ Saken ble påanket av begge parter, og Borgarting lagmannsrett kom til motsatt resultat.²⁸ Lagmannsretten fastslo at A var å anse som fast ansatt og tilkjente han erstatning på 25 000 kroner. Oslo kommune påanket dommen til Høyesterett. Ett av hovedspørsmålene Høyesterett måtte ta stilling til, var hvorvidt avtalerettslig ugyldighet kunne anvendes som grunnlag for opphør av arbeidsavtalen.

Oslo kommune anførte at As kompetansemangel måtte føre til at ansettelsen av A var ugyldig på grunn av As uriktige opplysninger, og at arbeidsmiljøloven derved ikke kom til anvendelse.²⁹ A på sin side anførte at det ikke bevisst var gitt uriktige opplysninger, og at reelle hensyn talte for at avslutning av arbeidsforholdet måtte skje innenfor rammene av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.³⁰

Høyesterett kom til at ansettelsesavtalen måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler. Reelle hensyn tilsa at disse regler

²⁷ Dom avsagt 05.12.02. Sak nr. 02-07144 A/48.

²⁸ Dom avsagt 25.06.03 (LB-2003-442).

²⁹ Avsnitt 23 og 24.

³⁰ Avsnitt 34 og 35.

måtte få anvendelse, fordi kompetansesvikten ble oppdaget *etter* at arbeidstaker hadde tiltrådt. Førstvoterende påpekte at stillingsvernsreglene ga en ”hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering” etter tiltredelsen, selv om det kunne være tale om en opprinnelig ugyldig avtale. Avtalerettens ugyldighetsregler kunne dermed ikke anvendes som selvstendig grunnlag for opphør etter dette tidspunkt. *Det at arbeidstaker hadde tiltrådt stillingen*, var således avgjørende for hvilke regler som kom til anvendelse.

Høyesterett startet med å poengtere at begge parter til dels var å bebreide for at kompetansemangelen ikke ble avdekket allerede ved ansettelsen. Det var uaktsomt av A å gi uriktige opplysninger, selv om det skyldtes en misforståelse fra hans side. Videre skyldtes feiltagelsen manglende oppfølging fra kommunens side, da den ikke hadde gjennomgått As papirer grundig nok på ansettelsestidspunktet. Det kan synes som at førstvoterende innledningsvis vurderte ansettelsesavtalen isolert sett som ugyldig, ettersom A ikke hadde den nødvendige kompetanse for stillingen.³¹ Den manglende kompetansen var således å anse som en uriktig forutsetning med hensyn til ansettelsen av A. Dette fremgår blant annet av avsnitt 44, hvor det heter at ”[d]et er på det rene – og heller ikke bestridt – at A ikke ville bli ansatt i stillingen som allmennlærer ved X skole, dersom det hadde vært kjent at han manglet tilleggsprøven”.

Det at ansettelsesavtalen kunne anses som opprinnelig ugyldig, var imidlertid ikke avgjørende for om stillingsvernsreglene skulle få anvendelse. Førstvoterende fremholdt nemlig at ”[d]et kan nok sies at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i og for seg bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, men jeg kan ikke se at en slik – mer teknisk – betraktningssmåte her kan være avgjørende”.³² Etter dette konstaterte dommer Tjomsland at problemstillingen ikke er løst i arbeidsmiljøloven, at det ikke foreligger forarbeider som berører temaet, og at problemstillingen bare så vidt er berørt i norsk og svensk juridisk teori. Høyesterett avgjorde deretter spørsmålet på grunnlag av *reelle hensyn*. Det ble fremholdt at ”de hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillings-

³¹ Jf. dette synspunkt også i Eldøy 2004 s. 275.

³² Avsnitt 46.

vernsregler, gjør seg i all hovedsak gjeldende” etter at arbeidstaker har tiltrådt stillingen. ”Stillingsvernsreglene synes å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering hvor arbeidstakeren, til tross for en opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen.”³³

Det skal kort bemerkes at resultatet i dommen for øvrig var at oppsigelsen av A ble kjent ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven. Det forelå derfor ikke grunn til å ta stilling til om oppsigelsen var gyldig etter arbeidsmiljøloven. A fikk derved medhold i sitt krav om at han var fast ansatt. Arbeidsgivers krav om fratredelse ble ikke tatt til følge.

Begrunnelsen for resultatet var altså at de hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, i all hovedsak gjør seg gjeldende etter tiltredelse. Arbeidstaker har med andre ord behov for et slikt vern som arbeidsmiljøloven tar sikte på å gi arbeidstaker, selv om det opprinnelig foreligger en ugyldig avtale. Hensynet til arbeidstaker står således i sentrum og tillegges avgjørende vekt.

Høyesterett antyder her et skille basert på *tid*, og antyder dermed at avtalerettens ugyldighetsregler har utspilt sin rolle hva gjelder opphør av arbeidsavtaler *etter* at arbeidstaker har tiltrådt. *Forholdet* mellom arbeidsmiljøloven og avtaleretten er da at arbeidsmiljølovens regler konsumerer avtalerettens regler, slik at de sistnevnte ikke har selvstendig anvendelse. Evju påpeker dog at ”[d]ette innebærer imidlertid ikke at avtalerettslige ugyldighetsinnsigelser knyttet til avtaleinngåelsen settes helt ut av spill”.³⁴ Han viser til at Høyesterett i avsnitt 48 fremholdt at de forhold som begrunner avtalerettslig ugyldighet, vil ”kunne trekkes inn i vurderingen av om det er saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljøloven ..., og også ved vurderingen av om han skal fratred stillingen under en tvist om gyldigheten av oppsigelsen”. Og videre, ”hvis arbeidstakeren er sterkt å bebreide – for eksempel ved bevisst å ha gitt uriktige opplysninger som var avgjørende for ansettelsen – vil dette etter omstendighetene kunne gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven ..., som må forstås slik at den kan anvendes i slike tilfeller”. Høyesterett begrunnet dette synspunkt med at

³³ Avsnitt 48.

³⁴ Evju 2004 s. 15.

stillingsvernsreglene gir en ”hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering” i slike tilfeller. Dette diskuterer jeg nærmere i kapittel 8. Høyesterett modifiserte imidlertid sitt standpunkt for de tilfeller hvor forholdet oppdages få dager etter tiltredelsen, og bemerket at det da muligens kan gjelde et slags utvidet re integra-prinsipp. Dette spørsmålet tok førstvoterende imidlertid ikke stilling til: uttalelsen blir stående som et *dictum*.

Førstvoterende fremholdt videre i et annet *obiter dictum* at dersom As kompetansemangel hadde blitt oppdaget før tiltredelse, kunne kommunen ha brakt avtalen til opphør i medhold av avtalerettens regler. Det kan spørres hvordan *forholdet* mellom arbeidsmiljøloven og avtaleretten må betraktes i så henseende. Kommer avtaleretten til anvendelse *ved siden av* stillingsvernsreglene, eller trer den inn *i stedet for* stillingsvernsreglene? Høyesterett fremholdt at før tiltredelse ”vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”. Spørsmålet er om Høyesterett her tilsiktet å *avskjære* arbeidsmiljølovens anvendelse før tiltredelse. I så fall må det også spørres om hvilke regler som skal gjelde dersom ugyldighet *ikke* blir påberopt ved opphør før tiltredelse. Man kan undre seg på om Høyesterett her gapte litt vel høyt, og om denne uttalelsen må tolkes innskrenkende.

4 Konflikten mellom avtaleretten og arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven og avtaleretten konstituerer ulikartede regler både materielt og prosessuelt. I det følgende gjør jeg rede for hvilke forskjeller regelsettene utgjør når det kommer til opphør av en arbeidsavtale.

Hvorvidt de *materielle vilkår* for å bringe arbeidsforholdet til opphør etter det ene eller andre regelsettet foreligger, er ofte sammenfallende.³⁵ Dette gjelder også til dels *rettsvirkingene* av å anvende det

³⁵ Man snakker da om tilfeller hvor ett og samme forhold (f.eks. brudd på opplysningsplikt) kan lede til både ugyldighet og misligholdsbeføyelser etter arbeidsmiljøloven. Se f.eks. Nazarian 2007a s. 206.

ene eller det andre regelsett.³⁶ Det vil i det følgende *ikke* bli redegjort nærmere for de eventuelle forskjeller som ligger i de materielle vilkår for henholdsvis å kjenne en arbeidsavtale ugyldig og å bringe arbeidsavtalen til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, fordi det forutsetningsvis må foreligge materielt grunnlag for å påberope begge for at man i hele tatt skal stå overfor en normkonflikt.

Forskjellen mellom å anvende avtalerettens ugyldighetsregler og arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler viser seg først og fremst i kravene til arbeidsgivers fremgangsmåte og prosessen rundt avslutningen av arbeidsforholdet. Ved opphør etter arbeidsmiljøloven stilles det strenge krav til saksbehandling og prosess. Dersom arbeidsavtalen bringes til opphør i medhold av avtalerettens regler, foreligger det derimot ingen krav til arbeidsgivers fremgangsmåte.

Dersom arbeidsgiver bringer avtalen til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, kreves det at arbeidsgiver gjør dette *skriftlig* og at oppsigelsen eller avskjeden inneholder de *opplysninger* som følger av aml. § 15-4, jf. også § 15-14 andre ledd. Videre kreves det at oppsigelsen eller avskjeden *drøftes* med arbeidstaker før arbeidsgiver fatter sin beslutning, jf. aml. § 15-1. Arbeidstaker har videre rett til å kreve *forhandlinger* etter oppsigelsen eller avskjeden er mottatt, jf. aml. § 17-3. Tilsvarende formkrav, drøftelsesplikt eller forhandlingsrett foreligger ikke ved heving etter avtaleretten.

Ved *oppsigelse* av arbeidstaker må den avtalte eller lovlige *oppsigelsesfrist* overholdes, jf. aml. § 15-3, og arbeidstaker vil etter omstendighetene kunne ha *rett til å stå i stilling* inntil saken er endelig avgjort, jf. aml. § 15-11. Noe slikt gjelder ikke ved anvendelse av avtalerettens regler.

Dersom arbeidstaker ønsker å bestride lovligheten av oppsigelsen eller avskjeden, er *søksmålsfristen* i utgangspunktet åtte uker, jf. aml. § 17-4 første ledd.³⁷ Dersom arbeidsgiver hever avtalen etter avtalerettens regler, og arbeidstaker ønsker å bestride gyldigheten av dette, finnes imidlertid ingen presis søksmålsfrist. Hvorvidt en sak om at en avtale er å anse som ugyldig, kan fremmes for domstolene, må

³⁶ Rettsvirkningene av å heve avtalen etter arbeidsmiljøloven (avskjed) og etter avtaleretten har samme rettsvirkning; umiddelbar fratreden.

³⁷ Se likevel enkelte unntak i § 17-4.

vurderes ut fra kravet til rettslig interesse og vurderingen av ”kravets aktualitet”, jf. tvisteloven³⁸ § 1-3 andre ledd.

Videre er regelsettene forskjellige når det kommer til krav om *erstatning*. Arbeidsmiljøloven hjemler erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap ved urettmessig oppsigelse og avskjed, jf. aml. § 15-12 andre ledd jf. § 15-14 fjerde ledd. Ved urettmessig heving etter avtalerettens regler finnes ingen hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap; slikt tap dekkes ikke etter alminnelige kontraktsrettslige eller erstatningsrettslige regler. Dersom retten skulle komme til at det ikke foreligger grunnlag for å kjenne arbeidsavtalen ugyldig etter avtalerettens regler, vil disposisjonen etter omstendighetene imidlertid kunne betraktes som en oppsigelse eller avskjed.³⁹ Erstatning for ikke-økonomisk tap vil således likevel kunne tilkjennes.

Til sist skal nevnes *domsstolsprosessen*. Arbeidsmiljøloven har en egen prosessordning som kommer til anvendelse når ”rettigheter eller plikter etter denne lov” skal avgjøres, jf. aml. § 17-1. Av praktisk betydning har det at retten settes med et arbeidslivskyndig meddommerutvalg, jf. aml. § 17-6, at det ikke skal foretas forlikrådsmegling, jf. § 17-1 tredje ledd, og at retten skal ”påskynde saken mest mulig og om nødvendig beramme saken utenom tur”, jf. § 17-1 fjerde ledd.⁴⁰ Denne prosessordningen skal følges dersom arbeidsavtalen sies opp eller heves etter arbeidsmiljølovens regler.

Et særlig spørsmål er om arbeidsmiljølovens prosessordning også kommer til anvendelse dersom arbeidsavtalen søkes avsluttet etter avtalerettens regler. Ordlyden i § 17-1 første ledd er klar med hensyn til at prosessreglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse i søksmål om ”rettigheter eller plikter etter denne lov”. Forarbeidene fremhever at ”[i] dette ligger ... en avgrensning mot krav som grunner seg på annen lovgivning (rettigheter og plikter etter

³⁸ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven/tvl.).

³⁹ Jf. bl.a. RG 2003 s. 268 (Eidsivating.)

⁴⁰ Se Gyldendal Rettsdata, kommentar til aml. § 17-1, note 649, av Tron Dalheim. www.karnov.no [20.11.08].

andre lover)”.⁴¹ Det synes derfor som at krav etter avtaleretten i utgangspunktet faller utenfor anvendelsesområdet til arbeidsmiljølovens prosessregler. Samtidig skal det bemerkes at hvis avtalerettslige regler blir påberopt, vil det rettslige spørsmålet være om det *eksisterer et arbeidsforhold*. I så henseende kan det kanskje hevdes at det å ha et arbeidsforhold, er å betrakte som en ”rettighet” etter arbeidsmiljøloven.⁴² De legislative begrunnelser for å ha en egen prosessordning i arbeidsrettssaker, gjør seg – etter mitt syn – også gjeldende når domstolene skal avgjøre hvorvidt det i hele tatt eksisterer et arbeidsforhold.⁴³

Uttalelser fra lovgiver og domstoler peker imidlertid i en annen retning. Anvendelsesområdet for arbeidsmiljølovens prosessregler har gjennom tidene blitt endret flere ganger. I kjennelsen i Rt. 1988 s. 766 slo Høyesteretts kjæremålsutvalg fast at arbeidsmiljølovens prosessregler ikke kom til anvendelse der saken gjaldt spørsmål om det var inngått bindende arbeidsavtale. Ordlyden i 1977-lovens⁴⁴ § 61 var på dette tidspunkt at ”i søksmål om usaklig oppsigelse” gjelder de særlige prosessregler etter arbeidsmiljøloven. På dette tidspunkt var ordlyden således klar på at de særlige prosessreglene bare gjaldt *oppsigelse etter arbeidsmiljøloven* og ikke opphør etter andre grunnlag.

Etter at denne kjennelsen ble avsagt, fant det sted en lovendring som hadde til formål å forenkle prosessordningen.⁴⁵ Ordlyden ble da endret til ”i søksmål om et *arbeidsforhold består* gjelder ... de særlige regler som går fram av paragrafen her” (min uth.), jf. § 61. Ordlyden pekte med andre ord i retning av at *alle* saker som gjaldt opphør av en arbeidsavtale, uavhengig av rettslig grunnlag, skulle føres etter den

⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 341.

⁴² Jf. bl.a. arbeidsmiljølovens formål om ”å bidra til et inkluderende arbeidsliv”, jf. § 1 bokstav e. I dette ligger at loven skal ha som formål å forhindre at arbeidstakere ”støtes ut av arbeidslivet” samt sørge for at ”de som står utenfor” kommer inn i arbeidslivet, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71.

⁴³ Blant annet vil partene være tjent med at retten påskynder saken, jf. § 17-1 fjerde ledd også når det skal avgjøres hvorvidt det foreligger et arbeidsforhold.

⁴⁴ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (opphevet).

⁴⁵ Lov 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

spesielle prosessordning i arbeidsmiljøloven. Forarbeidene påpekte imidlertid at

”En tvist om hvorvidt *det foreligger et arbeidsforhold*, skal i henhold til rettspraksis avgjøres ut fra vanlige avtalemessige prinsipper og behandles etter de ordinære prosessreglene i tvistemålsloven” (Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 206; min uth.).

Det må derfor være klart at spørsmålet om hvorvidt en arbeidsavtale var bindende inngått (en realitetsvurdering etter avtalerettens regler), da måtte følge den alminnelige sivilprosess. Spørsmålet er om dette utgangspunktet fortsatt står seg etter lovendringen i 2005. Forarbeidene til 2005-loven uttaler seg ikke om dette, men fremhever at endringene som ble gjort i prosesskapitlet, ikke skulle innebære materielle endringer i reglene.⁴⁶ Man må derfor kanskje gå ut fra at tvister om hvorvidt bindende arbeidsavtale foreligger, (fortsatt) må behandles etter den alminnelige sivilprosess. Etter mitt syn er det imidlertid holdepunkter for å hevde at spørsmålet om hvorvidt det i hele tatt eksisterer et arbeidsforhold, må betraktes som en ”rettighet” etter arbeidsmiljøloven, og at ordlyden i seg selv ikke utelukker en slik tolkning.

Det som er sagt ovenfor, viser at det for begge parter er av stor betydning hvilket regelsett som faktisk får anvendelse. For arbeidstaker vil et opphør etter arbeidsmiljøloven være å foretrekke da denne loven bl.a. gir en langt mer informativ og oversiktlig prosess. Arbeidsgiver vil på den annen side kunne ha et ønske om å terminere avtalen med øyeblikkelig virkning uten å gå veien om den omstendelige prosess arbeidsmiljøloven krever.

5 Situasjonen etter tiltredelse – avklart med Rt. 2004 s. 76?

5.1 Uttrykk for en generell regel?

Det konkrete resultat i dommen avskar arbeidsgiveren fra å bringe arbeidsavtalen til opphør etter avtalerettens regler. Spørsmålet er om dette resultatet kan anses å ha helt generell rekkevidde, eller om man bør se på resultatet med visse reserver.

⁴⁶ NOU 2004:5 s. 454.

Hvor stor rettskildemessig vekt en høyesterettsdom bør tillegges i senere rettsanvendelse, avhenger for det første av hvor sentralt rettssetningen står i begrunnelsen av resultatet.⁴⁷ I dommens avsnitt 48 foretar Høyesterett (førstvoterende) en vurdering av hva som vil være den beste regel etter arbeidstakers tiltredelse, og vurderingen gis i *generelle termer*. Dette gjøres ved at førstvoterende gir *andre* eksempler på ugyldighetsgrunner enn de som forelå i den konkrete saken, og viser hvordan arbeidsmiljøloven vil kunne gi en ”tilstrekkelig fleksibel regulering” i slike tilfeller. *Deretter* knyttes den generelle regel opp til den konkrete sak. Den generelle rettsregel som først utledes, anvendes således direkte på det foreliggende saksforhold og er avgjørende for Høyesteretts resultat. Regelen fremstår derved som en generell regel, og man må derfor anta at Høyesterett har ønsket å legge føringer for en *generell rettsstilstand*.

Videre er et sentralt moment om avgjørelsen bygger på en ”klar og fullstendig formulert rettssetning”, eller ”om det er tatt forbehold eller reservasjoner av noe slag”.⁴⁸ Førstvoterende påpeker i avsnitt 49 at han i *utgangspunktet* er kommet til at tiltredelsen må være avgjørende ”for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler her skal anvendes”. Han fant ikke grunnlag for å ”la løsningen avhenge av hvor lang tid vedkommende har vært i arbeidet”. Han fremholder imidlertid at det muligens kan ”gjelde et slags *utvidet re integra-prinsipp* for tilfeller hvor forholdet oppdages få dager” (min uth.) etter tiltredelsen, og antyder på den måten at den regel Høyesterett kom til, ikke nødvendigvis gjelder absolutt. Førstvoterende tar imidlertid ikke stilling til spørsmålet og legger heller ingen føringer for hvordan dette *dictum’et* skal forstås.

Det ulovfestede *re integra-prinsippet* bygger på den forutsetning at en viljeserklæring kan tilbakekalles dersom det foreligger *særlige grunner* for tilbakekallet og dersom den andre part ennå ikke har *innrettet seg* etter løftet. Det må i tillegg *ikke ha gått for lang tid* fra den andre part får kunnskap om løftet og til tilbakekallet skjer. Vilkårene er kumulative og bygger på en analogi fra avtl. § 39.⁴⁹

⁴⁷ Skoghøy 2002 s. 335.

⁴⁸ Skoghøy 2002 s. 334.

⁴⁹ Woxholth 2006a s. 87 flg.

Rettslig sett er tilbakekall re integra noe annet enn opprinnelig ugyldighet, idet tilbakekallet knytter seg til løftebindingen. Dersom en part tilbakekaller sitt løfte, kan man, litt upresist, si at det *aldri* har kommet i stand noen avtale. Opprinnelig ugyldighet bærer på den annen side mer preg av at avtalen ikke får rettsvirkning på grunn av ”utilbørlig adferd fra medkontrahentens side”, etc.⁵⁰ *I praksis* vil rettsvirkningene imidlertid bli de samme; avtalen får ikke rettsvirkninger etter sitt innhold.⁵¹ Begrunnelsen og hensynet bak de ulike reglene er også i stor grad de samme; det foreligger gode grunner for at løftегiveren ikke skal være bundet av sitt løfte.⁵² Det kan derfor synes noe påfallende og selvmotsigende at førstvoterende spekulerer i at det skal gjelde et utvidet re integra-prinsipp kort tid etter tiltredelse, når han like før fremholder at det ikke er grunnlag for å la løsningen avhenge av hvor lang tid arbeidstaker har fungert i sin stilling.

Tidsvilkåret i det ulovfestede re integra-prinsippet innebærer at tilbakekallet må komme ”umiddelbart etter at den første viljeserklæring er blitt den annen part bekjent”.⁵³ Hvor lang tid som bør godtas, kan variere litt etter hvor viktig transaksjonen er.⁵⁴ Rettspraksis har godtatt tilbakekall som er gitt én uke etter viljeserklæringen ble avgitt, jf. bl.a. Rt. 1983 s. 281. Et tilbakekall fra arbeidsgiver må som utgangspunkt komme umiddelbart, og antageligvis innen én uke, etter at et tilbud om stilling er gitt til arbeidstaker. Fristen regnes altså fra det tidspunkt arbeidsgiver gir arbeidstaker tilbud om stillingen, og *ikke* fra tiltredelsestidspunktet. Vanligvis går det en viss tid mellom avtalebindingen og tiltredelsen – ofte mer enn én uke – og normalt vil tilbakekallsadgangen da allerede være avskåret. Dersom arbeidsgiver skal kunne benytte seg av tilbakekallsadgangen *etter* arbeidstakers tiltredelse, forutsetter det at tiltredelse finner sted umiddelbart etter avtaleinngåelsen, slik at arbeidsgiver skal rekke å avgi sitt tilbakekall innen ”fristen”. Det å skulle anvende prinsippet om tilbakekall re integra synes av denne grunn lite praktisk.

⁵⁰ Woxholth 2006a s. 287.

⁵¹ Hov 2002a s. 184.

⁵² Woxholth 2006a s. 287.

⁵³ Stang 1935 s. 297.

⁵⁴ Hov 2002a s. 95.

Innrettelsesvilkåret etter re integra-prinsippet innebærer at jobbtilbudet ikke kan tilbakekalles dersom arbeidstaker har innrettet seg etter tilbudet. Når arbeidstaker først har tiltrådt stillingen – selv om det har gått kort tid – kan det neppe sies at hun ikke har innrettet seg etter arbeidsavtalen. En arbeidstaker som inngår en arbeidsavtale, vil høyst sannsynlig innrette seg etter avtalen lenge *før* tiltredelsen skjer; han sier opp sin tidligere stilling, flytter, etc. Det må i så fall kunne sies at arbeidstaker har innrettet seg *etter* at stillingen er tiltrådt, og vilkårene for tilbakekall etter dette prinsippet vil således ikke være oppfylt.

De materielle vilkår for å påberope seg re integra-prinsippet etter tiltredelse vil derfor vanskelig kunne oppfylles, og man kan lure på om det var dette førstvoterende siktet til når han uttrykte at det kunne gjelde et *utvidet* re integra-prinsipp. Mente han at det skal kunne foreligge grunnlag for å tilbakekalle selv om tids- og/eller innrettelsesvilkåret ikke er oppfylt? Dette vil i så fall innebære en relativt drastisk endring av det gjeldende prinsipp, idet man da ikke lenger kan forholde seg til de opprinnelige, ordinære vilkårene etter prinsippet. Spørsmålet om det var dette Høyesterett mente, må jeg la stå åpent.

Etter hva jeg kan se, foreligger det i hvert fall ikke grunnlag for å påberope seg det *ordinære* re integra-prinsippet etter tiltredelse. Reelt sett innebærer dommen da at tidspunktet for tiltredelsen er det avgjørende skjæringspunkt for når avtalerettens regler får anvendelse, i og med at det ikke er rom for en slik re integra-basert unntaksregel.⁵⁵

Det at Høyesterett uttalte seg med en viss modifikasjon, kan imidlertid i seg selv tale for at Høyesterett har vært ”usikker på hvor langt den løsning den har kommet til, kan danne grunnlag for en mer generell regelformulering”.⁵⁶ Høyesteretts utgangspunkt om at tiltredelsen skal fungere som et absolutt skjæringspunkt, er derfor ikke ubetinget sikkert.

I underrettspraksis finnes det eksempler på problemstillingen i dommer som er avsagt etter Rt. 2004 s. 76, men hvor Rt. 2004 s. 76 verken er påberopt eller nevnt av retten for øvrig. I RG 2004 s. 1069 (Oslo; dom avsagt den 26. april

⁵⁵ Tilsvarende betraktning også av Eldøy 2004 s. 276.

⁵⁶ Skoghøy 2002 s. 334.

2004, tre måneder etter Rt. 2004 s. 76), fikk en bedrift (B) medhold i at avtale med arbeidstaker/konsulent (A) kunne heves på grunnlag av bristende forutsetninger *etter* at A hadde arbeidet for bedriften i om lag fem måneder. Ett av hovedspørsmålene i saken var hvorvidt A var å anse som arbeidstaker eller engasjert som selvstendig økonomisk konsulent. Retten fant at det mest nærliggende var å anse avtalen mellom partene som en konsulentavtale, men at dette forhold uansett ikke var avgjørende for sakens utfall. A hadde tidligere begått underslag hos andre arbeidsgivere – noe han ikke opplyste om under ansettelsesprosessen. Da B oppdaget disse forhold, hevet de kontrakten med øyeblikkelig virkning. Retten ga B medhold i at dette kunne gjøres, da As ”økonomiske uvederheftighet” utgjorde en bristende forutsetning for avtalen. Retten poengterte at disse forhold også ville vært saklig grunn for avskjed etter arbeidsmiljøloven, og helgarderte seg således – antageligvis for å slippe å ta stilling til *om* det forelå et arbeidsforhold. Det at Rt. 2004 s. 76 ikke ble nevnt i denne dommen, kan synes noe merkelig, men resultatet tingretten kom til, var i og for seg i samsvar med Høyesteretts intensjon om at avtaleforholdet må avsluttes etter arbeidsmiljøloven dersom A hadde vært å betrakte som arbeidstaker. Det kan kanskje tyde på at underinstansene faktisk finner det mest naturlig å skulle anvende arbeidsmiljølovens regler om opphør (og ikke avtalerettens ugyldighetsregler) for de tilfeller at det foreligger et avtaleforhold som i utgangspunktet faller inn under arbeidsmiljøloven.

5.2 *Komparative innspill – utenlandsk rett*

Spørsmålet om det foreligger en valgtrett mellom avtalerett og stillingsvern for den krenkede part, er – i større grad enn i Norge – blitt behandlet av domstoler, lovgiver og juridisk litteratur i Sverige og Danmark. I det følgende skal vi se nærmere på hvordan rettstilstanden er i disse landene. Høyesterett sier i avsnitt 46 at

”Spørsmålet er berørt i norsk og *svensk juridisk teori*, men de konklusjoner som der trekkes, er – på bakgrunn av det foreliggende rettskildemateriale – usikre og vage, jf. blant annet Jan Fougner: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner 1999* side 174-176” (min uth.).

Jeg er enig i at de konklusjoner som trekkes i *norsk litteratur* er vage, jf. bl.a. Fougner 1999. Det jeg imidlertid ikke er enig i, er at rettstilstanden er vag og usikker etter *svensk rett*.

Løsningen etter *svensk rett* er at arbeidsavtaler kan bringes til opphør etter avtalelovens ugyldighetsregler og etter læren om brist-

ende og uriktige forutsetninger.⁵⁷ Dette følger for det første av anstillningsskyddslagens (LAS) forarbeider fra 1973, hvor det blant annet uttales:

”Jag vill i detta sammanhang påpeka att paragrafen inte innehåller någon uttömmande reglering av frågan när en anställning upphör. Ett anställningsavtal kan t.ex. vara ogiltigt enligt de allmänna avtalsrättsliga reglerna om rättshandlingars ogiltighet” (Prop. 1973:129 s. 239).

Dette ble fulgt opp og videreført da anstillningsskyddslagen ble revurdert i 1982.⁵⁸ Prop. 1981/82:71 s. 110 viser til Arbetsmarknadsdepartementets PM⁵⁹ når det gjelder dette spørsmålet, og slutter seg til det følgende:

”Allmänt sett är dock utgångspunkten att en arbetsgivare kan åberopa allmänna avtalsrättsliga regler om ursprunglig ogiltighet av avtal till stöd för att utan iakttagande av LAS regler om avskedande omedelbart befria sig från ett anställningsavtal. Något behov av att ändra på denna punkt synes inte finnas. Det kan tilläggas att en arbetsgivare, som utan fog gör gällande t.ex. att ett anställningsavtal är ogiltigt på grund av ett bedrägligt förfarande från arbetstagarens sida och mot bakgrund därav häver anställningsavtalet, riskerar att få sitt handlingssätt bedömt som ett oriktigt avskedande eller i varje fall som ett kringgående av LAS” (Ds A 1981:6 s. 253).

Det er altså på det rene at arbeidsgiver i slike tilfeller kan *velge* om arbeidsforholdet skal avsluttes etter avtalerettens ugyldighetsregler eller etter avskjedsreglene i LAS.⁶⁰ Det må imidlertid poengteres at den svenske lovgiver finner rettstilstanden noe uavklart og usikker med tanke på *forholdet* mellom de to ulike regelsettene, og lovgiver har sett på spørsmålet rundt grensedragningen mellom lovenes anvendelsesområde.⁶¹ Dette har antageligvis sitt sidestykke til at Arbetsdomstolen ofte velger å løse sakene på grunnlag av avskjedsbestem-

⁵⁷ Jf. bl.a. Lunning og Toijer 2006 s. 167 flg. og Iseskog 1987.

⁵⁸ Lag (1982:80) om anstillningsskydd (LAS).

⁵⁹ Svensk forarbeid utarbeidet av Arbetsmarknadsdepartementet: *Promemoria sammanställd inom arbetsmarknadsdepartementet på grundval av anstillningsskyddskommitténs (A 1977:01) arbete* (Ds A 1981:6).

⁶⁰ Lunning og Toijer 2006 s. 168.

⁶¹ SOU 1993:32 s. 405.

melsen i LAS dersom det foreligger grunnlag for dette, selv om avtalerettens regler er blitt påberopt og isolert sett ville kunne føre frem.⁶² Det finnes likevel eksempler fra rettspraksis hvor avtaleretten alene har ført til at arbeidsavtalen opphørte, jf. nedenfor.

Begrunnelsen for denne rettstilstanden synes å være at ugyldighetsreglene er nærmest til å avklare og avgjøre omstendigheter som inntreffer i forbindelse med *inngåelse av arbeidsavtalen*, mens anställningsskyddslagen på den andre side tar sikte på de hendelser som inntreffer i løpet av *selve ansettelsesperioden*.⁶³

”Detta betyder att även omständigheter som uppdagas först efter det att anställningen har tillträtts skulle kunna prövas enligt avtalslagen, så länge omständigheterna enbart hänför sig till avtalsförhållandets uppkomst, s.k. *ursprunglig ogiltighet*.” (Lunning og Toijer 2006 s. 168.)

Dette utgangspunkt følges opp av svensk rettspraksis. Det foreligger avgjørelser fra Arbetsdomstolen som gir arbeidsgiver medhold i at arbeidsforholdet skal kunne avsluttes etter avtalerettens regler. I AD 1993 nr. 137 viser Arbetsdomstolen uttrykkelig til de nevnte forarbeider, og uttaler på generelt grunnlag at dette er uttrykk for gjeldende rett. I AD 2005 nr. 64 hadde arbeidstaker oppgitt uriktige opplysninger om tidligere og nåværende arbeidsforhold, og ansettelsesavtalen ble *etter tiltredelsen* tilsidesatt i medhold av avtalslagen § 30.

Rettstilstanden i Sverige synes derfor å være klar med hensyn til at arbeidsavtaler i utgangspunktet kan kjennes ugyldige etter avtaleretten. Det skal likevel bemerkes at det finns motstandere av dette utgangspunktet. Junesjö er bl.a. av den oppfatning at anvendelse av avtalerett på arbeidsavtaler vil ”försämra anställningsskyddet för den enskilde”, og at det for arbeidsavtaler er grunnleggende at man tar ”stor hänsyn till hur anställningsavtalet kan komma att utvecklas, istället för att statistiskt se på vad som hände när det träffades”.⁶⁴

At arbeidsavtaler kan avsluttes i medhold av avtalerettslige regler, synes også å være gjeldende rett i *Danmark*. Hasselbalch fremholder at sviktende forutsetninger (både uriktige og bristende) kan gi grunnlag for å fragå avtalen uten å overholde ”kontraktens normale

⁶² Se f.eks. AD 1979 nr. 143 og AD 1980 nr. 89.

⁶³ Lunning og Toijer 2006 s. 168.

⁶⁴ Junesjö 1993 punkt 7.1 og 7.3.

tidsvilkår”.⁶⁵ Dette innebærer i praksis at arbeidsavtaler kan fragås både før og etter tiltredelse uten å gå veien om de stillingsvernsregler som måtte gjelde, såfremt vilkårene etter forutsetningslæren er oppfylt. Hasselbalch uttaler videre at ”... i øvrigt giver aftalelovens § 36 naturligvis mulighed for at tilsidesætte en urimelig binding til et ansettelsesforhold”.⁶⁶

Det som er bemerkelsesverdig og kanskje er litt overraskende, er at man i Sverige har en god del rettspraksis på området, mens vi i Norge har svært lite. Dette kan være et utslag av at lovgiver i Sverige gjennom presiseringene i forarbeidene har lagt til rette for at et arbeidsforhold skal kunne avsluttes etter avtalerettslig ugyldighet, og på den måten skapes praksis. I Norge har dette vært en uløst problemstilling over lengre tid, hvor verken lovgiver eller domstoler før inntil nylig har uttalt seg om spørsmålet. Det er grunn til å tro at listen ligger høyere for å påberope seg et usikkert rettsgrunnlag, kontra å få realitetsvurdert et grunnlag som etter sikker rett kan anvendes, slik det er i Sverige.

Den svenske og danske arbeidsretten og avtaleretten er i stor grad lik den norske. Mange løsninger er like, og regelverkene er bygd opp rundt samme modell og etter samme hensyn. Dette gjelder særlig reglene om arbeidstakers stillingsvern,⁶⁷ og ikke minst avtalelovens utforming, som er blitt til etter et nordisk lovsamarbeid.⁶⁸ Dersom et rettsspørsmål er usikkert, er det nærliggende å søke veiledning i våre nabolands rettsoppfatning.

Det kan i så fall spørres om det var ”slurv” fra Høyesteretts side å ikke ta hensyn til våre nabolands rettsoppfatninger,⁶⁹ eller om det var et bevisst valg med tanke på å utvikle rettstilstanden i Norge.

⁶⁵ Hasselbalch 2002 s. 412.

⁶⁶ Hasselbalch 2002 s. 412.

⁶⁷ I Sverige har man et tilnærmet likt oppsigelsesvern for arbeidstakere som i Norge, mens det i Danmark foreligger enkelte forskjeller. En arbeidstaker i Danmark kan likevel ikke bli oppsagt dersom det ikke foreligger ”rimelig” grunn til det, og ”det materielle innhold av oppsigelsesvernet [er] ikke ment å atskille seg vesentlig fra de norske regler”, jf. Fanebust 2001 s. 45-46.

⁶⁸ Jf. bl.a. Woxholth 2006a s. 55.

⁶⁹ Partene prosederte da heller ikke på svensk eller dansk rett.

5.3 *Avviker resultatet fra alminnelig kontraktsrett? Nærmere om konsumpsjonsprinsippet*

Utgangspunktet i alminnelig kontraktsrett er at avtaler kan tilside-settes som ugyldige dersom det foreligger grunnlag for det, uavhengig av *når* ugyldighetsgrunnen blir oppdaget og påberopt. Som det frem-heves i forarbeidene til avtl. § 36: ”Hovedregelen er ... at anvend-elsen av en ugyldighetsregel ikke er betinget av at forpliktelsen er uoppfylt.”⁷⁰ Høyesteretts resultat i Rt. 2004 s. 67 utgjør således ved første øyekast et avvik fra dette, når det legges til grunn at ugyldighet ikke kan anvendes som selvstendig grunnlag for opphør av arbeidsavtalen etter tiltredelse. Spørsmålet er om resultatet likevel – med støtte i det såkalte konsumpsjonsprinsippet – kan sies å være i samsvar med den alminnelige kontraktsrett.

Dersom det i et kontraktsforhold foreligger omstendigheter som gir grunnlag for både misligholdsbeføyelser og bortfall etter ugyldig-hetsregler, er det antatt at den krenkede part kan velge hvilken reak-sjon han vil påberope seg.⁷¹ Dette er særlig praktisk ved brudd på opplysningsplikt, hvor opplysningssvikten kan lede til både heving etter alminnelig kontraktsrett og til bortfall på grunn av ugyldighet etter avtl. § 33. Hva som velges påberopt, beror typisk på en avvei-ning av hva som vil lønne seg med tanke på å få erstattet henholdsvis positiv og negativ kontraktsinteresse.⁷²

Hagstrøm fremholder imidlertid at det i eldre teori ble hevdet at dersom det forelå en omstendighet som var årsak til mislighold, men som også kunne anføres som ugyldighetsgrunn, så ville ”ugyldig-hetsinnsigelsen konsumeres av misligholdsreglene”.⁷³ Dette såkalte konsumpsjonsprinsippet var begrunnet i ”ønsket om å ikke uthule de relative og absolutte reklamasjonsfristene i kontraktslovgivningen”.⁷⁴

⁷⁰ NOU 1979:32 s. 48.

⁷¹ Jf bl.a. Hov 2002b s. 105 flg.

⁷² Jf. bl.a. Nazarian 2007a s. 205.

⁷³ Hagstrøm 2003 s. 136. Annerledes Hov 2002b s. 178.

⁷⁴ Hagstrøm 2003 s. 136-137. En part som ønsker å heve, plikter å gjøre dette innen en viss frist etter at mangelen ble oppdaget, jf. reklamasjonsreglene. Etter avtaleretten gjelder ingen slik eksakt reklamasjonsfrist, og den hevende

I takt med en omfattende lovfesting på sentrale kontraktsområder ble prinsippet skjøvet til side da ny særlovgivning gjorde unntak fra reklamasjonsbestemmelsene ved å gi en utvidet reklamasjonsadgang dersom motparten hadde opptrådt ”grovt aktløst eller for øvrig i strid med redelighet og god tro”, jf. blant annet kjøpsloven § 33, avhendingslova⁷⁵ § 4-19 tredje ledd og husleieloven⁷⁶ § 2-8. Ugyldighetsreglene ville således ikke lenger uthule reklamasjonsreglene, og begrunnelsen for prinsippet var ikke lenger til stede.

I norsk rett kan det imidlertid fortsatt tenkes at konsumpsjonsprinsippet har en viss aktualitet. Det gjelder ved ”kontraktstyper der hevning bare har virkning for fremtiden”.⁷⁷ Kontrakter som bare kan heves med virkning for fremtiden, er typisk ”langsiktige kontraktsforhold med løpende tidsleiebetaling som f.eks. leie, tomtefeste, forpaktning, forvaring og arbeidsavtaler”.⁷⁸ Slike avtaler kan etter sin art ikke tilbakeføres, og restitusjonen måtte ha skjedd etter omregning av ytelsen i penger, noe som ”ofte vil stå i misforhold til realdebitors ofre”.⁷⁹ Ved ugyldighet skal rettsforholdet mellom partene stilles som om avtale aldri var inngått, og de leverte ytelser skal tilbakeføres. Dette har samme virkning som om avtalen ble hevet med virkning tilbake i tid, og følgelig vil den beskyttelse som følger av å bare kunne heve med virkning for fremtiden, bli undergravet.⁸⁰

Dersom arbeidsgiver påberoper seg avtalerettslig ugyldighet før arbeidstaker har tiltrådt, vil partene ikke ha ytet noe ennå, og det er således ingenting å restituere. Begrunnelsen for konsumpsjonsprinsippet får dermed ingen reell betydning for de situasjoner hvor

part kunne således trenere saken for å se om den utviklet seg i hans favør, for deretter å påberope seg ugyldighet lenge etter at mangelen ble oppdaget (Jf. likevel tap av rett til ugyldighetsinnsigelse pga. passivitet, se bl.a. Rt. 1934 s. 613, jf. Hagstrøm 2003 s. 776.)

⁷⁵ Lov om avhending av fast eiendom 3. juli 1992 nr. 93 (avhendingslova/avhl.).

⁷⁶ Lov om husleieavtaler 26. mars 1999 nr. 17 (husleieloven/husll.).

⁷⁷ Hagstrøm 2003 s. 138.

⁷⁸ Hagstrøm 2003 s. 438.

⁷⁹ Hagstrøm 2003 s. 437.

⁸⁰ Hagstrøm 2003 s. 138.

arbeidstaker ennå ikke har tiltrådt. Det motsatt er tilfelle hvor arbeidstaker har tiltrådt og faktisk har utført arbeid for arbeidsgiver. Den arbeidskraft som er nedlagt, kan åpenbart ikke restitueres, slik at begrunnelsen for et eventuelt konsumpsjonsprinsipp har full tyngde i slike tilfeller.

Videre skal det bemerkes at UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004⁸¹ art. 3.7 opprettholder konsumpsjonsprinsippet, idet det heter at: "A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance."⁸² UNIDROIT Principles er ikke folkerettslig bindende for Norge, men "anbefalte løsninger uten annen vekt enn den som ligger i deres overbevisningskraft."⁸³ UNIDROIT Principles skal "først og fremst ... regulere grenseoverskridende kontrakter, [men] anbefalingene [kan] ha betydning også for norsk rett, særlig i de ikke sjeldent forekommende tilfelle der løsningen etter norsk rett er usikker."⁸⁴ *Begrunnelsen* UNIDROIT gir for regelen, er derfor interessant og kan på mange måter bidra til argumentasjonen for at et konsumpsjonsprinsipp bør gjelde på visse kontraktsområder.⁸⁵

"This article is intended to resolve the conflict which may arise between the remedy of avoidance for mistake and the remedies for non-performance. In the event of such a conflict, preference is given to the remedies for non-performance since they seem to be *better suited* and are *more flexible* than the radical solution of avoidance" (s. 103 i kommentaren til artikkel 3.7 mine uth.)

Misligholdsreglene bør altså følges fordi de er bedre egnet og mer fleksible enn ugyldighetsreglene. De er laget for nettopp det bestemte

⁸¹ UNIDROIT er et organ med 63 (per 2010) medlemsstater, herunder Norge. "UNIDROIT Principles er et omfattende regelverk" som "dekker store deler av avtaleretten og obligasjonsretten", jf. Hagstrøm 2003 s. 61.

⁸² Hagstrøm 2003 s. 137. Regelverket i sin helhet finnes på Internettetsiden: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/black-letter2004.pdf>.

⁸³ Hagstrøm 2003 s. 61.

⁸⁴ Hagstrøm 2003 s. 63.

⁸⁵ Kommentaren finnes bl.a. her: <http://www.unidroit.org/english/principles/-contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf> [18.11.08].

kontraktsforholdet – med de vurderinger som ligger til grunn for hvordan opphør av avtalen bør skje. En generell avtalerettslig ugyldighetsregel er derimot ikke tilpasset den konkrete avtaletype. I Rt. 2004 s. 76 begrunnet Høyesterett sitt resultat i nettopp dette: Arbeidsmiljøloven gir en mer fleksibel regulering for opphør av arbeidsavtaler enn hva avtaleretten gjør.

I Rt. 2004 s. 76 kom Høyesterett til at ugyldighet ikke kunne påberopes dersom arbeidstaker hadde tiltrådt stillingen, uten å nevne konsumpsjonsprinsippet. Dommens resultat støtter likevel opp om prinsippet, og man kan derfor si at resultatet har støtte i den alminnelige kontraktsrett selv om det utgjør et avvik fra det som normalt må gjelde for andre kontraktstyper.

5.4 Et godt resultat?

Det kan hevdes å foreligge hensyn både for og mot resultatet i Rt. 2004 s. 76. *Mot* taler for det første at resultatet innskrenker arbeidsgivers valgrett. Videre strider resultatet mot det som ellers gjelder i den alminnelige kontraktsrett, også i annen type vernelovgivning som husleieavtaler og forbrukerkjøp.⁸⁶ Det strider videre mot rettsstillingen i andre europeiske land, herunder både den alminnelige kontraktsrett generelt⁸⁷ og for arbeidsavtaler spesielt.⁸⁸ Videre forutsetter Principles of European Contract Law (PECL) art. 4:119 en valgfrihet mellom ugyldighetsinnsigelser og misligholdsbeføyelser.⁸⁹

Det viktigste hensyn som taler *for* resultatet er åpenbart hensynet til det vern arbeidsmiljøloven tar sikte på å gi arbeidstaker, og at de opphørsregler som følger av arbeidsmiljøloven, er mindre inngripende for arbeidstaker enn ugyldighet. Derrest er en avskjæring av

⁸⁶ Hvorvidt det i disse kontraktsforhold senere vil hevdes å foreligge samme type innskrenking i valgretten, basert på en form for analogi fra denne dommen, vites ikke. Men det har i hvert fall ikke – så vidt meg bekjent – blitt hevdet ennå.

⁸⁷ Jf. Nazarian 2007a s. 219 som peker på at det foreligger valgfrihet i bl.a. Norden, Frankrike, Belgia, Luxemburg, Østerrike, Italia, Hellas og Nederland.

⁸⁸ Jf. ovenfor ad svensk og dansk rett.

⁸⁹ Jf. Nazarian 2007a s. 219.

valgfriheten nedfelt i UNIDROIT Principles, jf. ovenfor, og videre har resultatet støtte i det såkalte konsumpsjonsprinsippet i kontraktsretten.

Det er ikke åpenbart hvilke hensyn som bør få gjennomslag. Det at resultatet strider mot den alminnelige kontraktsrett og rettsstillingen i andre land, peker i retning av en valgfrihet for arbeidsgiver. På den annen side er jeg enig med Høyesterett i at arbeidstaker bør komme inn under arbeidsmiljølovens verneregler når han først har tiltrådt. Særlig det forhold at arbeidstaker på dette tidspunkt er etablert i arbeidsforholdet, og at forholdet mellom partene på dette stadiet er likt et hvilket som helst annet arbeidsforhold, taler for at også opphør av avtalen må skje etter de regler lovgiver har bestemt skal gjelde for opphør av arbeidsavtaler. Dette gjelder uavhengig av om det forelå en svikt eller brist ved inngåelsen av avtalen. Jeg viser for øvrig til kapittel 8, hvor det foretas en nærmere vurdering av anvendelsen av denne regelen i ulike tilfeller.

5.5 Kort om arbeidstakers valgrett etter tiltredelse

Rt. 2004 s. 76 omhandler *arbeidsgivers* adgang til å påberope seg avtalerettslig ugyldighet som selvstendig grunnlag for opphør av arbeidsavtalen etter tiltredelse. I det følgende ser jeg kort på den ”omvendte” situasjon, *arbeidstakers* adgang til å få kjent arbeidsavtalen ugyldig etter avtalerettens regler på dette stadiet, nærmere bestemt spørsmålet om arbeidstaker har en valgrett.

Spørsmålet er praktisk hvis arbeidstaker ønsker å komme seg ut av avtaleforholdet uten å måtte overholde oppsigelsesfristen.

Etter mine undersøkelser finnes det få dommer som gjelder dette spørsmålet direkte. En viss veiledning kan man likevel få i Rt. 2004 s. 1588, som gjaldt spørsmålet om arbeidstaker kunne få kjent en *omplassingsavtale* ugyldig i medhold av avtalelovens ugyldighetsregler. Arbeidstakeren arbeidet som hjelpepleier på et hjem for autister. Arbeidstakeren utøvet ved et tilfelle tvang overfor en av brukerne på hjemmet, som innebar brudd på sosialtjenesteloven. Arbeidstaker og kommunen (arbeidsgiver) inngikk en avtale om overflytting til en annen stilling i kommunen. Syv måneder senere bestred arbeidstaker gyldigheten av avtalen. Høyesterett foretok en konkret

vurdering av avtalen, men fant at den verken kunne tilsidesettes etter avtl. §§ 33, 36 eller læren om bristende forutsetninger. Ugyldighetsinnsigelsen ble imidlertid realitetsbehandlet, og dommen kan for så vidt peke i retning av at også en arbeidsavtale som sådan etter omstendighetene kan tilsidesettes som ugyldig dersom arbeidstaker påberoper seg dette.

Videre kan det hevdes at det ikke foreligger reelle hensyn i nevneverdig grad som begrunner en innskrenking av arbeidstakers valgrett. De vernehensyn arbeidsmiljøloven gir for arbeidstaker – og som var begrunnelsen for at arbeidsgiver ikke kunne få kjent arbeidsavtalen ugyldig i Rt. 2004 s. 76 – gjør seg ikke gjeldende når det er arbeidstaker som ønsker å få kjent avtalen ugyldig.

6 Opphør før tiltredelse og gyldig arbeidsavtale: Arbeidsmiljølov eller alminnelig kontraktsrett?

6.1 Innledning

Høyesterett fremholdt i et av sine *dicta* i Rt. 2004 s. 76 at i tiden før tiltredelse ”vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”.⁹⁰ Betyr dette at stillingsvernsreglene ikke har anvendelse på dette stadiet? Én ting er dersom det blir påberopt ugyldighet, slik at det vil foreligge en lovkonkurrens mellom avtaleretten og stillingsvernsreglene. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 7. Noe annet er de tilfeller der ugyldighet *ikke* blir påberopt. Spørsmålet er om arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern da kommer til anvendelse, eller om det er alminnelige kontraktsrettslige og prosessuelle regler som må legges til grunn.⁹¹ Dette er temaet her.

Både arbeidstakers og arbeidsgivers rettsstilling vil bli behandlet i det følgende. Situasjonen kan være at arbeidstaker får tilbud om en stilling fra en annen arbeidsgiver og derfor ikke ønsker å tiltre. Arbeidsgiver, på sin side, finner kanskje ut at det likevel ikke er behov for arbeidskraft og ønsker av den grunn ikke at arbeidstakeren

⁹⁰ Avsnitt 47.

⁹¹ Jakhelln 2006 s. 222.

skal tiltre. Spørsmålet er om stillingsvernsreglene regulerer disse tilfellene.

Utgangspunktet bør tas i arbeidsmiljølovens *anvendelsesområde*. Man må altså vurdere om arbeidsmiljøloven får anvendelse i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse. Én tilnærming er å ta utgangspunkt i lovens formelle *arbeidstakerbegrep*, for å se om den part som ennå ikke har tiltrådt, faller inn under begrepet. Dernest kan det pekes på kapitteloverskriften i aml. kapittel 15, der det er tale om ”Opphør av *arbeidsforhold*” (min uth.). Det er derfor nærliggende å drøfte hvorvidt avtaleforholdet mellom partene kan sies å utgjøre et ”arbeidsforhold” før tiltredelse. Begrepene ”arbeidstaker” og ”arbeidsforhold” må ses i sammenheng, da de sammen setter de formelle rettslige rammene for arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. Når man her tar utgangspunkt i lovteksten, må man ha for øye at den først og fremst er utformet for de vanlige tilfellene,⁹² og at lovteksten derfor ikke gir – og er heller kanskje ikke ment å gi – noen *direkte veiledning* om disse spesielle spørsmålene.⁹³ For det tredje bør man se nærmere på hensynene bak stillingsvernsreglene og foreta en vurdering av hvorvidt en potensiell arbeidstaker som ennå ikke har tiltrådt, *fortjener vern* etter loven.

Videre er det i dette kapitlet nærliggende å se på *følgene* av at arbeidsavtalen blir brakt til opphør før tiltredelse. Et første spørsmål er *om* og eventuelt *når* adgangen for å heve eller si opp arbeidsavtalen oppstår. Et neste er om partene vil ha plikt til naturaloppfyllelse, og videre er det et spørsmål om erstatningsplikt. Dette blir behandlet i pkt. 6.5.

6.2 ”Arbeidstaker” i ”arbeidsforhold”

Arbeidstakeren er det individ som beskyttes av stillingsvernsreglene.⁹⁴ Spørsmålet her er hvorvidt en person som har inngått en

⁹² Tradisjonelt og vanligvis tiltre arbeidstaker stillingen, og arbeidsmiljøloven er nok utformet med tanke på dette.

⁹³ Se f.eks. SOU 1993:32 s. 404.

⁹⁴ Jf. f.eks. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73, under kap. 6: ”Lovens virkeområde”, og 6.1: ”Lovens arbeidstakerbegrep – hvem er beskyttet av lovens bestemmelser”.

arbeidskontrakt, men som ennå ikke har tiltrådt, kan sies å falle inn under arbeidstakerbegrepet.

Loven definerer arbeidstaker som ”enhver som *utfører* arbeid i annens tjeneste” (min uth.), jf. aml. § 1-8 første ledd. En rent språklig forståelse av ordlyden kan tilsi at det bare er personer som faktisk ”utfører” arbeid for en annen, som omfattes av begrepet. Verbet er satt i presens; det kan indikere at personer som ikke utfører arbeid, ikke omfattes. Dette vil typisk gjelde personer som bare har inngått kontrakt, men som ennå ikke har tiltrådt. Det samme gjelder personer som tidligere har utført arbeid, men som ikke lenger gjør det. Personer som er permitterte eller suspenderte, ”utfører” eksempelvis ikke arbeid lenger.

Forarbeidene inneholder ingen uttalelser om hva som skal forstås med begrepet ”utfører”. I NOU 2004: 5 sies det at uttrykket ”i annens tjeneste” er det relevante i begrepsdefinisjonen.⁹⁵ Formålet med begrepsdefinisjonen er således å avgrense mot selvstendige oppdragstakere, tillitsverv, konsulenter med videre. Ettersom forarbeidene ikke omtaler hva som ligger i ”utfører”, kan man kanskje anta at ordet ikke var ment å være gjenstand for en helt bokstavelig fortolkning.

Begrepsdefinisjonens formål var nok neppe å utelukke alle personer som faktisk ikke utfører arbeid. Dette må i hvert fall gjelde for personer som er permitterte eller sykmeldte – det må være åpenbart at disse fortsatt er å betrakte som ”arbeidstakere”, selv om de faktisk ikke utfører arbeid. Dette kan blant annet begrunnes i at en permittert og en sykmeldt arbeidstaker fortsatt har oppsigelsesvern etter loven til tross for at vedkommende er ”fraværende”. For sykmeldte gjelder særlige bestemmelser om oppsigelsesvern, for permitterte er det klart at ”[e]ventuelt opphør av ansettelsesforholdet i permitteringstiden må skje etter de samme regler som ved lovlig oppsigelse”.⁹⁶ Man bør derfor ikke legge for mye i presensformen.

Domstolene har i en rekke dommer uttalt seg om *arbeidstakerbegrepet*, men da i de fleste tilfeller om hva som ligger i begrepet ”en annens tjeneste” og avgrensingen mot selvstendig oppdragstaker. Jeg har ikke funnet rettspraksis hvor domstolene har vurdert uttrykket ”ut-

⁹⁵ NOU 2004: 5 s. 153 flg. og 163 flg.

⁹⁶ fr. f.eks. Storeng mfl., 2006 s. 362.

fører”. Borgarting lagmannsrett uttalte imidlertid om arbeidstakerbegrepet i LB-2003-442⁹⁷ at ”lovens ramme er ... knyttet til bl.a. arbeidstakerbegrepet”, og videre at ”fortolkningen av dette begrep er grunnleggende for rettsvernet som lovgivningen tar sikte på å gi arbeidstakerne”. Det man må se på, er *hvem* lovgivningen tar sikte på å beskytte. Det er derfor fornuftig å se på hensynene bak stillingsvernsreglene for å utlede hvem som har tilstrekkelig behov for beskyttelse, og på den måten tilnærme seg arbeidstakerbegrepet.

Synspunktet om at man ikke skal legge avgjørende vekt på ordlyden, har også støtte i juridisk teori. Jakhelln fremholder at ordlyden i bestemmelsen ikke kan tillegges avgjørende vekt. Vurderingen av hvorvidt en avtalepart skal få beskyttelse etter stillingsvernsreglene før tiltredelse, må avgjøres ut fra reelle hensyn.⁹⁸ At man ikke bør ta utgangspunkt i en snever tolkning av arbeidstakerbegrepet, berøres også av Terese Smith Ulseth. I vurderingen av daglig leders stillingsvern uttaler hun følgende: ”En drøftelse av i hvilket omfang daglig leder skal være beskyttet av arbeidsmiljølovens regler, bør derfor ta utgangspunkt i en totalvurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende, og ikke en snever tolking av arbeidstakerbegrepet.”⁹⁹ Selv om Ulseth her diskuterer daglig leders stillingsvern, har synspunktene overføringsverdi til mer generelle betraktninger om arbeidstakerbegrepet. Arbeidstakerbegrepet er definert snevert i loven, og det må være riktig å vurdere hva som faller innenfor etter en helhetsvurdering i hvert konkrete tilfelle, basert på de hensyn som gjør seg gjeldende.

Til sammenligning kan det være interessant å se hvordan andre land definerer arbeidstakerbegrepet. I Sverige og Danmark er ikke arbeidstakerbegrepet definert i lovgivningen.¹⁰⁰ I Finland blir arbeids-

⁹⁷ Avgjørelsen er for øvrig fra lagmannsretten i saken som ble avgjort i Rt. 2004 s. 76.

⁹⁸ Jakhelln 2006 s. 223.

⁹⁹ Ulseth 2006 s. 192.

¹⁰⁰ I Sverige ble det foreslått en lovendring i 1993, med følgende forslag til arbeidstakerdefinisjon i LAS § 1: ”Med arbetstagare avses den som enligt ett avtal och inom ramen för ett anställningsförhållande själv skall arbeta för någon annans räkning mot ersättning”, jf. SOU 1993:32 s. 13. Ordlyden pekte i retning av at en arbeidstaker er en person som har *inngått avtale* og som *skal* arbeide for en annen. Noe krav til tiltredelse fremgikk altså ikke.

taker definert gjennom et arbeidsavtalebegrep i Arbetsavtalslag 26.1.2001/55 § 1, hvor det heter

”[d]enna lag tillämpas på ett sådant avtal (*arbetsavtal*) genom vilket en arbetstagare eller arbetstagare tillsammans som ett arbetslag förbinder sig att personligen utföra arbete för en arbetsgivares räkning under dennes ledning och övervakning mot lön eller annat vederlag.”

En arbeidstaker er altså etter denne bestemmelsen en person som gjennom avtale har bundet seg til å utføre arbeid for arbeidsgiver. Her er begrepet knyttet til *avtalebindingen*, noe som peker i retning av at avtaleparten er å betrakte som arbeidstaker allerede fra avtaletidspunktet.

I engelsk rett er dette gjort ganske klart: ”’employee’ means an individual who has *entered into* or works under (or, where the employment has ceased worked under) a contract of employment” (min ut.).¹⁰¹ I en dom avsagt i Employment Appeal Tribunal¹⁰² poengteres at det er nok at personen *har inngått kontrakt* for å betegnes som en arbeidstaker; han eller hun trenger ikke faktisk å ha begynt å utføre arbeidsoppgaver. I dommen heter det:

”Thus it is enough that the individual has entered into a contract of employment – he or she is then an employee, even if he or she has not actually started performing the appropriate duties under the contract of employment. This is clearly a deliberate piece of drafting by the legislature, which could have simply defined an employee as someone who works under or worked under a contract of employment. It chose to make the definition of employee wider than that.”

Her har lovgiver med andre ord gjort et bevisst valg med tanke på utforming av lovteksten, og har funnet at arbeidstakerbegrepet også skal omfatte den som ennå ikke har tiltrådt.

Arbeidstakerbegrepet må ses i sammenheng med begrepet ”arbeidsforhold”. Stillingsvernsreglene er plassert i kapittel 15, som heter ”Opphør av arbeidsforhold”. Som et rettskildemessig poeng bør

Lovendringen gikk imidlertid ikke gjennom. Hvorvidt dette likevel må anses for å være gjeldende rett i Sverige, er vanskelig å lese ut av nevnte forarbeider.

¹⁰¹ Employment Protection Consolidation Act 1978 (EPCA) section 153 (1).

¹⁰² *Sarker v. South Tees Acute Hospitals NHS Trust* [1997] IRLR 328 EAT.

man være varsom med å legge for stor vekt på kapitteloverskriften, særlig som et grunnlag for innskrenkende tolking. Overskriften kan imidlertid støtte opp om utvidende tolking, særlig dersom argumentet får støtte fra andre rettskilder, som blant annet reelle hensyn. Dette fordi en utvidende tolkning av en overskrift muligens vil antyde at ”formålet bak regelen bærer lenger enn dens presise utforming i teksten”.¹⁰³

Begrepet ”arbeidsforhold” er ikke definert i loven, og det er heller ikke omtalt i forarbeidene hva som omfattes av begrepet. En ”teknisk” tilnærming til begrepet er derfor ikke mulig, da begrepet ikke har en klar og utvetydig avgrensning. Man må derfor se på *realitetene* i forholdet mellom partene og se om det foreligger tilstrekkelig grunnlag for å kalle relasjonen mellom partene for et ”arbeidsforhold” i tiden frem til tiltredelse.

For å starte med de klare tilfeller: Et arbeidsforhold kan åpenbart ikke sies å foreligge før det er inngått en bindende avtale. I motsatt ende har man de tilfeller hvor arbeidstaker har tiltrådt stillingen og begynt å arbeide. Her er det klare utgangspunktet at stillingsvernsreglene gjelder, og forholdet mellom partene kan sies å være et arbeidsforhold. Stadiet hvor avtale er inngått, men tiltredelse ikke har skjedd, ligger i grenseland mellom disse to klare utgangspunkter.

Hvorvidt man kan kalle relasjonen mellom partene før tiltredelse for ”arbeidsforhold”, med den følge at stillingsvernsreglene får anvendelse, er i noen grad berørt i den juridiske litteratur.

Jakhelln fremholder at ”for at de arbeidsrettslige regler skal få anvendelse må det, med mindre særlige holdepunkter skulle tilsi noe annet, foreligge et avtaleforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, som går ut på at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon for å utføre nærmere angitte arbeidsoppgaver”.¹⁰⁴ Uttalelsen kan peke i retning av at det er først når arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon, og ikke forut for den tid, at man kan tale om et arbeidsforhold. Samtidig kan uttalelsen leses som at det essensielle i vurderingen er om rettsforholdet er basert på avtale, og ikke på

¹⁰³ Backer 1981 s. 220.

¹⁰⁴ Jakhelln 2006 s. 26 under punktet ”Arbeidsforhold”.

annet grunnlag, som eksempelvis oppnevning eller valg.¹⁰⁵ Poenget til Jakhelln er vel at det må foreligge *en avtale* hvis *innhold* går ut på at det skal utføres arbeidsoppgaver, og man kan anta at det er det avtalerettslige aspektet Jakhelln her støtter seg til. Dette må ses i sammenheng med det Jakhelln fremholder ad arbeidstakerbegrepet, jf. foran. En potensiell arbeidstaker vil etter en konkret vurdering kunne ha behov for stillingsvern etter loven, og da vil det være nærliggende å kalle relasjonen mellom partene for et arbeidsforhold.

Dege mener på sin side at et arbeidsforhold oppstår først ved tiltredelsen, ettersom arbeidsgiver ikke har noen myndighetsutøvelse over kontraktsparten før den tid, og den potensielle arbeidstaker ikke har noen plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon før tiltredelse.¹⁰⁶ Han peker altså her på at partene ikke har plikter overfor hverandre på dette stadiet, og at relasjonen mellom partene av den grunn ikke bærer preg av å være et arbeidsforhold. Dege argumenterer videre for sitt synspunkt med henvisning til ferieloven § 5 tredje ledd, hvor arbeidstaker gis rett til full feriefritid dersom han ”tiltrer senest 30. september i ferieåret”.¹⁰⁷ Her fungerer tiltredelsestidspunktet (og ikke avtaletidspunktet) som et skjæringspunkt for å kunne ta ut full ferie, og Dege mener at det ikke er hensiktsmessig å ha to ulike oppfatninger av spørsmålet i henholdsvis ferieloven og arbeidsmiljøloven. Jeg forstår dette dit hen at han trekker paralleller mellom når en arbeidstakers rettigheter oppstår i henholdsvis ferieloven og arbeidsmiljøloven, og at tiltredelsestidspunktet bør fungere som et skjæringspunkt for når rettigheter for arbeidstaker oppstår. Et samstemt og entydig regelverk innenfor én og samme kontraktstype kan umiddelbart synes fornuftig. Det er imidlertid forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende og begrunner de ulike reglenes eksistens, og man bør derfor være varsom med en slik ubetinget slutning.-

”Et hovedformål med ferieloven er å sikre at arbeidstakere hvert ferieår får full feriefritid.”¹⁰⁸ Dersom en arbeidstaker imidlertid ikke

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Dege 2003 s. 86.

¹⁰⁷ For ordens skyld: Det er snakk om rett til *feriefritid*, og ikke rett til feriepenger.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 54 (1986-1987) s. 37.

tiltrer før etter 30. september i ferieåret, vil man ikke ha krav på full ferie, jf. feriel. § 5 tredje ledd. Begrunnelsen for denne regel synes dels å være at en arbeidstaker som tiltrer etter dette tidspunkt, mest sannsynlig allerede har tatt ut ferie hos tidligere arbeidsgiver, og dels at den nye arbeidsgiver vanskelig vil kunne finne tid til å gi ny arbeidstaker full feriefritid etter dette tidspunkt.¹⁰⁹ Ferielovens regel har derfor en relativt konkret og *praktisk* begrunnelse.

Etter min mening har ikke dette resonnementet overføringsverdi til spørsmålet om når et arbeidsforhold oppstår. Stillingsvernsreglene tar sikte på å gi arbeidstaker beskyttelse mot urettmessig å bli oppsagt fra stillingen. Rettighetene som følger av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler er således begrunnet ut fra andre typer hensyn.

Dege er imidlertid ikke helt konsekvent, idet han påpeker at for de tilfeller det ikke er snakk om ugyldighet eller bristende forutsetninger, er ”det naturlig at tilbakekall vurderes etter arbeidsmiljølovens regler for oppsigelse og avskjed”.¹¹⁰ Han sier med andre ord at stillingsvernsreglene bør få anvendelse før tiltredelse dersom det ikke påberopes ugyldighet, men at forholdet mellom partene ikke kan betraktes som et ”arbeidsforhold”.

Etter mitt syn blir dette mer et spørsmål om hva man kaller situasjonen, fremfor å se på realitetene i den. Dersom stillingsvernsreglene først får anvendelse, kan man like gjerne kalle relasjonen mellom partene for et arbeidsforhold, da dette sammenfaller med lovens begrep.

Det kan etter dette synes som at hensynene som ligger bak stillingsvernsreglene, bør være avgjørende for hvorvidt de skal få anvendelse før tiltredelse. Spørsmålet blir derfor om den potensielle arbeidstaker har *behov for vern* før dette tidspunktet.

6.3 *Hensyn bak stillingsvernsreglene*

Det er en allmenn oppfatning at den individuelle arbeidsavtalen som kontraktstype er forskjellig fra andre kontrakter.¹¹¹ Dette er internasjonalt anerkjent og kommer blant annet til uttrykk i ILOs

¹⁰⁹ *Ibid.* s. 38.

¹¹⁰ Dege 2003 s. 88.

¹¹¹ Evju 2003 s. 5.

grunnleggende erklæring, som fastslår at ”labour is not a commodity”.¹¹²

Evju peker på tre grunnleggende hovedtrekk som kjennetegner arbeidsavtalen, og som gjør at den skiller seg fra andre kontraktstyper.¹¹³ For det første er ikke arbeidsavtalen en rent økonomisk kontrakt; den konstituerer i tillegg et sosialt forhold. ”Arbeid forutsetter at det enkelte individ anvender sine evner og ferdigheter, både fysiske og mentale. Arbeidskraften kan ikke skilles fra personen.” For det andre er ikke arbeidsavtalen ”en kontrakt mellom likeverdige – jevnbyrdige – parter”. Endelig nevnes arbeidsavtalens dynamiske karakter. ”Den regulerer ikke ydelsene i kontraktsforholdet – partenes gjensidige rettigheter og plikter – i detalj, men forutsetter fastsettelse og komplettering gjennom kontraktsforholdets løp.”

Det at arbeidsavtalen har disse grunntrekk, begrunner i stor grad arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Det å ha et arbeid å gå til, er av såpass stor viktighet for arbeidstaker – både økonomisk, sosialt og psykologisk – at det å skulle bringe avtaleforholdet til opphør, krever gode grunner og riktig fremgangsmåte. Det at arbeidstaker har et sterkt stillingsvern, bidrar videre til å utjevne den skjeve maktbalansen som ligger i at arbeidstaker er i et underordningsforhold til arbeidsgiver.

Spørsmålet er om slike særegenheter ved arbeidsavtalen gjør seg gjeldende også før tiltredelse.

Formålsbestemmelsen i aml. § 1-1 bokstav b uttrykker at et av hovedformålene med loven er ”å sikre trygge ansettelsesforhold”. Forarbeidene fremhever at stillingsvernsreglene skal sikre ”trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker”.¹¹⁴ *Trygghet* får arbeidstaker ved at stillingsvernsreglene sikrer han et vern mot ”den personlige ulykke som en oppsigelse kan være, når arbeidsgiver ikke har særlige grunner til å fremkalle den”.¹¹⁵ *Forutsigbarheten* ivaretas gjennom de krav til saksbehandling og opp-

¹¹² “Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (DECLARATION OF PHILADELPHIA)”, art 1, bokstav a).

¹¹³ Evju 2003. s. 6-10.

¹¹⁴ NOU 2004: 5 s. 288.

¹¹⁵ Jakhelln 2006 s. 416.

lysningsplikt som påligger arbeidsgiver i en oppsigelsesprosess. Det påpekes i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 68 at "[t]olkning av lovens materiellrettslige bestemmelser skal skje i lys av formålet og formålsangivelsen kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet". Vurderingen av lovens anvendelsesområde bør derfor ses i sammenheng med lovens formål og de hensyn som der kommer til uttrykk.

Et sentralt moment er spørsmålet om partene er å betrakte som jevnbyrdige parter inntil arbeidstaker har tiltrådt. Dette kan umiddelbart tilbakevises. Allerede før avtaleinngåelsen, idet arbeidsgiver utlyser en stilling, vil arbeidsgiver være den som setter rammene og vilkårene for et eventuelt arbeidsforhold. En arbeidssøker har vanligvis liten påvirkning på arbeidsavtalens vilkår og befinner seg allerede her i et underordnet forhold til arbeidsgiver. Videre antas det at arbeidsgivers styringsrett gjør seg gjeldende allerede fra avtaleinngåelsen,¹¹⁶ og det eksisterer av denne grunn alene ikke holdepunkter for å si at partene er jevnbyrdige på dette stadiet.

Klarest blir maktbalansen søkt utjevnet gjennom arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesgrunn. Det må foreligge saklig grunn for at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstaker, jf. aml. § 15-7. Regelen går langt tilbake¹¹⁷ og er begrunnet i at arbeidsgiver ikke kan kvitte seg med arbeidstakere etter sitt eget forgodtbefinnende. Regelen er slik sett en motpol til arbeidsgiveres dominerende stilling ellers i arbeidsforholdet. "Kjernen i § 15-7 er forbudet mot at arbeidstakeren sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Bestemmelsen gir anvisning på en skjønnsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes behov. Loven krever en individuell vurdering basert på den enkelte arbeidstakers situasjon."¹¹⁸ Saklighetskravet er en rettslig standard, og det er rimelighetshensyn knyttet til den oppsagte som er det sentrale.¹¹⁹

¹¹⁶ Jakhelln 2006 s. 227.

¹¹⁷ Først lovfestet i arbeidervernloven av 1936, jf. bl.a. Fougner og Holo 2006 s. 781.

¹¹⁸ Fougner og Holo 2006 s. 781.

¹¹⁹ Fougner og Holo 2006 s. 781.

Etter alminnelig kontraktsrett er det også antatt at det foreligger en oppsigelsesrett i løpende avtaleforhold.¹²⁰ Dette kom tydelig til uttrykk i Rt. 2003 s. 134. En bank sa opp en avtale den hadde med et inkassoselskap. Avtalen var en løpende avtale om at inkassoselskapet skulle overvåke bankens uerholdelige krav. Etter at banken hadde sagt opp avtalen, solgte den fordringene sine videre til et annet selskap. Inkassoselskapet anførte at banken ikke ensidig kunne terminere overvåkingsavtalen uten at inkassoselskapet fikk full erstatning for oppfylleelsesinteressen. Høyesteretts flertall ved førstvoterende fremholdt at

”[d]et følger etter mitt syn av generelle kontraktsrettslige prinsipper at langvarige oppdragsavtaler av denne karakter kan bringes til opphør for pågående oppdrag. Dette er også entydig lagt til grunn i kontraktspraksis. Jeg mener at oppdragsgiveren i et tilfelle som det foreliggende må ha en generell adgang til å bringe avtaleforholdet til opphør, og at det må kreves en særskilt begrunnelse for at en slik adgang ikke foreligger” (avsnitt 33).

Høyesterett konstaterte videre at ettersom det forelå en rettmessig adgang til å bringe avtalen ensidig til opphør, så kunne ikke inkassoselskapet kreve oppfylleelsesinteressen erstattet. Inkassoselskapet fikk imidlertid tilkjent vederlag for det arbeid det hadde utført frem til avtalens opphør. Høyesteretts mindretall var enig med flertallet når det gjaldt spørsmålet om banken ensidig kunne bringe avtalen til opphør, men var uenig i utmålingen av vederlaget. Det kan således sies å foreligge en alminnelig adgang til å si opp løpende avtaler etter alminnelig kontraktsrett.

I motsetning til for arbeidsavtaler foreligger det etter alminnelig kontraktsrett en *fri oppsigelsesadgang* – oppsigelsen krever ingen særskilt begrunnelse.¹²¹ Dette innebærer at dersom forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i tiden før tiltredelse skal bedømmes etter alminnelig kontraktsrett, så vil arbeidsgiver kunne si opp arbeidstaker uten grunn.¹²² Etter min mening kan det ikke være rom

¹²⁰ Hagstrøm 2003 s. 229.

¹²¹ Hagstrøm 2003 s. 228.

¹²² Sml. bl.a. Borgarting lagmannsretts dom 1. juni 2005 (LB-2003-19426). ”Lagmannsretten fant at to tilsynsleger ved et bo- og omsorgssenter var ansatt på kontrakt som selvstendig næringsdrivende, og ikke som lønnsmot-

for arbeidsgiver til å bygge på usaklige og utenforliggende hensyn i sin vurdering av å si opp den ansatte bare fordi han eller hun ikke har tiltrådt. Det ville undergrave maktbalansen stillingsvernsreglene tar sikte på å skape. Den *materielle* skranke for å kunne si opp en ikke tiltrådt arbeidstaker må derfor vurderes etter aml. § 15-7. Hva gjelder oppsigelsesfristen, vil denne ofte være nedfelt i partenes avtale og følgelig være bindende uavhengig av om arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Dersom oppsigelsesfristen *ikke* er regulert i avtalen, er det likevel mye som taler for at arbeidsmiljølovens frister bør gjelde også før arbeidstaker tiltrer.¹²³

Hvorvidt arbeidsmiljølovens krav til form og saksbehandling knyttet til oppsigelser bør komme til anvendelse før tiltredelse, kan antageligvis ikke besvares entydig, men må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.¹²⁴ Jeg nøyer meg her med å kommentere regelen om formkrav i aml. § 15-4. Denne regelen er gitt for å effektivisere oppsigelsesvernet¹²⁵ og skal ”ivareta klarhetsbehovet og arbeidstakerens behov for informasjon om deres rettigheter mv., slik at de kan bli i stand til å ivareta sine interesser”.¹²⁶ Videre skal formreglen sikre at vedtak om oppsigelse er gjennomtenkt, og den gir også domstolene et godt utgangspunkt for kontroll og etterprøving.¹²⁷ Arbeidstaker har åpenbart et like stort behov for informasjon om sine rettigheter dersom arbeidsforholdet skulle opphøre før tiltredelse, og det foreligger gode grunner for at også formregelen skal komme til anvendelse før tiltredelse, jf. arbeidsmiljølovens formål om å sikre *forutberegnelighet* i ansettelsesforholdet. Etter alminnelig kontraktsrett eksisterer ingen tilsvarende formkrav.

takere, som disse anførte. Oppdragsgivers oppsigelse, og senere heving av kontrakten ble ansett gyldig.” (Fra dommens sammendrag i Lovdata.) Vurderingen måtte tas i avtalen mellom partene, hvor det var avtalt tre måneders gjensidig oppsigelsestid ”uten nærmere forbehold eller begrunnelse”.

¹²³ Nærmere om dette nedenfor i punkt 6.5.

¹²⁴ Gyldendal Rettsdata, kommentar til aml. § 56 (1977-loven), note 505, av Henning Jakhelln. www.karnov.no [09.01.09].

¹²⁵ Jakhelln 2006 s. 416.

¹²⁶ *Ibid.* s. 228.

¹²⁷ Fanebust 2001 s. 39.

Samlet sett er det ut fra dette gode grunner for at en arbeidstaker som ennå ikke er tiltrådt, skal ha vern etter arbeidsmiljøloven dersom arbeidsgiver bringer avtalen til opphør.

6.4 Innspill fra juridisk litteratur og underrettspraksis

Evju fremholder at der arbeidsavtalen er gyldig og det ikke blir påberopt avtalerettslig ugyldighet, må ”det alminnelige utgangspunkt ... – fortsatt – være at det da er arbeidsmiljølovens regler som gjelder – for begge parter”.¹²⁸ Fanebust hevder at ”[h]vis en av partene ønsker å gå fra avtalen og dette ikke kan skje etter prinsippene om tilbakekall reintegra, må forholdet vurderes etter de regler som gjelder for oppsigelse. For arbeidstakers vedkommende betyr dette bare at oppsigelsesfristene må overholdes. For arbeidsgivers vedkommende må det i tillegg foreligge saklig grunn for oppsigelse, eventuelt grunnlag for å heve avtalen med øyeblikkelig virkning (avskjed)”.¹²⁹ Jakhelln fremholder at arbeidsmiljølovens formkrav og prosessform bør anvendes dersom arbeidsgiver hever arbeidsavtalen før tiltredelse og det ikke blir påberopt noen form for ugyldighet.¹³⁰ Friberg har hevdet at ”[i] prinsippet vil reglene om oppsigelse og oppsigelsesfrister gjelde også når et arbeidsforhold sies opp før arbeidstakeren har tiltrådt”.¹³¹

Videre synes underrettspraksis å legge til grunn at arbeidsgivers tilbakekall/fragåelse av arbeidsavtalen før tiltredelse må likestilles med oppsigelse eller avskjed, og derved må vurderes etter arbeidsmiljølovens regler. I Asker og Bærum herredsretts dom 25. september 2000¹³² ble arbeidsgivers tilbakekall av jobbtilbud ansett for å være en urettmessig *avskjed*, og arbeidstaker ble tilkjent 40 000 kroner i erstatning for lidt inntektstap samt 10 000 kroner i oppreisning. I Asker og Bærum herredsretts dom 18. januar 2001¹³³ ble arbeidsgivers nektelse av å la arbeidstaker tiltre ansett som en usaklig *oppsigelse*. Arbeidstaker fikk tilkjent 42 000 kroner i erstatning for tapt lønn samt

¹²⁸ Evju 2004 s. 15.

¹²⁹ Fanebust 2002 s. 50.

¹³⁰ Jakhelln 2006 s. 229.

¹³¹ Friberg 1995 s. 380.

¹³² Upublisert. Saksnr.: 99-2595 A.

¹³³ Upublisert. Saksnr.: 00-1469 A/01.

25 000 kroner i oppreisning. Hvorfor retten i disse to sakene i det ene tilfellet betrakter tilbakekallet som avskjed og i det andre som oppsigelse, er ikke godt å si. En fullstendig nektelse av å la arbeidstaker tiltre innebærer en umiddelbar heving av avtalen, og er etter min mening nærmest å betrakte som en avskjed.

I tråd med det som er diskutert ovenfor, er det gode grunner for å konkludere med at (i hvert fall enkelte av) arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler må følges dersom en gyldig arbeidsavtale skal termineres før arbeidstakers tiltredelse.¹³⁴ Høyesteretts *dictum* i Rt. 2004 s. 76 om at det er ”de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen” før tiltredelse, er således ikke helt treffende.

6.5 *Oppsigelse og heving – adgang og rettsvirkninger*

Forutsetningen i det følgende er at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler må anvendes dersom en av partene i arbeidsavtalen ønsker å fragå avtalen før tiltredelse. Selv om dette legges til grunn, vil et spørsmål være *når* oppsigelses- og hevingsadgangen oppstår. En første problemstilling er om det er adgang til å *heve* arbeidsavtalen før tiltredelse. Dernest er et spørsmål *når oppsigelsesretten* oppstår. Her er problemstillingen om en arbeidsavtale kan sies opp før tiltredelse, med den virking at fristen løper fra det faktiske oppsigelsestidspunktet, eller om fristen først vil løpe fra tiltredelsestidspunktet. I tillegg vil det være spørsmål om hvilke *rettsvirkninger* som inntreffer dersom arbeidsavtalen termineres før tiltredelse.

Utgangspunktet for alle sivilrettslige avtaler er klart: en inngått avtale er bindende, jf. NL¹³⁵ 5-1-2. Det som imidlertid også er klart, er at en avtale kan heves dersom det foreligger vesentlig kontraktsbrudd.¹³⁶ Derimot er det ikke like klart når hevings- eller oppsigelsesrett for partene oppstår. Denne alminnelige kontraktsrettslige innfallsvinkelen må nødvendigvis tas i betraktning i vurderingen av de arbeidsrettslige spørsmålene, men under hensyntagen til arbeidsavtalens særtrekk.

¹³⁴ Det kan bl.a. diskuteres om hvorvidt en ansatt som ennå ikke har tiltrådt vil har rett til å stå i stilling, jf. aml. § 15-11, jf. Jakhelln 2006 s. 231-232.

¹³⁵ Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 (NL).

¹³⁶ Jf. Hagstrøm 2003 s. 409 flg.

Dersom en part ønsker å fragå avtalen før tiltredelse, er det *to* ulike grunnlag dette kan tenkes hjemlet i. Det gjelder for begge parter. *Arbeidstaker* kan enten si opp avtalen med hjemmel i aml. § 15-3, eller heve avtalen med øyeblikkelig virkning med hjemmel i alminnelig kontraktsrett.¹³⁷ *Arbeidsgiver* kan si opp arbeidstaker i medhold av aml. § 15-7, eller avskjedige arbeidstaker (heve avtalen) med hjemmel i aml. § 15-14.

Når det gjelder *heving*, kan den parten som ønsker å heve, fremsette hevingserklæring overfor motparten så snart misligholdet konstateres,; det er alminnelig kontraktsrett. Dette har han i og for seg også en plikt til, jf. reklamasjonsreglene.¹³⁸ Det antas å foreligge en tilsvarende reklamasjonsplikt for heving av arbeidsavtaler/avskjed, jf. Rt. 1983 s. 1481 og Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79, med henvisning til ILO-rekommandasjonen nr. 119 pkt. 11. Dersom misligholdet oppdages før partene har startet å yte – den ene parten har eksempelvis misligholdt sin opplysningsplikt slik at det foreligger vesentlig mislighold – må det være klart at avtalen kan heves på dette tidspunkt. Dette må antas å gjelde også for heving av arbeidsavtaler/avskjed.

Videre kan det bli tale om å heve på grunnlag av *antesipert mislighold* dersom det foreligger ”meget høy grad av sannsynlighet for at vesentlig mislighold vil inntreffe”.¹³⁹ Dersom vilkårene for å heve på grunnlag av antesipert mislighold er oppfylt, vil man således kunne heve før partene har startet å yte. Det at arbeidsavtaler kan heves ved antesipert mislighold, fremholdes blant annet i dansk litteratur av Hasselbalch.¹⁴⁰ Det fremholdes at ”ved de krav, som stilles til graden af sandsynlighed for en fremtidig, væsentlig misligholdelse, må derfor i ansættelsesforhold også henses til den pågældende misligholdelses nærmere karakter”.¹⁴¹ Han peker på at det må foretas en nærmere vurdering av hensynene til begge parter, og peker på at det i rettspraksis blant annet har vært oppe saker hvor

¹³⁷ Storeng mfl. 2006 s. 306-307.

¹³⁸ Se bl.a. Hagstrøm 2003 kap. 18.

¹³⁹ Hagstrøm 2003 s. 592.

¹⁴⁰ Hasselbalch 2002 s. 608 flg.

¹⁴¹ Hasselbalch 2002 s. 608.

”arbejdstageren tilkendegiver, at han vil fratræde i utide, eller at han ikke vil tiltræde et arbejdsforhold i overensstemmelse med den indgåede aftale. Ligeledes har det været fremme, hvor lønmodtageren mister tilladelser, der er nødvendige for bestridelse af jobbet (f.eks. kørekortet), eller frihedsberøves for længere tid. Endelig har det været oppe i situationer, hvor arbejdsgiverens betalingsevne svigter, så at det er uklart, om der vil være midler til at udrede lønnen” (s. 609).

En arbeidstaker ønsker eksempelvis å heve arbeidsavtalen hvis han får høre av andre tilsatte ved vedkommende bedrift at arbeidsgiver har sluttet å utbetale lønn, eller at det er helsemessig farlig å arbeide der.¹⁴² Dersom det foreligger meget høy grad av sannsynlighet for at arbeidsgiver heller ikke kommer til å utbetale lønn til den nytilsatte arbeidstaker, kan det foreligge grunnlag for heving etter læren om antesipert mislighold.

Det kan således konkluderes med at partene i en arbeidsavtale kan heve avtalen før tiltredelse.

Et annet – og noe vanskeligere – spørsmål er hvorvidt det er anledning til å *si opp* en avtale før partene i hele tatt har startet å yte. Den relevante problemstillingen er om oppsigelsesfristen starter å løpe allerede fra det tidspunkt oppsigelsen blir gitt, eller om den først starter å løpe fra tiltredelsestidspunktet.

Hagstrøm berører dette spørsmålet i forbindelse med behandlingen av oppsigelse uten å overholde oppsigelsesfrist.¹⁴³ Han fremholder at ”hvor et kontraktsforhold er inngått på *oppsigelse*, er det klart at en definitiv nektelse av å ta imot den annen parts prestasjon i hvert fall ikke kan ha *mindre* virkning hva vederlagskravet angår, enn en oppsigelse ville ha”.¹⁴⁴ Han antyder altså at den avtalte oppsigelsesfrist er å anse som en *minstetid hvor partene plikter å yte*. I så fall kan man si at oppsigelsesfristen ikke starter å løpe før oppstartstidspunktet for avtalen, selv om avtalen måtte bli fragått/oppsagt på et tidligere tidspunkt.

Dette utgangspunkt synes også å gjelde etter *dansk* arbeidsrett. Hasselbalch uttaler:

¹⁴² Eksempler hentet fra Storeng mfl. 2006 s. 307.

¹⁴³ Hagstrøm 2003 s. 231 flg.

¹⁴⁴ Hagstrøm 2003 s. 231.

”Det hænder, at en part ønsker at bringe ansættelsen til ophør i henhold til de almindelige opsigelsesregler inden tiltrædelsen. Hvad dette angår, antages det i retspraksis, at en opsigelse (med lovligt varsel) normalt ikke kan annullere pligten til at tiltræde, henholdsvis til at lade tiltrædelsen finde sted. Men opsigelse kan imidlertid normalt godt afgives inden tiltrædelsen, således at varslet løber regnet fra tiltrædelsestidspunktet.” (Hasselbalch 2002 s. 140.)

Illustrerende er den danske dommen inntatt i U 1982.1190 Ø. Arbeidstaker (A) hadde inngått arbeidsavtale med arbeidsgiver B med to måneders prøvetid, mens han fortsatt var i et arbeidsforhold med arbeidsgiver C. Da C fikk vite om As nye ansettelsesavtale, ble As lønn og arbeidsforhold bedret. A ønsket derfor å fortsette hos C og opplyste B om at han likevel ikke kom til å ”påta seg tjenesten” hos B. B krevde erstatning for As mislighold av avtalen. Retten uttalte at:

”Den omstændighed, at appellant kun var ansat på prøve, kunne ikke fritage ham for at tiltræde stillingen hos indstævnte og loyalt at indstille sig på at prøve mulighederne for et samarbejde” (s. 1191).

Arbeidsgiver fikk tilkjent erstatning på 6000 danske kroner. Retten la altså vekt på at arbeidstaker hadde opptrådt illojalt ved å ikke tiltre stillingen, og forutsatte her at arbeidstaker ikke kunne fri seg fra stillingen før etter tiltredelse.

Etter *svensk* rett synes rettstilstanden å være mer usikker. Lunning og Toijer legger til grunn at en arbeidsavtale kan sies opp ”innan själva tjänstgöringen har tagit sin början”, og fremholder at oppsigelsesreglene i LAS § 4 her kommer til anvendelse. De viser for øvrig til AD 1977 nr. 205, hvor retten synes å legge til grunn at arbeidsavtaler gyldig kan sies opp før tiltredelse.¹⁴⁵ Folke Schmidt mente på den annen side at oppsigelsesfristen ikke starter å løpe før arbeidstakeren har tiltrådt.¹⁴⁶ ”Något riktigt klargörande rättsfall” om dette spørsmål foreligger likevel ikke.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Lunning og Toijer 2006 s. 178.

¹⁴⁶ Lunning og Toijer 2006 s. 178 med henvisning til Schmidt ”Tjänsteavtalet” 1959 s. 102.

¹⁴⁷ Lunning og Toijer 2006 s. 178.

I Oslo tingretts dom 13. november 2003¹⁴⁸ ble det lagt til grunn at arbeidstakeren kunne si opp arbeidsavtalen før han tiltrådte, med den virkning at oppsigelsesfristen startet å løpe fra den første dag i måneden etter oppsigelsen fant sted, jf. aml. § 58 nr. 4 (nåværende § 15-3 fjerde ledd). Det ble altså ikke lagt til grunn at oppsigelsesfristen startet å løpe først fra tiltredelsestidspunktet.

Saksforholdet var i korte trekk at A søkte på stilling som salgs- og markedsdirektør hos B. A hadde tidligere arbeidet hos B, men var nå ansatt i et konkurrerende firma C. Det ble avholdt fire møter mellom A og B våren 2002, og partene underskrev arbeidsavtale 29. juli s.å. Oppsigelsesfristen i avtalen mellom A og B var tre måneder. A hadde da sagt opp sin stilling hos C. Tiltredelsesdato ble satt til 1. oktober s.å., beregnet ut fra As oppsigelsestid hos C. I brev av 25. august meddelte A at han hadde bestemt seg for å likevel ikke tiltre hos B, men fortsette å arbeide for C. B fremmet deretter et erstatningskrav overfor A for det tap B hadde blitt påført på grunn av As manglende tiltredelse. De var villige til å akseptere et oppgjør på 250 000 kroner. A avviste kravet, og B tok deretter ut stevning.

Tingretten kom til at det var inngått bindende arbeidsavtale mellom partene. Brevet av 25. august ble ansett som en oppsigelse. Spørsmålet var så om den fikk virkning fra da av eller om den først fikk virkning fra tiltredelsestidspunktet.

Retten la til grunn at ”en arbeidstaker har rett til å si opp sitt ansettelsesforhold på ethvert tidspunkt”. Retten fant ingen holdepunkter i verken teori eller rettspraksis for at ”arbeidstaker er fratatt muligheten til å terminere et inngått ansettelsesforhold forut for tiltredelse”. Retten kom altså til at oppsigelsesfristen startet å løpe allerede *før* tiltredelsen.¹⁴⁹ Arbeidstakeren hadde derfor plikt til å arbeide i to måneder, da oppsigelsesfristen løp fra 1. september.¹⁵⁰ Retten la til grunn at A, med sin erfaring, til en viss grad kunne ha bidratt til omsetningen, selv på bare to måneder, og fastsatte et erstatningsbeløp skjønnsmessig til 75 000 kroner.

¹⁴⁸ Upublisert. Saksnr. 03-004712TVI-OTIR/04Att:IMV.

¹⁴⁹ Motsatt Hagstrøm og dansk arbeidsrett.

¹⁵⁰ Dersom retten hadde kommet til at oppsigelsesfristen først startet å løpe fra tiltredelsestidspunktet, måtte A ha arbeidet i tre måneder, jf. avtalt oppsigelsesfrist.

Avgjørelsen gjaldt *arbeidstakers* oppsigelse før tiltredelse. Hvorvidt tingretten ville kommet til samme konklusjon dersom *arbeidsgiver* hadde brakt ansettelsesavtalen til opphør før tiltredelse, er kanskje mer usikkert. Hensynet til konsistens i regelverket kan tilsi at situasjonene bør behandles likt. Og *begrunnelsen* for reglene om oppsigelsesfrist er for så vidt den samme for både arbeidstaker og arbeidsgiver; den skal gi den andre part tid til å områ seg slik at skadevirkningene av oppsigelsen blir minst mulig.¹⁵¹ Hovedpoenget vil således være at den andre part skal få den tid oppsigelsesfristen løper for å mildne skadevirkningene. I så henseende bør det ikke utgjøre noen forskjell om fristen løper allerede fra før tiltredelse; den samlede tid til områing vil være den samme, og *begrunnelsen* for oppsigelsesreglene vil fortsatt være ivaretatt.

På den annen side vil kanskje Hagstrøms poeng om at den avtalte oppsigelsesfrist utgjør en *minstetid* hvor partene plikter å yte og motta motytelsen, gjøre seg mer gjeldende dersom arbeidstaker blir oppsagt. Dette fordi arbeidstaker mottar *lønn*, noe som er helt grunnleggende og nødvendig for arbeidstakers liv og virke. Dette vil innebære at selv om arbeidstaker blir sagt opp i god tid før tiltredelse – og oppsigelsen i og for seg er saklig begrunnet – så vil arbeidstaker kunne ha krav på vederlag for den lønn han skulle mottatt i den avtalte eller lovfestede oppsigelsesfrist, uavhengig av tiltredelsestidspunkt.

Spørsmålet om oppsigelsesfristen kan løpe fra før tiltredelse er således noe uklart. En dom fra Oslo tingrett gir ingen endelig avklaring av ”gjeldende rett”. Det som imidlertid er klart, er at det vil være gunstigere for den andre part dersom oppsigelseserklæringen avgis så fort som mulig.

Her er dommen i NAD 1986 s. 729 (Ringerike) illustrerende. Det ble inngått arbeidsavtale mellom partene 31. januar 1985. Arbeidstaker skulle tiltre 1. april s.å. Den 10. mars meddelte han imidlertid at han likevel ikke ønsket å tiltre, da han hadde fått tilbud om en annen jobb. Arbeidsgiver anførte da i brev av 22. mars at arbeidstaker hadde misligholdt arbeidsavtalen, at de hadde rett til å heve avtalen og derfor kreve erstatning for det økonomiske tap de hadde blitt påført på grunn av misligholdet. Arbeidstaker tilbød seg deretter å stå i stil-

¹⁵¹ Fanebust 2001 s. 39.

lingen fra det avtalte tiltredelsestidspunktet og ut oppsigelsestiden, og tilbød arbeidsgiver i tillegg et beløp på kroner 10 000 i erstatning. Arbeidsgiver aksepterte ikke tilbudet, men fastholdt kravet om heving og erstatning, og tok deretter ut stevning. Den rettslige problemstilling for herredsretten var hvorvidt arbeidstaker hadde ”opptrådt erstatningsbetingende, og om det [var] adekvat årsakssammenheng mellom hans opptreden og det påståtte økonomiske tap”. Retten kom til at det ikke forelå ansvarsgrunnlag, da arbeidstaker hadde tilbudt seg å jobbe i oppsigelsestiden. Retten fremholdt at

”[d]ersom det for saksøkeren var uklart om saksøkte ønsket å stå i stillingen, burde han selv ha sørget for å avklare dette spørsmål, samtidig som han skulle ha orientert om eventuelle konsekvenser ved å ikke møte opp, dersom dette var ønskelig fra arbeidsgiverens side”,

og videre at

”[s]aksøkte kunne unnlatt å gi noen beskjed om sitt standpunkt før han tiltrådte 1. april, og på dette tidspunktet innlevert sin oppsigelse. Saksøkte valgte imidlertid en for saksøkeren *gunstigere løsning*; å si fra på et tidligere tidspunkt slik at det da ble bedre tid til å finne en egnet person” (min uth.).

Her ble arbeidstaker altså frifunnet for erstatningskravet fordi han hadde valgt en gunstig løsning for arbeidsgiver ved å levere oppsigelsen i god tid.

Konklusjonen så langt er at rettstilstanden er uklar med hensyn til om oppsigelsesfristen starter å løpe før tiltredelse. Hagstrøm hevder at fristen ikke løper før etter tiltredelse. Det samme synes å gjelde etter dansk arbeidsrett. En norsk tingrettsdom falt ned på det motsatte. Sondringen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver kan dessuten ha betydning.

Jeg går så over til å se på hvilke *rettsvirkninger* som inntreder dersom arbeidsavtalen termineres før tiltredelse. Spørsmålet er om partene har rett og plikt til naturaloppfyllelse og/eller erstatning. Det må her sondres mellom de tilfeller hvor oppsigelsen/hevingen anses rettmessig, og de tilfeller hvor den ikke er rettmessig.

Dersom *arbeidstaker* terminerer avtalen, vil det bli et spørsmål om arbeidsgiver kan kreve at arbeidstaker tiltrer stillingen og arbeider ut oppsigelsesfristen, eller om arbeidsgiver kan kreve erstattet oppfyllelsesinteressen og i så fall hvor mye som kan kreves erstattet. Der-

som *arbeidsgiver* terminerer avtalen, kan det spørres om arbeidstaker kan kreve å tiltre og stå i stilling ut oppsigelsesfristen, eller om han har rett til erstatning for henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk tap. I forbindelse med erstatningsutmålingen er det et spørsmål om partene har noen tapsbegrensningsplikt og påfølgende fradragsrett.

I norsk rett finnes det ingen tvangsmidler som medfører at arbeidsgiver fysisk sett kan tvinge arbeidstaker til å utføre et arbeid, jf. tvangsfyllbyrdelsesloven¹⁵² § 13-14 fjerde ledd. Arbeidsgiver kan altså ikke tvinge arbeidstaker til å tiltre for den perioden oppsigelsestiden varer.¹⁵³ Forutsatt at oppsigelsesfristen kan starte og løpe før tiltredelse, jf. foran, vil det uansett ikke bli et spørsmål om naturaloppfyllelse dersom det er lengre tid til tiltredelsen enn den tid oppsigelsesfristen varer.

Tilsvarende kan ikke en arbeidstaker få tvangsfyllbyrdet ”naturaloppfyllelse av sin arbeidsplikt” dersom arbeidsgiver urettmessig nekter å ta han i sin tjeneste.¹⁵⁴ Dette kan sammenholdes med retten til å stå i stilling etter aml. § 15-11. Hvis arbeidstaker *har* tiltrådt stillingen, har han på visse vilkår rett til å fortsette i stillingen frem til en sak om oppsigelse er avgjort, og har for så vidt et krav på naturaloppfyllelse av sin arbeidsplikt. Ved en urettmessig utestenging vil kravet likevel ikke kunne tvangsfyllbyrdes, men arbeidsgivers rettsbrudd kan ha erstatningsmessige konsekvenser. Dersom arbeidstaker *ikke* har tiltrådt idet han mottar oppsigelse, har Jakhelln hevdet at arbeidstaker ikke ”kan gjøre gjeldende retten til å fortsette i stilling”.¹⁵⁵ Det er ikke noen åpenbar grunn til en slik konklusjon. Retten til å fortsette i stillingen mens en oppsigelsessak verserer skal gi arbeidstaker et vern. Det er ikke noen mindre grunn til å gi arbeidstaker et slikt vern fordi en oppsigelse fra arbeidsgiver er gitt før tiltre-

¹⁵² Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfyllbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsfyllbyrdelsesloven/tvfb.).

¹⁵³ Se for øvrig nærmere om dette spørsmålet i Falkanger 2009 ”Naturaloppfyllelse av arbeidsplikt”.

¹⁵⁴ Jf. likeledes tvangsfyllbyrdelsesloven § 13-14 fjerde led, og f.eks. Dege 2003 s. 91 og Falkanger 2009.

¹⁵⁵ Jakhelln 2006 s. 231.

delse. Retten til faktisk å få utføre arbeid kan uansett ikke tvangsfullbyrdes; i så henseende stiller situasjonene seg likt.

Spørsmålet er så om en part har krav på erstatning for oppfyllelesinteressens og erstatning for økonomisk eller ikke-økonomisk tap som følge av den andre parts oppsigelse.

Dersom *arbeidsgivers* oppsigelse materielt sett anses rettmessig, men arbeidstaker ikke har fått anledning til å arbeide i oppsigelsestiden, må det være klart at arbeidstaker har krav på det vederlag som han skulle fått for sin utførelse av arbeidet. Dette følger av at partene er forpliktet til å stå ved kontrakten ut oppsigelsestiden.¹⁵⁶

Selv om arbeidsmiljølovens erstatningsregler ikke kommer til anvendelse, kan det bli tale om erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler dersom det kan påvises at arbeidsgiver har opptrådt uaktsomt i forbindelse med ansettelsen og/eller opphøret av avtalen. I Oslo byretts dom 22. august 1990¹⁵⁷ krevde arbeidstaker erstatning i forbindelse med at ansettelsen av ham ble trukket tilbake like etter at den var skjedd. Retten fant at arbeidsgivers økonomiske situasjon var slik at en oppsigelse var saklig begrunnet. Det kunne derfor ikke bli tale om erstatning etter arbeidsmiljølovens erstatningsregler, og heller ikke oppreisning for ikke-økonomisk tap. Retten fant imidlertid at arbeidsgiver hadde utvist uaktsomhet i forbindelse med ansettelsen, og la vekt på at det var ”uaktsomt å foreta nyansettelse av personer som allerede er i arbeid, hvis bedriften ikke har undersøkt sine egne forhold tilstrekkelig til å ha oversikt over de forhold som kan gjøre stillingen usikker”. Retten var imidlertid i tvil om arbeidstaker i hele tatt hadde lidt noe tap, og fant at det ”eventuelle tapet” uansett ikke var påregnelig. Erstatning ble derved ikke tilkjent.

Dersom oppsigelsen *ikke* er rettmessig, vil det i tillegg til vederlaget kunne bli tale om erstatning av økonomisk og ikke-økonomisk tap, jf. aml. § 15-12 andre ledd. Erstatningsutmålingen bør baseres på arbeidsmiljølovens regler selv om stillingen ikke er tiltrådt. Jakhelln hevder at ”[r]ettspraksis har vært tilbakeholdne med å tilkjenne

¹⁵⁶ I tillegg kan det her nevnes at arbeidsgiver kan bli straffet med bøter dersom han ”retsstridig negter at modtage nogen i eller afskediger nogen fra sin Tjeneste”, jf. strl. § 410 (Almindelig borgelig Straffelov, 22. mai 1902 nr. 10).

¹⁵⁷ Upublisert. Saksnr. 2057/89-8-64.

erstatning for ikke-økonomisk tap”, men oppreisning bør kunne tilkjennes ”selv om tiltredelse ikke har funnet sted”.¹⁵⁸

I forbindelse med erstatningsutmålingen kan det oppstå spørsmål om arbeidsgiver kan ha en fradagsrett for det arbeidstaker kunne tjent et annet sted, idet han vil ha oppsigelsestiden til fri disposisjon. Til dette uttaler Hagstrøm at ”[f]radrag for hva oppdragstaker kunne ha tjent annetsteds, er ... helt ukjent i vår rettspraksis. En rekke dommer tilkjenner oppdragstakere full lønn etter uberettiget avskjed. Høyesterett har også vært lite villig til å dekretere fradrag for hva som faktisk har vært tjent annetsteds”.¹⁵⁹ Fra rettspraksis kan her nevnes RG 1982 s. 27 (Oslo) og en eldre høyesterettsavgjørelse i Rt. 1922 s. 663.¹⁶⁰ Man kan likevel anta at utbetalt arbeidsledighetstrygd må komme til fradrag i erstatningsutmålingen, jf. blant annet Asker og Bærum herredsretts dom 18. januar 2001.¹⁶¹ I den forbindelse må det videre legges til grunn at arbeidstaker vil ha en tapsbegrensningsplikt, jf. det alminnelige prinsipp om tapsbegrensningsplikt i kontraktsretten,¹⁶² og arbeidstaker har av den grunn en oppfordring til å være aktiv arbeidssøker selv om arbeidsgiveren urettmessig nekter å ta arbeidstakeren i sin tjeneste.

For de tilfeller at *arbeidstaker* ikke tiltrer stillingen, vil det bli et spørsmål om *arbeidsgiver* kan kreve erstatning. Arbeidstaker har som kjent en fri oppsigelsesadgang, men er bundet av oppsigelsesfristen. Forutsatt at oppsigelsesfristen løper før tiltredelse, jf. foran, og arbeidstaker sier opp og oppsigelsesfristen utløper før tiltredelsestidspunktet, vil ingen av partene behøve å yte noe, og arbeidsgiver har

¹⁵⁸ Jakhelln 2006 s. 232. Jf. for øvrig de ovenfor (i avsnitt 6.4) nevnte dommer fra Asker og Bærum herredsrett 25. september 2000 og 18. januar 2001, hvor arbeidstakerne fikk tilkjent oppreisning.

¹⁵⁹ Hagstrøm 2003 s. 232.

¹⁶⁰ For øvrig kan nevnes Arbeidsdomstolens dom av 26. november 2008, AD 2008 nr. 98. Arbeidsgiver og arbeidstaker inngikk sluttavtale hvor det ble avtalt at arbeidstaker skulle motta lønn ut oppsigelsestiden uten arbeidsplikt. Da arbeidstaker tiltrådte en ny stilling før opprinnelig oppsigelsestid var over, hevdet arbeidsgiver at det forelå en fradagsrett for den lønn arbeidstaker tjente i ny jobb. Arbeidsdomstolen kom til at slik fradagsrett ikke forelå.

¹⁶¹ Upublisert. Saksnr. 00-1469 A/01.

¹⁶² Bl.a. Hagstrøm 2003 s. 561 flg.

følgelig heller ikke krav på erstatning. Dersom oppsigelsesfristen derimot fortsatt løper etter tiltredelsestidspunktet, vil arbeidstaker i utgangspunktet ha plikt til å tiltre og jobbe ut oppsigelsesfristen. Som tidligere nevnt kan ikke arbeidsgiver tvinge arbeidstaker til å utføre arbeid, og det vil i så fall bare kunne bli snakk om erstatning. Arbeidsgivers erstatningskrav overfor arbeidstaker er ikke hjemlet i arbeidsmiljøloven. Erstatning må derfor følge de alminnelige erstatningsregler, eventuelt om erstatning som følge av kontraktsbrudd. Et utslag av dette synet finnes i den tidligere nevnte dom fra Oslo tingrett av 13. november 2003, hvor partene hadde en gjensidig oppsigelsesfrist på tre måneder. Arbeidstaker sa opp stillingen litt over én måned før tiltredelse, slik at han var forpliktet til å arbeide i to måneder. Arbeidstaker tiltrådte imidlertid ikke, og retten kom til at arbeidstaker hadde opptrådt *erstatningsbetingende idet han brøt kontrakten*. Erstatningen ble utmålt etter en vurdering av hva arbeidstaker ville kunne bidratt med i inntjeningen til selskapet. Det økonomiske tapet ble etter en skjønnsmessig vurdering satt til 75 000 kroner.

7 Opphør før tiltredelse og *ugyldig* arbeidsavtale – stillingsvern eller avtalerett?

7.1 Innledning

I kapittel 6 ble det konkludert med at arbeidsmiljøloven må følges dersom en *gyldig* arbeidsavtale skal avsluttes før arbeidstakers tiltredelse. Spørsmålet i det følgende er om arbeidsmiljøloven også kommer til anvendelse på en *ugyldig* arbeidsavtale på dette stadiet. Høyesterett fremholdt i Rt. 2004 s. 76 at før tiltredelse er det ”de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”, og at arbeidsmiljøloven derved ikke får anvendelse på ugyldige arbeidsavtaler i slike tilfeller.

Problemstillingen her er hvorvidt avtalerettslig ugyldighet kan anvendes som *selvstendig* grunnlag for opphør av en arbeidsavtale, med den følge at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ikke tas i betraktning. De sentrale spørsmålene er da *om* arbeidsmiljøloven får anvendelse på ugyldige arbeidsavtaler, og *om* det i så fall foreligger en valgtrett for den krenkede part med hensyn til å påberope seg arbeids-

miljøloven eller avtaleretten. Det forutsettes i det følgende at det isolert sett foreligger en ugyldighetsgrunn.

7.2 Gyldighet et vilkår for stillingsvern?

Et første spørsmål er om anvendelse av arbeidsmiljøloven forutsetter at det er inngått en bindende avtale mellom partene.

I utgangspunktet kan det nok hevdes at dersom det ikke foreligger en gyldig avtale, så vil ikke partene ha noen rett å bygge på. Det eksisterer ingen arbeidsavtale, ergo kommer ikke arbeidsmiljøloven til anvendelse.

Høyesterett reserverte seg imidlertid mot denne type betraktning i Rt. 2004 s. 76, hvor det ble fremholdt at:

”[d]et kan nok sies at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i og for seg bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, men jeg kan ikke se at en slik – mer teknisk – betraktningssmåte her kan være avgjørende” (avsnitt 46).

Etter alminnelig kontraktsrett er det antatt at en kontraktspart kan *velge* om han vil heve avtalen eller påberope seg ugyldighet dersom det foreligger både mislighold og ugyldighet, alt etter hva som vil lønne seg med tanke på erstatning av henholdsvis positiv og negativ kontraktsinteresse.¹⁶³ En kjøper kan eksempelvis heve kjøpet etter kjøpsloven¹⁶⁴ § 39 på grunn av selgers misligholdte opplysningsplikt etter kjl. § 18, til tross for at avtalen etter omstendighetene også kan kjennes ugyldig etter avtl. § 33. Det oppstilles med andre ord ingen krav til at kjøpsavtalen isolert sett må være *gyldig* for at kjøpsloven skal komme til anvendelse.

Den samme valgrett gjelder også for arbeidsavtaler etter *svensk rett*. Det anføres av Källström og Malmberg¹⁶⁵ at

”[e]tt anställningsavtal kan ogiltigförklaras på avtalsrättslig grund t.ex. om en arbetssökande lämnat vilseledande uppgifter i samband med anställningen ... Innom arbetsrätten talar man i sådana fall om att *häva* ett anställningsavtal ... Rättsverkningarna av en hävning med stöd av avtals-

¹⁶³ Jf. bla. Woxholth 2006a s. 286.

¹⁶⁴ Lov om kjøp 13. mai 1988 nr. 27 (kjøpsloven/kjl.).

¹⁶⁵ Källström og Malmberg 2006 s. 44-45. Jf. også Schmidt 1994 s. 183 og Lunning og Toijer 2006 s. 167 flg.

rättsliga ogiltighetsregler og ett avskedande enligt 18 § LAS är de samma: i båda fallen upphör anställningen omedelbart. Eftersom det inte är möjligt att återbära utfört arbete har ogiltigheten av anställningsavtal enligt 3 kap. avtalslagen enbart verkan för framtiden (*ex nunc*). Arbetsgivaren kan i dessa situationer *välja* om han vill följa föreskrifterna i LAS eller hantera tvisten som en rent avtalsrättslig fråga.” (s. 44-45) (min uth.).

I AD 1980 nr. 89 hevet arbeidsgiver arbeidsavtalen, og partene var uenige om hvorvidt den rettslige forankringen for hevingen skulle hjemles i avtalslagen § 30 eller i LAS § 18. Til dette uttalte retten at ”[i] detta fall saknar frågan praktiskt interesse. I båda alternativene kommer man till att kommunen hade rätt att omedelbart häva anställningsavtalet”. Retten tok derved ikke stilling til hvilket av regelsettene som faktisk var grunnlaget for hevingen. Retten påpekte imidlertid at dersom avtalslagen skulle anvendes, vil man ikke behøve å iakttta formreglene som oppstilles i LAS.

Det poeng at det faktisk foreligger en *valgrett*, peker i retning av at det ikke er noe isolert krav om at avtalen må være gyldig for at misligholdsreglene skal komme til anvendelse.

Det kan derfor foreløpig konkluderes med at gyldighet ikke nødvendigvis er et vilkår for stillingsvern. Både arbeidsmiljøloven og avtaleretten vil isolert sett kunne ha anvendelse dersom en arbeidsavtale bringes til opphør før tiltredelse. *Hvilket* regelsett som får gjennomslag dersom *begge* påberopes, er imidlertid et annet – og vanskeligere – spørsmål.

Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte seg konkret om dette spørsmålet i Rt. 1988 s. 766. Den rettslige problemstilling for Kjæremålsutvalget var hvorvidt en sak om anført opphør av en arbeidsavtale måtte fremmes for behandling etter arbeidsmiljølovens særlige prosessregler, eller om den skulle fremmes etter alminnelige prosessregler. Arbeidsgiver påberopte seg at avtalen mellom partene ikke var bindende på avtalerettslig grunnlag, og hevdet at arbeidsmiljølovens prosessregler derved ikke kom til anvendelse. Den underliggende materielle problemstilling var således hvorvidt bindende avtale var inngått mellom partene.

Et enstemmig kjæremålsutvalg bygget på at bristende (uriktige) forutsetninger med hensyn til tilsettingen kunne føre til at bindende avtale ikke var inngått. Lagmannsrettens bevisvurdering på dette

punkt kunne utvalget ikke prøve, og lagmannsrettens konklusjon – at saken måtte avgjøres etter avtalerettens materielle regler og at de særlige prosessuelle regler i arbeidsmiljøloven ikke kom til anvendelse – ble derved stadfestet.

Forholdet var at A hadde søkt på et fire måneder langt vikariat som lærer ved en grunnskole i B kommune. A ble tilbudt stillingen. Hun takket ja og søkte samtidig om svangerskapspermisjon. B svarte med at A på grunn av svangerskapspermisjonen likevel ikke fikk tiltre stillingen, da hun bare ville fungere i stillingen i én måned. A tok deretter ut stevning.

Både herredsretten (Ytre Sogn herredsrett 23. februar 1987) og lagmannsretten (Gulating lagmannsrett 22. mars 1988) kom i kjennelse frem til at saken *ikke* skulle fremmes etter arbeidsmiljølovens prosessregler. Lagmannsrettens flertalls begrunnelse for resultatet var at det ikke var inngått bindende avtale mellom partene fordi *aksepten ikke var sammenfallende med tilbudet*. Kommunen hadde tilbudt kvinnen et fire måneder langt vikariat. Hennes aksept innebar at hun bare ville fungere i stillingen i én måned. Flertallet anså dette som et ”avslag med et nytt tilbud som det stod kommunen fritt å godta eller avslå” (s. 767).

Kjæremålsutvalget fant den tilnærmingen treffende, men leste lagmannsrettens begrunnelse dit hen at den reelt gikk ut på at det ikke forelå bindende avtale fordi ”bristende forutsetninger fra kommunens side mht. tilsettingen av den kjærende part må lede til at kommunen her ikke har inngått en bindende arbeidsavtale” (s. 769). Kjæremålsutvalget valgte altså en annen tilnærming til begrunnelsen enn lagmannsretten, og ut fra denne tilnærmingen fremholdt utvalget at ”det ikke noen uriktig tolking av en lovforskrift at bristende forutsetninger fra kommunens side kunne medføre at den kjærende part etter omstendighetene ikke var tilsatt i stillingen” (s. 769). Resultatet innebærer i praksis at ”før tiltredelse kan arbeidsgiver påberope bristende forutsetninger for en ansettelse med det (mulige) utfall at en bindende arbeidsavtale ikke anses inngått – og arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler derved ikke kommer til anvendelse”.¹⁶⁶

Kjæremålsutvalget gjør dette relativt klart og åpner ikke opp for en diskusjon rundt de synspunkter som den kjærende part og mindretallet i lagmannsretten fremholdt. Lagmannsrettens mindretall mente at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler må få anvendelse fra det tidspunkt arbeidsgiver var bundet av ansettelsen, da det vil være et ”støtende fortolkningsresultat om personer som til og med hadde mottatt ansettelsesbrev ikke allerede fra da av skulle komme inn under loven[s] verneregler” (s. 767). Kjæremålsutvalget nevner ikke de verneregler for arbeidstaker som kan tenkes å føre til motsatt resultat, men bygger tvert imot forutsetningsvis på at dersom det ikke foreligger bindende avtale, så får heller ikke vernereglene anvendelse.

¹⁶⁶ Evju 2004 s. 15.

I denne saken var det faktum at en kvinne var gravid og derfor ikke kunne fungere i vikarstillingen mer enn én måned, å anse som en bristende forutsetning for ansettelsesavtalen. I dag ville dette resultatet ikke stå seg, da heving av en arbeidsavtale på grunn av graviditet vil innebære ulovlig forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven¹⁶⁷ § 4 andre ledd jf § 3.¹⁶⁸ Resonnementet i seg selv – at arbeidsavtaler (på annet grunnlag enn graviditet) kan kjennes ugyldige og at det medfører en tilsidesettelse av stillingsvernsreglene – er imidlertid fortsatt interessant. ”Hvorvidt det foreligger noen avtalerettslig ugyldighetsgrunn, beror på om det kan sies å foreligge et relevant mislighold av en plikt til å gi opplysninger som arbeidsgiveren lovlig kan kreve eller forvente å få.”¹⁶⁹

Hagstrøm (2003 s. 138) har for øvrig fremholdt at det i denne kjennelsen var snakk om *uriktige* forutsetninger og ikke bristende forutsetninger slik det uttrykkes i kjennelsen. Forskjellen ligger i at ”[u]riktig er en forutsetning dersom den treffer feil når det gjelder forhold som forelå allerede ved avtaleinngåelsen; bristende er den dersom den treffer feil når det gjelder den etterfølgende utvikling.” (Hagstrøm 2003 s. 248.) Arbeidstaker var i denne saken gravid allerede ved avtaleinngåelsen, slik at det mest treffende må være at forutsetningen var uriktig for ansettelsen.

Kjæremålsutvalget la her klare føringer på at dersom en arbeidsavtale ikke er avtalerettslig bindende, og arbeidstaker ennå ikke har tiltrådt stillingen, så kan avtalen termineres på dette grunnlag uten å ta hensyn til arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Det bør likevel bemerkes at retten ikke gir noen begrunnelse for sine synspunkter, men forutsetter uten videre at avtalerettslig ugyldighet etter omstendighetene kan bringe en arbeidsavtale til opphør. Kjæremålsutvalgets synspunkter ble fulgt opp i Rt. 2004 s. 76.

7.3 *Et kritisk blikk på Høyesteretts dictum i Rt. 2004 s. 76*

I denne dommen fremholdt Høyesterett (førstvoterende) i et *obiter dictum* at avtalerettens regler ville fått gjennomslag dersom arbeidstakerens kompetansesvikt var blitt avdekket før tiltredelse. Dictumuttalelsen lyder som følger:

”Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket *før han tiltrådte stillingen*, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør

¹⁶⁷ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven).

¹⁶⁸ Jf. bla. Storeng mfl. 2006 s. 66.

¹⁶⁹ Evju 2004 s. 15.

uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. At kommunen ville hatt en slik adgang, fremgår etter mitt syn forutsetningsvis av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1988 side 766. I en slik situasjon vil det være *de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen*. Jeg kan heller ikke se at det på dette stadium foreligger *reelle hensyn* av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller” (avsnitt 47; mine uth.).

Det er altså to forhold som står sentralt i vurderingen her:

Høyesterett bygger *for det første* på avgjørelsen i Rt. 1988 s. 766. Høyesterett *tolker* med andre ord resultatet i Rt. 1988 s. 766 dit hen at et avtaleforhold kan avsluttes i medhold av de avtalerettslige regler *før arbeidstaker har tiltrådt*. Det faktum at realitetsvurderingen i kjennelsen ikke lenger er holdbar på grunn av likestillingsloven § 4 andre ledd jf. § 3, er således ikke avgjørende, eller det er oversett. Høyesterett anser *prinsippet* for å være holdbart fortsatt. Det at Høyesterett viderefører en oppfatning som har fått uttrykk i en tidligere avgjørelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg, bidrar til å sementere rettstilstanden på området. Særlig det at faktum i de to sakene er såpass ulike, indikerer at regelen er tenkt å skulle gjelde generelt.

For det andre knyttes drøftelsen opp til reelle hensyn. Førstvoterende anser at det *ikke* foreligger reelle hensyn ”av nevneverdig tyngde” som taler for at avtaleretten skal tilsidesettes som selvstendig grunnlag før arbeidstaker har tiltrådt. Dette innebærer rimeligvis at Høyesterett anser en slik rettstilstand som god og forsvarlig.¹⁷⁰ Det må imidlertid poengteres at retten ikke drøfter dette spørsmålet særlig inngående. Retten foretar ikke en spesifikk eller nyansert drøftelse av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Det er derfor en viss fare for at retten ikke har hatt ”overblikk over alle de forhold som kan rommes under en generell regel”.¹⁷¹

Det poeng at uttalelsen er et dictum, indikerer at Høyesterett uttaler seg generelt og på den måten muligens ønsker å angi at regelen er fornuftig og god (jf. likevel nedenfor). Etter min mening kan det settes spørsmålstejn ved hvor *rettsteknisk* god denne regelen er. Den *avviker* fra den rettstilstand Høyesterett angir at skal gjelde etter til-

¹⁷⁰ Jf. eksempelvis Eckhoff og Helgesen 2001 s. 366.

¹⁷¹ Skoghøy 2002 s. 340.

treddelse, og det kan spørres om det er hensiktsmessig å operere med to ulike regler for en og samme kontraktstype. Det at en regel er god på generelt grunnlag, behøver dessuten ikke nødvendigvis bety at den er god for alle individuelle tilfeller; særlige hensyn kan gjøre seg gjeldende i enkelttilfeller.¹⁷² Man kan derfor ikke utelukke at det kan dukke opp særlige tilfeller hvor hensynet til arbeidstaker taler for at avtaleforholdet bør avsluttes etter arbeidsmiljølovens opphørsregler, selv før tiltredelse. Som Evju påpeker: ”Dommen klargjør en skillelinje i tid. *Hvilke* ugyldighetsinnsigelser som kan føre frem, på det ene eller annet stadium, er et annet spørsmål.”¹⁷³

Når man vurderer godheten av en regel, bør man alltid ta i betraktning hva *formålet* med regelen er.¹⁷⁴ Man kan spørre seg hvilket formål Høyesterett hadde i tankene da de utformet denne *dictum*-regelen. *Resultatet* av regelen er at arbeidsgiver gis adgang til å avslutte avtaleforholdet med arbeidstaker umiddelbart og uten å ta hensyn til krav om drøftelser og formkrav som følger av arbeidsmiljøloven.¹⁷⁵ Man kan derfor kanskje tenke seg at formålet bak en slik regel er å fremme arbeidsgivers mulighet til avslutte avtalen etter ”minste motstands vei”. Hvis dette antas å være en viktig rettighet for arbeidsgiver, så er regelen for så vidt god. En slik adgang for arbeidsgiver må imidlertid holdes opp mot arbeidstakers interesse i å få den informasjon han kan kreve etter arbeidsmiljøloven, og det må foretas en interesseavveining i så måte. Etter min mening stilles det ikke så strenge krav til arbeidsgiver i avskjedstilfellene at det må antas å være en stor belastning for denne å gå frem på den måten arbeidsmiljøloven krever kontra det å heve etter avtaleretten.

La meg skissere et eksempel: Arbeidsgiver oppdager etter avtaleinngåelsen, men før tiltredelsen, at arbeidstaker har forfalsket sine papirer hva gjelder utdanning eller arbeidserfaring. Arbeidsgiver innkaller arbeidstaker umiddelbart til et møte hvor denne blir konfrontert med funnene. Arbeidstaker får anledning til å forklare seg, og man får

¹⁷² Eckhoff og Helgesen 2001 s. 366.

¹⁷³ Evju 2004 s. 15.

¹⁷⁴ Eckhoff og Helgesen 2001 s. 373.

¹⁷⁵ Dette er kravene som oppstilles i aml. når arbeidstaker avskjediges, jf. § 15-14 andre ledd. Oppsigelse har enda flere krav, jf. mitt kapittel 4.

drøftet situasjonen. Dersom arbeidsgiver ønsker å terminere avtalen, forelegges arbeidstaker en skriftlig avskjed begrunnet i arbeidstakers forhold,¹⁷⁶ med de opplysninger som kreves etter aml. § 15-4. Deretter vil det være opp til arbeidstaker å ta saken til retten dersom han mener seg urettmessig avskjediget. Saken ville i så fall komme for domstolene etter arbeidsmiljølovens prosessregler. Dersom forutsetningssvikten ikke er så alvorlig at den kan henføres under avskjedsbestemmelsen, men under oppsigelsesbestemmelsene, må arbeidsgiver forholde seg til de mer omfattende regler som gjelder for oppsigelser. Dersom arbeidsgiver anser det viktig og hensiktsmessig at arbeidstaker ikke tiltrer og "fortsetter i stilling" under en eventuell tvist, vil arbeidsgiver kunne kreve at arbeidstaker ikke fungerer i stillingen under sakens behandling, jf. § 15-11 andre ledd. Poenget mitt er: Er virkelig arbeidsgivers behov for å tilsidesette avtalen etter avtaleretten så sterkt at det bør gå på bekostning av arbeidstakers behov for klarhet og rettighetsinformasjon vedrørende opphøret av sin egen ansettelse?

Høyesterett konkluderer med at før tiltredelse "vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen". Dette kan etter mitt syn diskuteres. Dette bør ses i lys av arbeidsmiljølovens formålsbestemmelser som blant annet fremhever at loven skal sikre arbeidstakere "trygge ansettelsesforhold", jf. § 1-1 bokstav b. Dersom forholdet mellom partene kun er styrt av avtalerettslige betraktninger før tiltredelse, vil avtaleforholdet fremstå som et ordinært kontraktsforhold mellom to jevnbyrdige parter, hvor begge gis anledning til å påberope seg avtalerettslige regler. Arbeidstaker vil på den måten stå uten et slikt vern som arbeidsmiljøloven ellers tilsikter. Spørsmålet om realitetene mellom partene på dette stadiet er av en slik karakter at de kan betegnes som jevnbyrdige, ble diskutert foran under punkt 6.3, og må besvares benektende.

¹⁷⁶ Grunnlaget kan for eksempel være at arbeidstaker ikke har de kvalifikasjoner som kreves og rent faktisk ikke er i stand til å utføre de tiltenkte arbeidsoppgaver, og at det av den grunn foreligger avskjedsgrunn. Et annet poeng er at arbeidstaker i et slikt tilfelle har løyet og brutt tilliten som må eksistere mellom partene, og at dette kan gi grunnlag for opphør gjennom avskjed/oppsigelse.

Én ting er dersom ugyldighetsinnsigelsen som blir påberopt, knytter seg til arbeidstakers svik eller uaktsomhet. Noe annet er dersom ugyldighetsinnsigelsen knytter seg til arbeidsgivers forhold. I slike tilfeller vil ikke arbeidstaker ha noen mulighet til å gardere seg mot arbeidsgivers disposisjon, og det kan spørres om det også da vil være legitimt å fremholde at det er ”de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”.

Ugyldighetsreglene og stillingsvernsreglene har i utgangspunktet to helt ulike formål. Formålet bak stillingsvernsreglene ”hviler på det generelle grunnsyn at en arbeidstaker skal være vernet mot den personlige ulykke som en oppsigelse kan være, når arbeidsgiver ikke har særlige grunner til å fremkalle den”.¹⁷⁷ Det er med andre ord foretatt en interesseavveining hvor lovverket går langt i å beskytte arbeidstaker.

Avtalelovens ugyldighetsregler har derimot tradisjonelt hatt som formål å ”motvirke avvik fra normalløsninger i tilfelle hvor det av en eller annen viktig grunn ikke er ønskelig at løftegiveren skal være bundet av sitt løfte”.¹⁷⁸ De er for det første begrunnet i ”hensynet til å oppnå rimelige løsninger og for det andre i et prevensjonshensyn”.¹⁷⁹ Det kan muligens sies at man kan oppnå både rimelige løsninger og samtidig ivareta prevensjonshensynet bare ved å anvende stillingsvernsreglene. Dersom arbeidstaker er uskikket til å inneha stillingen, har arbeidsmiljøloven tilstrekkelige reguleringer for arbeidsgiver til å kvitte seg med vedkommende gjennom oppsigelses- og avskjedsbestemmelsene, selv om det opprinnelig forelå en ugyldighetsgrunn. Samtidig vil arbeidstaker vite at dersom han opptrer tilstrekkelig klanderverdig og det som anses ”avvikende fra normalløsninger”, så kan han avskjediges etter arbeidsmiljølovens bestemmelser, og prevensjonshensynet vil i så måte ivaretas gjennom disse reglene.

Videre vil arbeidsmiljølovens krav til en helhetlig saklighetsvurdering elimineres ved bortfall etter avtaleretten. Ved ordinær oppsigelse må det foretas en interesseavveining hvor arbeidstakers svik må veies opp mot andre omstendigheter som taler for at arbeidstak-

¹⁷⁷ Jakhelln 2006 s. 416.

¹⁷⁸ Woxholth 2006a s. 287.

¹⁷⁹ Woxholth 2006a s. 287.

eren (eventuelt etter en omplassering) likevel bør få beholde jobben.¹⁸⁰ En slik helhetsvurdering gjør seg ikke gjeldende ved avtalerettslig ugyldighet, og det kan spørres om dette er ønskelig.

Samtidig skal det ikke forbigås at avtalerettens regler knyttet til situasjonen rundt avtalens inngåelse særlig har referanse til løftemottakers (arbeidstakers) uredelige opptreden. Dersom det foreligger grunnlag for å kjenne en avtale ugyldig i slike tilfeller, taler reelle hensyn for at løftegiver (arbeidsgiver) skal slippe å være bundet av sitt løfte.¹⁸¹ Dette kan imidlertid etter mitt syn avhjelpes av avskjedsbestemmelsen – som jo nettopp regulerer grove brudd mot arbeidsgiver.

Til sist kan det heller ikke forbigås at Høyesterett faktisk knytter dictumuttalelsen direkte til faktum i den aktuelle saken: Forutsatt at A ikke hadde tiltrådt stillingen, hadde man kunnet løse spørsmålet etter de avtalerettslige regler. I og med at det er et dictum, kunne Høyesterett ha valgt å utforme uttalelsen mer generelt, idet det ligger i en dictumuttalelse at den ikke har betydning for resultatet i saken.¹⁸² Det kan derfor spørres om uttalelsen likevel ikke har en generell rekkevidde, men derimot ikke rekker lenger enn det faktum i den konkrete saken tilsier. Spørsmålet om uttalelsens rettskildemessige vekt må uansett ses i lys av ”graden av likhet mellom det spørsmål som ble avgjort i dommen” og det som måtte komme opp senere.¹⁸³ I så fall kan resultatet bli annerledes dersom arbeidstakeren for eksempel ikke er å bebreide, eller det foreligger en annen type forutsetningsbrist av mindre alvorlig karakter.

Dictumuttalelsen har blitt kritisert i arbeidsrettslig litteratur. F.eks. hevder Storeng mfl. 2006 at

”[s]elv om Høyesterett kom til at tiltredelsen var et skjæringspunkt for anvendelse av hhv. de rene avtalerettslige og de arbeidsrettslige regler kan det ikke oppstilles noen generell regel”, og ”[h]vilke regler som kommer til anvendelse må vurderes konkret i hvert tilfelle. Det sentrale poeng i denne

¹⁸⁰ Jf. Junesjö 1993 punkt 7.3.

¹⁸¹ Mer om bebreidelsessynspunkter i avsnitt 6.2.1.

¹⁸² Jf. bla. Fleischer 1995 s. 172.

¹⁸³ Eckhoff og Helgesen 2001 s. 159-160.

vurderingen vil være om den ansatte har behov for et særlig kontraktsvern” (s. 53).

Videre har Jakhelln i en omtale av dommen fremholdt:

”Presumptivt skal prosessreglene ivareta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når et arbeidsforhold opphører, og de formkrav som knytter seg til oppsigelse og avskjed skal ivareta klarhetsbehovet og arbeidstakernes behov for informasjon om deres rettigheter mv., slik at de kan bli i stand til å ivareta sine interesser. Slik sett kunne meget tale for at inngåelsen av arbeidsavtalen ble lagt til grunn som et skille, og at *ugyldighetsspørsmål – også for så vidt gjelder opprinnelig ugyldighet – for så vidt ble likestilt med de tradisjonelle opphørsgrunner*. Disse vernehensyn gjør seg gjeldende også i ugyldighetssituasjonene, og det kan derfor ikke være treffende å karakterisere forholdet ved at det domineres av ’de rent avtalerettslige betraktninger’” (Jakhelln 2006, s. 228; min uth.).

Synspunktene er altså at reelle hensyn tilsier at stillingsvernsreglene (”de tradisjonelle opphørsgrunner”) bør komme til anvendelse til tross for en opprinnelig ugyldig avtale. Det antydes at man må foreta en vurdering av om arbeidstaker har tilstrekkelig behov for stillingsvern i hver konkrete sak.

Høyesterett poengterte – som tidligere nevnt – at problemstillingene som ble reist i Rt. 2004 s. 76 var berørt i svensk teori, men at de konklusjoner som finnes der, er ”usikre og vage”. Hvordan rettsstillingen i Sverige og Danmark er *etter* tiltredelse, ble behandlet i punkt 5.2. Etter hva jeg kan se, er rettstilstanden etter svensk og dansk rett forholdsvis klar på at en part i en arbeidsavtale etter omstendighetene kan kjenne avtalen ugyldig – også før tiltredelse.¹⁸⁴

I AD 2004 nr. 37 påpeker Arbetsdomstolen at arbeidsavtalen kan tilsidesettes etter avtaleretten også *før tiltredelse*, men i den konkrete saken var det ikke rettslig grunnlag for dette. I AD 1979 nr. 143 oppdaget arbeidsgiver at den nytilsatte arbeidstaker var tidligere dømt for narkotikaforbrytelser, og hevet derved ansettelsesavtalen før arbeidstaker fikk mulighet til å tiltre stillingen. Retten fremholdt at arbeidsgiveren hadde rett til å ”häva avtalet i förtid” og hjemlet hevingen i forutsetningslærens regler.

¹⁸⁴ Se punkt 5.2 ad *etter* tiltredelse.

Etter dansk rett er det også klart at arbeidsavtalen kan heves etter avtalerettens regler før tiltredelse. Hasselbalch fremholder at det kan gjøres dersom ”en væsentlig forudsætning for aftaleindgåelsen viser sig at være uriktig”.¹⁸⁵ Dette er lovfestet i erhversuddannelsesloven § 61, og prinsippet antas å gjelde også for andre arbeidsforhold.¹⁸⁶

Etter min mening kan spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver har en valgrett til å påberope seg avtalerett eller stillingsvern før tiltredelse, antageligvis ikke besvares entydig og sikkert slik rettstilstanden nå synes å være.

7.4 Kort om arbeidstakers valgrett før tiltredelse

Dictumuttalelsen i Rt. 2004 s. 76 gjaldt *arbeidsgivers* adgang til å påberope seg avtalerettslig ugyldighet før tiltredelse. Hvordan dette stiller seg for *arbeidstaker*, er et annet spørsmål. Det behandler jeg kort i det følgende. Hvorvidt arbeidstaker har en valgrett *etter* tiltredelse, ble behandlet i punkt 5.5. Konklusjonen der var at det må antas å foreligge en slik valgrett for arbeidstaker. Ut fra en ”fra det mer til det mindre”-slutning, kan det nok hevdes at arbeidstaker bør ha en slik valgrett også *før* tiltredelse.

Fra rettspraksis kan her nevnes Oslo tingretts dom 13. november 2003.¹⁸⁷ Arbeidstaker terminerte arbeidsavtalen før tiltredelse og påberopte seg forutsetningslæren og tilbakekall re integra. Retten bestred ikke at disse rettsgrunnlagene i prinsippet kunne føre frem, men kom til at vilkårene for å terminere avtalen etter disse grunnlagene ikke forelå. Den avtalte oppsigelsesfrist måtte derfor følges.

Videre må det poeng at Høyesterett i Rt. 2004 s. 76 fremholder at *arbeidsgiver* kan terminere arbeidsavtalen i medhold av avtalerettens regler før tiltredelse, gi en indikasjon på at også arbeidstaker kan vinne frem med dette grunnlag.

¹⁸⁵ Hasselbalch 2002 s. 139.

¹⁸⁶ Hasselbalch s. 139-140.

¹⁸⁷ Upublisert. Saksnr. 03-004712TVI-OTIR/04Att:IMV. Dommen er nærmere behandlet i punkt 6.5.

8 Særlige spørsmål

8.1 Innledning

Jeg har tidligere påpekt at den rettskildemessige vekten av Rt. 2004 s. 76 må vurderes ut fra graden av likhet med en senere sak. Blant annet har jeg pekt på at partenes *subjektive bebreidelse* og *type forutsetningsbrist* er forhold som muligens kan rokke ved Høyesteretts utgangspunkt.

Høyesterett fremholder at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler vil gi en ”*hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel* regulering hvor arbeidstakeren, til tross for en opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen”.¹⁸⁸ Problemstillingen i det følgende er hvorvidt arbeidsmiljøloven faktisk *gir* en tilstrekkelig regulering ved tilfeller av ugyldighet som blir oppdaget etter tiltredelse. Jeg vil peke på ulike typer ugyldighetsgrunner og vurdere hvorvidt arbeidsmiljølovens opphørsregler naturlig konsumerer disse. Det kan godt tenkes at oppsigelses- og avskjedsreglene må ”legges litt på strekk” for å fange opp alle tilfeller.¹⁸⁹

Avslutningsvis i dette kapitlet skal det drøftes om graden av subjektiv bebreidelse av partene kan rokke ved Høyesteretts utgangspunkt om at tidspunktet for tiltredelsen er avgjørende for hvilket regelsett som får anvendelse.

8.2 Tilblivelsesmangler og opprinnelig ugyldighet

Under denne type ugyldighetsgrunner inngår tilfeller hvor det foreligger blant annet falsk, forfalskning, tvang, simulasjon (pro forma), samt ugyldighet etter avtl. § 33 og læren om uriktige forutsetninger.¹⁹⁰ Karakteristisk for disse ugyldighetsgrunnene ”er at det er noe i veien med den måten avtalen har blitt til på”.¹⁹¹ Tilblivelsesmangler hvor partsutsagnet ”fremtrer med et annet innhold enn løftegiveren la opp til”,¹⁹² vil være det mest aktuelle for arbeidsavtaler. Klassiske

¹⁸⁸ Avsnitt 48; min uth.

¹⁸⁹ Sundet 2004 s. 151.

¹⁹⁰ Woxholth 2006a kapittel 4.

¹⁹¹ Woxholth 2006a s. 305.

¹⁹² Woxholth 2006a s. 305.

eksempler er der arbeidstaker har opptrådt uredelig og bevisst eller ubevisst har holdt tilbake opplysninger, eller har gitt feilaktige opplysninger, som han kunne anta var avgjørende for ansettelsen. Slike avtaler kan etter omstendighetene settes til side som ugyldige etter avtaleloven § 33, og kan videre settes til side etter forutsetningslæren. Spørsmålet i det følgende er om slike situasjoner naturlig kan subsumeres under arbeidsmiljølovens opphørsregler.

Dersom ”omstendigheten” består i at arbeidstaker mangler nødvendig kompetanse for stillingen – arbeidstaker har enten bevisst løyet om sin kompetanse eller forfalsket dokumenter, eller arbeidstaker har mer ubevisst misforstått omstendighetene rundt sin kompetanse – så må det være klart at slike tilfeller naturlig kan anføres som oppsigelsesgrunn eller avskjedsgrunn basert på arbeidstakers forhold.¹⁹³

Dersom det derimot foreligger andre ”omstendigheter” som kunne gitt grunnlag for ugyldig avtale, er det mer usikkert om situasjonen like naturlig passer inn under arbeidsmiljølovens opphørsregler. Arbeidstakers tidligere straffbare forhold er et eksempel som flere ganger har vært oppe for domstolene. Man kan tenke seg situasjonen at arbeidstaker har tilbakeholdt opplysninger om tidligere straffbare forhold. Opplysningene antas å være avgjørende for arbeidsgiver for om ansettelse finner sted. Når arbeidsgiver da i ettertid får denne kunnskap, ønsker han å tre ut av avtalen. Når dette ikke kan gjøres etter avtalerettens ugyldighetsregler, er det et spørsmål om arbeidsmiljøloven strekker til.

Som et utgangspunkt må det her pekes på at arbeidsgiveren må bære ansvaret for sine egne forutsetninger. Dersom det er viktig å få avklart søkerens kriminelle bakgrunn, må arbeidsgiver selv ta initiativ til å få avdekket slike forhold.¹⁹⁴ Dersom dette ikke blir gjort, og arbeidsgiver senere blir kjent med arbeidstakers tidligere straffbare forhold, vil ikke avtalen uten videre kunne settes til side etter forutsetningslæren ettersom forutsetningen ikke var synbar for arbeidssøkeren, jf. bl.a. RG 2003 s. 268 (Eidsivating) og LARD 1979 s. 286 (Tromsø). Dersom arbeidssøkeren derimot lyver – eller *måtte forstå*

¹⁹³ Jf. bl.a. Sundet 2004 s. 151.

¹⁹⁴ Jf. bl.a. Fanebust 2001 s. 213.

at disse forhold var avgjørende for ansettelsen – kan saken stille seg annerledes og vilkårene for ugyldighet foreligge, jf. bl.a. Oslo byretts dom 5. november 1982.¹⁹⁵ Det er således ingen tvil om at det isolert sett kan foreligge grunnlag for å kjenne en slik avtale ugyldig etter avtalerettens regler.

Den sentrale vurdering her er imidlertid om slik ”opplysningssvikt” naturlig kan subsumeres under arbeidsmiljølovens regler. Reglene i arbeidsmiljøloven tar i første hånd sikte på å regulere mislighold og manglende saklig interesse i å opprettholde et arbeidsforhold ut fra det som passerer mellom partene i tilknytning til den arbeidsavtalen de har inngått. Et kriminelt anliggende som ligger tilbake i tid, vil således ikke utgjøre noe direkte mislighold overfor arbeidsgiveren. Som Iseskog fremholder, kan det nok kjennes ”tveksamt att tillämpa anställningsskyddslagen” i slike tilfeller, da ”det saknas stöd för en sådan tolkning av anställningsskyddslagen”.¹⁹⁶

Arbetsdomstolens dom AD 1979 nr. 143 er illustrerende. Arbeidsgiver oppdaget etter avtaleinngåelsen at arbeidstaker tidligere var dømt for narkotikaforbrytelser, og hevet derved avtalen. Retten tok først stilling til om en slik hevingsadgang var hjemlet i avskjedsbestemmelsen i LAS § 18. Vurderingen er knyttet til vilkåret ”arbetstagaren grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren”, og AD poengterte at ”[b]estämmelsen tar i första hand sikte på åtgärder som vidtagits direkt mot arbetsgivaren, exempelvis förskingring, bedrägeri eller misshandel”. Arbeidstakerens kriminelle forhold var således i utgangspunktet ikke et grovt mislighold overfor arbeidsgiveren direkte. De tiltenkte arbeidsoppgaver for arbeidstaker innebar imidlertid så mye ansvar at retten fant ”att de av [arbeidstakers] begångna brotten varit ägnade att allvarligt skada förhållandet mellan henne och kommunen, varför *grund för avsked har förelegat*” (min uth.). Det skal også bemerkes at retten fant at arbeidsgiver hadde hevingsgrunnlag i forutsetningslæren.

Det må vel kunne hevdes at arbeidsmiljølovens opphørsregler må legges litt på strekk og tolkes noe utvidende for at slike forhold skal komme inn under arbeidsmiljølovens opphørsregler. Samtidig ser vi at domstolene også tidligere har fortolket arbeidsmiljølovens regler slik at tidligere straffbare forhold gir grunnlag for saklig oppsigelse, jf. bl.a. RG 2003 s. 268 (Eidsivating). I slike tilfeller må vurderingen

¹⁹⁵ Upublisert. Saksnr.: 279/82-XVIII-29. Omtalt i kapittel 2.

¹⁹⁶ Jf. Iseskog 1987 s. 17 ad tilsvarende problemstilling i svensk rett.

først og fremst knyttes til arbeidstakerens mulighet til å oppfylle sin arbeidsplikt, herunder det tillitsforhold som må herske mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og den betydning de tidligere straffbare forhold kan komme til å ha for utførelsen av arbeidet.

Både i Rt. 1988 s. 766 og i Rt. 2004 s. 76 var det tale om opprinnelig ugyldighet, altså forhold som var til stede allerede ved avtaleinngåelsen. Mye kan tale for at arbeidsmiljøloven vil gi en tiltrekkelig regulering i situasjoner hvor det foreligger denne type ugyldighet.

8.3 Etterfølgende ugyldighet

Den rettspraksis som foreligger om de problemstillingene som tas opp her, gjelder tilfeller av *opprinnelig ugyldighet*.¹⁹⁷ Spørsmålet i det følgende er hvilke regelsett som må følges for tilfeller av *etterfølgende ugyldighet*, og om også slike tilfeller av ugyldighet kan og bør subsumeres under arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Etterfølgende ugyldighet kan eksempelvis foreligge dersom arbeidsgiver etter avtaleinngåelsen kommer i en slik økonomisk situasjon at det ikke lenger vil være økonomisk forsvarlig å la den nye arbeidstakeren tiltre. Arbeidsgiver kan da ønske å heve avtalen etter avtalerettslige regler, for eksempel etter læren om bristende forutsetninger.¹⁹⁸ Til dette har Jakhelln bemerket at slike tilfeller ofte vil være ”influert av arbeidsgivers driftsmessige disposisjoner”, at ”realiteten i en slik situasjon er at arbeidsgiver bringer en inngått arbeidsavtale til opphør”, og at slike disposisjoner derved bør følge arbeidsmiljølovens formkrav og prosessform.¹⁹⁹

Det synspunkt Jakhelln legger til grunn her, er altså at der hvor *arbeidsgiver* kan *klandres* for den etterfølgende forutsetningsbristen, er arbeidsgiver også nærmest til å bære ansvaret for den situasjonen som er oppstått. Reelle hensyn taler derved for at arbeidstakeren i slike tilfeller bør ha det vern som følger av arbeidsmiljøloven. Dette synspunkt må i aller høyeste grad gjøre seg gjeldende etter arbeidstaker har tiltrådt, men antageligvis også for de tilfeller hvor forutset-

¹⁹⁷ Rt. 1988 s. 766 og Rt. 2004 s. 76.

¹⁹⁸ Jf. f.eks. saksforholdet i Rt. 1922 s. 663 hvor arbeidsgiver skulle starte opp et nytt teater, som det senere ikke ble noe av.

¹⁹⁹ Jakhelln 2006 s. 229.

ningsbristen oppstår i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse. At slike ugyldighetsgrunner kan subsumeres under oppsigelsesbestemmelsene, bør være nokså klart, da oppsigelse på grunn av for eksempel ”driftsinnskrenkning” etter omstendighetene kan være saklig, jf. aml. § 15-7 andre ledd.

En litt annen type forutsetningsbrist er der formelle kvalifikasjonskrav bortfaller underveis i avtaleforholdet. Som eksempel kan nevnes de tilfeller hvor en utenlandsk arbeidstakers oppholdstillatelse for å utføre arbeid bortfaller etter avtaleinngåelsen.²⁰⁰ Vil det her være mest treffende å anvende læren om bristende forutsetninger, eller vil også slike tilfeller naturlig falle inn under oppsigelses- og avskjedsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven? Det som må synes klart, er at arbeidsgiver i slike situasjoner vil ha et sterkt ønske om og behov for at arbeidsforholdet avsluttes umiddelbart, da det å gjøre ”bruk av en utlendings arbeidskraft når utlendingen ikke har nødvendig tillatelse etter loven” kan medføre straffansvar, jf. utlendl.²⁰¹ § 108 tredje ledd bokstav a. At dette er en reell og praktisk straffebestemmelse, ble slått fast så sent som i Rt. 2008 s. 668.²⁰²

Dersom arbeidsgiver i slike situasjoner ikke kan gjøre bruk av forutsetningslæren, vil arbeidsgiver være henvist til arbeidsmiljølovens opphørsregler. Spørsmålet er om disse er anvendelige.

Rettsvirkningene av at arbeidsgiver må gjøre bruk av *oppsigelsesbestemmelsene*, er at den avtalte eller lovbestemte oppsigelsesfristen må følges. Det kan innebære at arbeidstakeren vil være ansatt ut oppsigelsestiden i en periode han ikke har arbeidstillatelse. Det poeng at arbeidsgiver da kan bli ilagt et straffeansvar, taler for at arbeidsgiver må kunne slippe å overholde oppsigelsesfristen. En anvendelse av forutsetningslæren vil følgelig være mer formålstjenlig for arbeidsgiver i et slikt tilfelle.

²⁰⁰ Se Schilling 2005. Andre kvalifikasjonskrav som kan bortfalle underveis, er eksempelvis legelicens, meglerlisens, førerkort, etc., (*ibid.* s. 55 flg.).

²⁰¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

²⁰² Arbeidsgiver ble (i medhold av den opphevede utlendingsloven av 24. juni 1998 nr. 64) ilagt foretaksstraff for å ha gjort bruk av utenlandsk arbeidstaker som ikke hadde arbeidstillatelse.

Samtidig kan det være et spørsmål om *avskjedsbestemmelsene* i arbeidsmiljøloven kan anvendes, slik at umiddelbart opphør kan hjemles her. Rettmessig avskjed forutsetter grovt pliktbrudd fra arbeidstakers side, jf. aml. § 15-14 første ledd. Isolert sett finnes antageligvis ingen holdepunkter for å si at arbeidstaker har gjort seg skyldig i noe grovt pliktbrudd overfor arbeidsgiver dersom arbeidstillatelsen bortfaller.²⁰³ Fougner og Holo fremholder imidlertid at subjektiv skyld ikke nødvendigvis er et vilkår for avskjed; ”[d]et objektive forhold er i prinsippet nok, og det kreves verken uaktsomhet eller forsett”.²⁰⁴ Ved bortfall av arbeidstillatelsen faller også hele forutsetningen for avtaleforholdet bort,²⁰⁵ og det vil være hensiktsmessig at arbeidsgiver skal kunne fri seg fra avtalen med øyeblikkelig virkning, slik at arbeidsgiver ikke stiller seg selv i straffeansvar. Etter mitt syn vil arbeidsgiver i slike tilfeller kunne unngå straffeansvar ved å benytte seg av umiddelbart opphør etter avskjedsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven.²⁰⁶

I svensk rettspraksis har man bygget på avtalerettslige regler i en tilsvarende sammenheng. I dommen i AD 1979 nr. 90 kom Arbetsdomstolen til at arbeidsgiver lovlig kunne heve avtalen etter avtaleretten uten å ta hensyn til reglene i LAS. Arbeidstakers arbeidstillatelse utløp mens han fortsatt var ansatt hos arbeidsgiver, hvorpå arbeidsgiver hevet avtalen med umiddelbar virkning. Retten fremhevet at

”[s]om framgått av redovisningen ovan föreligger här en konflikt mellan anställningsskyddslagets skyddsföreskrifter och utlänningslagens straffbestämmelser. Domstolen har fäst särskild vikt vid att en arbetsgivare inte skall behöva följa regler som leder till straffansvar för honom”.

²⁰³ Ofte skyldes arbeidstillatelsens bortfall andre mer objektive vilkår, slik som endelig avslag på asylsøknad, jf. utlendl. § 18, brudd i familierelasjoner når arbeidstillatelsen baserer seg på familiegjenforening, jf. utlendl. § 9 etc. Se Schilling 2005 s. 21.

²⁰⁴ Fougner og Holo 2006 s. 852.

²⁰⁵ Se Schilling 2005 s. 60.

²⁰⁶ Det skal her bemerkes at i den tidligere nevnte dom i Rt. 2008 s. 668, gjorde arbeidsgiver bruk av avskjedsbestemmelsen da det ble kjent at forholdet var under etterforskning. Spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver hadde adgang til dette var ikke omtvistet i saken, da saken var en strafferettslig sak. Saksforholdet viser imidlertid at avskjedsbestemmelsen kan være praktisk i slike tilfeller.

Her hadde altså straffemomentet avgjørende betydning.

Antageligvis er arbeidsmiljøloven også anvendelig ved bortfall av andre typer kvalifikasjonskrav, jf. bl.a. NAD 1981–83 s. 387 (Tromsø) (tap av førerkort), Salten herredsretts dom 18. september 1997 (bortfall av legelicens)²⁰⁷ og Borgarting lagmannsretts dom 4. november 2002²⁰⁸ (tap av meglerlisens). I disse sakene ble opphør hjemlet i arbeidsmiljøloven.

8.4 *Bebreidelse*

Det kan tenkes ugyldighetstilfeller hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver kan bebreides i større eller mindre grad.

Arbeidstaker kan f.eks. bebreides for at han bevisst eller ubevisst har holdt tilbake opplysninger som anses relevante for ansettelsen, og som naturlig vil falle inn under avtl. § 33 eller forutsetningslæren.

Det må nok kunne sies at reelle hensyn i større grad tilsier at avtaleretten må kunne anvendes for de tilfeller hvor arbeidstaker er sterkt å bebreide for det inntrufne, særlig dersom det eksempelvis er gitt bevisst uriktige opplysninger. I slike tilfeller *vet* arbeidstaker at arbeidsavtalen ikke er inngått på redelig vis, og arbeidstaker vil for så vidt ikke fortjene det vern som stillingsvernsreglene tar sikte på å gi. Høyesterett fremholder imidlertid i Rt. 2004 s. 76 at dersom arbeidstaker er sterkt å bebreide, så vil det kunne lede til avskjed etter arbeidsmiljøloven, ”som må forstås slik at [avskjedsbestemmelsen] kan anvendes i slike tilfeller” (avsnitt 48). *Etter* at arbeidstaker har tiltrådt, vil det således ikke være rom for å anvende avtaleretten, uavhengig av arbeidstakers grad av bebreidelse.

Før tiltredelse må man imidlertid kunne anta at graden av bebreidelse vil kunne spille inn på valg av regelsett.

Hva som kan anses som bebreidende, må ses i sammenheng med hvilke opplysninger arbeidsgiver ”lovlig kan kreve eller forvente å få”.²⁰⁹ Enkelte opplysninger kan eksempelvis være så særegne at arbeidsgiver selv må bære risikoen for å avdekke slike i forbindelse

²⁰⁷ Dege 2003 s. 172.

²⁰⁸ LB-2001-780.

²⁰⁹ Evju 2004 s. 15.

med ansettelsen.²¹⁰ Arbeidsgiver kan ikke senere høres med at arbeidstaker forsettlig har holdt tilbake opplysninger, dersom arbeidstaker ikke hadde noen foranledning til å opplyse om dem. Den ovenfor nevnte dommen i RG 2003 s. 268 (Eidsivating) er illustrerende. Arbeidstaker ble ansatt som økonomisjef i en kommune. Kommunen oppdaget etter avtaleinngåelsen at arbeidstaker tidligere var straffet for blant annet underslag. Kommunen hevet deretter avtalen og påberopte seg bristende forutsetninger og avtaleloven § 33. Flertallet i lagmannsretten fant at det at arbeidstaker ikke hadde opplyst om de tidligere straffbare forhold, i og for seg måtte anses som en feilvurdering fra hans side. Men retten fant likevel at kommunen var ”nærmest til å bære risikoen for sine forutsetninger for avtalen,” og fremholdt videre at

”[d]et er kommunen som arbeidsgiver som definerer kravene som stilles for ansettelse i stillinger som utlyses, og som må sørge for at disse er blitt klargjort. I dette tilfellet er det ikke nevnt noe direkte om krav til vandel, og det er heller ikke indirekte sagt noe som kan lede oppmerksomheten i denne retning i kunngjøringen. Spørsmålet ble heller ikke berørt under intervjuet forut for ansettelsen.”

Flertallet fant derfor ikke grunnlag for å tilsidesette avtalen etter avtaleretten, men fant at vilkårene for saklig oppsigelse forelå. *Mindretallet* mente derimot at arbeidstakers tilbakehold av opplysninger var så klanderverdig at det var grunnlag for å sette avtalen til side etter læren om bristende forutsetninger. Her ser vi altså at *graden av den subjektive bebreidelse* spilte inn på vurderingen av hvilket rettsgrunnlag som ble anvendt av de ulike fraksjoner.

Hadde situasjonen derimot vært slik at arbeidstaker direkte ble spurt om sin vandel, hvorpå han feilaktig benektet tidligere straffbare forhold, må det etter mitt syn være legitimt å terminere avtalen umiddelbart med hjemmel i for eksempel avtl. §§ 30 eller 33. Et annet spørsmål – som jeg ikke skal gå nærmere inn på her – er i hvor stor grad arbeidsgiver faktisk kan vektlegge tidligere straffbare forhold i en ansettelsesprosess.²¹¹

²¹⁰ Sundet 2004 s. 150.

²¹¹ Om dette, se f.eks. Storeng mfl. 2006 s. 64 og Dege 2003 s. 63–64. Jf. likevel ovenfor i punkt 8.2.

Det motsatte kan antageligvis sies å gjelde for de ugyldighetsgrunner hvor arbeidstaker ikke kan bebreides. Det kan da være tilfeller hvor det er arbeidsgivers forhold som er grunn til ugyldigheten, men også muligens i de tilfeller hvor ingen av partene kan bebreides. For det første kan være snakk om tilfeller som ligger i grenseland sammenlignet med saken i RG 2003 s. 268, hvor arbeidsgiver ilegges en undersøkelsesplikt som er strengere enn arbeidstakers opplysningsplikt. Det er et alminnelig synspunkt at: ”Det er klart at dersom arbeidsgiveren i ettertid oppdager forhold som han kunne ha avdekket i ansettelsesfasen, må han selv bære risikoen for dette.”²¹² For disse tilfeller kan arbeidsgiver bebreides i større grad enn arbeidstaker, og det kan argumenteres for at arbeidstaker her fortjener vern etter arbeidsmiljøloven.

For de enda klarere tilfeller, hvor det er arbeidsgivers forhold alene som er grunn til ugyldigheten, vil det være enda mindre grunn til å tillate heving på avtalerettslig grunnlag. I slike tilfeller vil ikke arbeidstaker ha noen innvirkning på situasjonen, og det vern som arbeidsmiljøloven tar sikte på å gi, vil i stor grad gjøre seg gjeldende selv før tiltredelse har skjedd.²¹³

En tredje innfallsvinkel har vi for de situasjoner hvor ingen av partene kan bebreides for det inntrufne, nemlig for force majeure eller force majeure-lignende tilfeller. Med *force majeure* menes ”utenfra-kommende, ekstraordinære og for partene upåregnelige begivenheter”.²¹⁴ Ulykker, naturhendelser, brann, streik eller lockout²¹⁵ kan typisk utgjøre force majeure-hendelser for en arbeidsgiver. Spørsmålet er om arbeidsgiver kan heve arbeidsavtalen etter avtaleretten ved slike hendelser, eller om han er henvist til å anvende arbeidsmiljøloven.

Etter alminnelig kontraktsrett finnes det ingen fellesnevner for de rettsvirkninger som inntreffer ved force majeure. Det foreligger store forskjeller mellom de ulike kontraktstypene, og rettsvirkningene er

²¹² Sundet 2004 s. 150.

²¹³ Jf. ovenfor ad etterfølgende ugyldighet, i punkt 8.3.

²¹⁴ Hagstrøm 2003 s. 266.

²¹⁵ Hagstrøm 2003 s. 267. Se også aml. § 15-3 (10).

ofte regulert i særlovgivningen.²¹⁶ I arbeidsmiljøloven er rettsvirkningene av force majeure regulert i oppsigelsesfristbestemmelsen.

Dersom force majeure-hendelser inntreffer etter at arbeidstaker har tiltrådt, og bedriften må innstilles, kan oppsigelsestiden for arbeidstaker settes ned til 14 dager, jf. aml. § 15-3 (10). Arbeidsmiljøloven har altså inntatt en regulering for hvordan opphør skal skje i slike tilfeller. For de tilfeller at arbeidstaker ennå ikke har tiltrådt idet hendelsen skjer, må man anta at den samme regelen gjelder.²¹⁷ For tilfeller av force majeure vil det for arbeidsavtalens del altså ikke bli tale om å sette avtalen til side etter avtalerettens regler, men etter de særlige regler som følger av arbeidsmiljøloven.

9 Oppsummering

Så langt har vi sett på spørsmålet om det for arbeidstaker og arbeidsgiver foreligger en valgrett med tanke på å heve arbeidsavtalen etter avtaleretten eller bringe den til opphør etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Jeg har for det første sondret mellom situasjonen før og etter tiltredelse, og for det annet mellom situasjoner hvor avtalerettens regler *har* blitt påberopt og hvor de *ikke* har blitt påberopt. I det følgende gis en systematisk oversikt over de konklusjoner som har blitt trukket. For enkelhets skyld vil heving etter avtaleretten i det følgende bli omtalt som ugyldighet.

Før tiltredelse

Dersom en av partene terminerer arbeidsavtalen før tiltredelse, må det sondres mellom de tilfeller hvor 1) det ikke blir påberopt ugyldighet, og 2) hvor det blir påberopt ugyldighet. Videre må det sondres mellom henholdsvis arbeidsgivers og arbeidstakers adgang til å terminere avtalen i de ulike situasjonene.

- 1) Dersom avtalerettslig ugyldighet *ikke* blir påberopt før tiltredelse, ble det i kapittel 6 konkludert med at arbeidsmiljølovens opphørsregler må følges. Dette gjelder for så vel arbeidstaker

²¹⁶ Hagstrøm 2003 s. 272.

²¹⁷ Jf. kapittel 6 om arbeidsmiljølovens anvendelse på gyldige avtaler før tiltredelse.

som arbeidsgiver. I praksis innebærer dette at det for *arbeidsgivers* del må foreligge saklig grunn til oppsigelse eller rettmessig grunnlag for avskjed, og de krav til prosedyre og saksbehandling som følger av loven, må overholdes. Ved oppsigelse må den avtalte eller lovbestemte oppsigelsesfristen følges. Videre vil også arbeidsmiljølovens erstatningsregler komme til anvendelse. *Arbeidstaker*, på sin side, må rette seg etter den avtalte eller lovbestemte oppsigelsesfrist, og vil kunne komme i erstatningsansvar dersom denne ikke følges.

- 2) Dersom avtalerettslig ugyldighet påberopes før tiltredelse, så vi i kapittel 7 at Høyesterett i et obiter discum i Rt. 2004 s. 76 ga *arbeidsgiver* frihet til å velge dette grunnlag for opphør av arbeidsavtalen. Dictumet har imidlertid blitt kritisert av juridisk litteratur i ettertid, og det kan spørres om Høyesteretts uttalelse kan tas til inntekt for en generell regel. Etter min mening er det grunnlag for å hevde at dette spørsmålet ikke er endelig avgjort, jf. de betraktninger som kommer til uttrykk i punkt 7.3. Det er likevel verdt å merke seg at dersom ugyldighet faktisk kan påberopes av arbeidsgiver på dette stadiet, settes de hensyn som arbeidsmiljøloven tar sikte på å ivareta, ikke helt ut av spill. I den materiellrettslige vurderingen av om bindende avtale foreligger, vil vurderingen influeres av det faktum at arbeidstaker er den svake kontraktspart, og videre av de skranker som arbeidsmiljøloven setter. Dette gjør seg særlig gjeldende i spørsmålet om hvilke opplysninger arbeidstaker er forpliktet til å gi i ansettelsesprosessen. En arbeidstaker er for eksempel ikke forpliktet til å opplyse om sykdom, da sykdom vanligvis ikke er saklig grunn til oppsigelse, jf. aml. § 15-8. Det samme gjelder andre forhold som etter arbeidsmiljøloven kapittel 13 er ulovlige å vektlegge ut fra diskrimineringshensyn. I den materielle vurderingen av om arbeidstaker har holdt tilbake opplysninger, vil således arbeidsmiljølovens materielle regler sette skranker for hvilke opplysninger arbeidsgiver kan kreve å få. Når det gjelder *arbeidstaker*, er det liten tvil om at han kan påberope seg avtalerettslig ugyldighet før tiltredelse, jf. punkt 7.4.

Etter tiltredelse

Tilsvarende må det her sondres mellom de tilfeller 1) hvor det ikke blir påberopt ugyldighet, og 2) hvor det blir påberopt ugyldighet, og videre mellom henholdsvis arbeidstakers og arbeidsgivers adgang til å terminere avtalen.

- 1) Dersom arbeidstaker eller arbeidsgiver terminerer arbeidsavtalen etter tiltredelse, og det ikke blir påberopt ugyldighet, er det *klart* at arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Dette har ikke blitt behandlet i denne artikkelen, da det er uomtvistet at dette er tilfelle.
- 2) Dersom det blir påberopt ugyldighet etter tiltredelse, slo Høyesterett fast i Rt. 2004 s. 76 at arbeidsgiver *ikke* har en slik adgang. Resultatet strider – som nevnt i kapittel 5 – både mot alminnelig kontraktsrett og mot hva som gjelder for arbeidsavtaler i bl.a. Sverige og Danmark. Antageligvis er dette uttrykk for hva som for tiden er gjeldende rett, selv om det innebærer at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i enkelte tilfeller må tolkes noe utvidende for å konsumere ugyldighetsgrunnene, jf. punkt 8.2 og 8.3. I motsetning til arbeidsgiver vil *arbeidstaker* antageligvis også her kunne påberope seg ugyldighet, jf. punkt 5.5.

Jeg forlater så dette temaet og går over til å vurdere hvorvidt en *oppsigelse* som viljeserklæring – i motsetning til arbeidsavtalen som sådan – kan kjennes ugyldig eller tilbakekalles etter avtalerettens regler. I det avsluttende kapittel 14 vil jeg imidlertid komme tilbake til temaet og enkelte felles de lege ferenda-betraktninger.

10 Tilbakekall og ugyldighet av oppsigelser – introduksjon

10.1 Presentasjon

Det overordnede temaet for fremstillingen under ett er forholdet mellom avtaleretten og arbeidsretten, nærmere bestemt utvalgte problemstillinger knyttet til spørsmålet om hvordan avtalerettslige regler influerer rettsstillingen mellom partene i et arbeidsforhold. Foran har jeg sett på spørsmålet om en *arbeidsavtale* kan bringes til

opphør etter avtalerettens regler. I det følgende skal jeg se nærmere på spørsmålet om en *oppsigelse* – som viljeserklæring – kan kjennes ugyldig eller tilbakekalles etter avtalerettens regler.

Her avgrenser jeg behandlingen til *arbeidstakers* oppsigelse. Arbeidstaker vil kunne ha et berettiget behov for å trekke tilbake sin oppsigelse, slik at arbeidsforholdet fortsatt består. Det skal for ordens skyld nevnes at også *arbeidsgivers* oppsigelse etter omstendighetene vil kunne kjennes ugyldig eller tilbakekalles etter avtalerettens regler, men problemstillingen er ikke videre praktisk.²¹⁸ Gyldigheten av arbeidsgivers oppsigelse er dessuten først og fremst regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 15. Videre synes det som at arbeidstakers tilbakekallsadgang er noe videre enn arbeidsgivers.²¹⁹ Det ble uttalt i ARD 1981 s. 410 at man ”spesielt på arbeidsrettens område må vise tilbakeholdenhet med å konstatere at ’bordet fanger’” (s. 418).

Årsaken til at arbeidstaker ønsker å trekke tilbake oppsigelsen, kan være at oppsigelsen ble fremprovosert av arbeidsgiver, at arbeidstaker ble utsatt for press fra arbeidsgiver, at uenigheter har ført til at arbeidstaker sier opp i affekt, misforståelser eller andre grunner som gjør at arbeidstaker angrer på sin disposisjon. En oppsigelse er en ensidig viljeserklæring i avtalerettslig forstand,²²⁰ og i utgangspunktet er enhver slik viljeserklæring bindende idet den blir avgitt og kommer til motpartens kunnskap. Det kan imidlertid foreligge særlige omstendigheter som indikerer at oppsigelsen ikke var alvorlig ment og at arbeidsgiver som løftemottaker har innsett eller burde ha innsett dette.²²¹ Da vil spørsmålet være om arbeidstaker kan trekke oppsigelsen tilbake. Aktuelle rettsgrunnlag er avtalelovens ugyldighetsregler og tilbakekall re integra.

Arbeidstaker kan si opp uten å ta andre hensyn enn den avtalte eller lovlige oppsigelsesfrist. Oppsigelse fra arbeidstaker er dermed i utgangspunktet ikke underlagt noen andre særskilte arbeidsrettslige

²¹⁸ Ofte vil nok arbeidstaker synes det er greit å få jobben tilbake i slike tilfeller, jf. Mo 1999 s. 159. Jf. likevel NAD 1987 s. 541 (Sør-Gudbrandsdal) og NAD 1987 s. 260 (Agder).

²¹⁹ Jf. Mo 1999 s. 156.

²²⁰ Mo 1999 s. 132.

²²¹ Lunning og Toijer 2006 s. 187.

normer, og oppsigelsen bærer således preg av å være en alminnelig kontraktsrettslig rettshandel. Det klare utgangspunkt er da også at oppsigelsen etter omstendighetene kan kjennes ugyldig eller trekkes tilbake etter avtalerettens regler.²²² Spørsmålet om hvorvidt arbeidstakers oppsigelse er gyldig eller ikke, er imidlertid et spørsmål om hvorvidt et arbeidsforhold består eller ikke består. Spørsmålene som reiser seg, vil derfor være *arbeidsrettslige spørsmål*, men der *avtalerettens materielle regler* må anvendes for å finne en løsning.

All den tid det her dreier seg om arbeidsrettslige spørsmål, vil det være de særlige prosessregler i arbeidsmiljøloven som kommer til anvendelse. Dette følger av en lovendring fra 1995.²²³ Forarbeidene peker her på at prosessreglene skal gjelde i ”alle saker hvor det gjøres gjeldende at det har foreligget eller foreligger et arbeidsforhold som er bragt til opphør eller søkt bragt til opphør, uten hensyn til om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som har tatt initiativet til dette”.²²⁴

Dette innebærer at dersom arbeidstaker bestrider gyldigheten av sin egen oppsigelse, så kommer arbeidsmiljølovens særlige prosessregler til anvendelse, jf. også Rt. 1995 s. 555 og Rt. 1998 s. 887. I praksis innebærer dette at det ikke skal finne sted *forlikrådsmekling*, at retten skal *påskynde saken*, og at domstolen skal settes med et særskilt arbeidslivskyndig *meddommerutvalg*, jf. aml. §§ 17-1 og 17-6.²²⁵ Formodentlig gjelder også de særskilte *søksmålsfrister* i aml. § 17-4, jf. blant annet Borgarting lagmannsretts dom 29. mai 1997²²⁶ og RG 2000 s. 469 (Borgarting).²²⁷ Videre fremgår det av Ot.prp. nr 50 (1993–94) s. 210 at *retten til å stå i stilling* også skal gjelde ”i de tilfellene der arbeidstaker senere bestrider gyldigheten av egen opp-

²²² Jf. f.eks. Fougner og Holo 2006 s. 765 flg., Aagaard og Melsom 2006 s. 241 flg, og Mo 1999 s. 157 flg.

²²³ Lov 6. januar 1995 nr. 2 om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

²²⁴ Ot.prp. nr. 50 (1993–94) s. 209.

²²⁵ Gyldendal rettsdata, kommentar til aml. § 17-1, note 649, av Tron Dalheim. www.karnov.no [21.08.08].

²²⁶ LB-1997-938.

²²⁷ Lagmannsretten kom her til at søksmålsfristen starter å løpe fra ”det tidspunkt da [arbeidstaker] selv trekker den konklusjon at arbeidsforholdet er opphørt”.

sigelse”. Dette har senere blitt fulgt opp av Høyesterett i Rt. 1998 s. 887. En annen ting er at retten etter krav fra arbeidsgiver kan bestemme at arbeidstaker skal fratre under sakens behandling dersom det anses ”urimelig” at arbeidsforholdet fortsetter, jf. § 15-11 andre ledd, andre punktum.

Spørsmålene som skal behandles her, vil således være *arbeidsrettslige spørsmål*, som skal følge den *prosessordning som følger av arbeidsmiljøloven*, men vurderes etter *avtalerettslige materielle regler*. Det er dermed tale om et samspill mellom regelsettene, og vi ser at det ene regelsettet ikke utelukker det andre, slik tilfellet er for de spørsmålene som er behandlet foran (kapittel 2 – 9). Dette henger sammen med at avtalerettens regler er de eneste *materielle* regler som regulerer gyldigheten av arbeidstakers oppsigelse.

I det følgende skal det redegjøres for arbeidstakers mulighet til henholdsvis å få kjent sin oppsigelse ugyldig etter avtaleloven og å få tilbakekalle oppsigelsen etter re integra-regelen. Først vil jeg imidlertid peke på enkelte tilgrensende problemstillinger.

10.2 Tilgrensende problemstillinger – særlig om reklassifisering

Undertiden oppstår det usikkerhet omkring hvem som brakte arbeidsforholdet til opphør. Arbeidsgiver hevder at arbeidstaker ”fantegikk”, mens arbeidstaker hevder seg utestengt fra arbeidsplassen. I slike tilfeller må man foreta en konkret bevisvurdering av situasjonen, hvor flere momenter kan spille inn.²²⁸ Denne problemstillingen har vært oppe i en rekke avgjørelser²²⁹ og er i og for seg interessant. Vurderingen er imidlertid bare en ren bevisvurdering, hvor det avgjørende synes å være hvem som var nærmest til å avklare forholdet, jf. Rt 1989 s. 1270. Dette behandler jeg ikke nærmere her.

En noe tilgrensende problemstilling er situasjonen som oppstår når arbeidstaker rent objektivt og isolert sett – i ord, skrift eller hand-

²²⁸ Jf. Mo 1999 s. 136 flg., Rt. 1989 s. 1270, Rt. 1989 s. 1266 og Rt. 1991 s. 1203.

²²⁹ Jf. bl.a. LA-2008-59417, LE-2006-81926, LA-2003-17408, RG 2000 s. 469, LH-1999-894, LE-1995-367, LG-1994-283, LG-1994-638, LE-1993-195, NAD 1981 s. 344, NAD 1981 s. 159, NAD 1988 s. 412, NAD 1987 s. 737, NAD 1987 s. 908, NAD 1984 s. 152, NAD 1981 s. 484 og NAD 1981 s. 508.

ling – har sagt opp, men forholdene rundt oppsigelsen er av en slik art at det reelt sett forelå en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side. Dette omtaler jeg i det følgende som ”reklassifisering”.²³⁰

Med ”reklassifisering” menes at man ser på arbeidstakers oppsigelse som en *de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver. Man går tilbake og ser på situasjonen rundt oppsigelsens avgivelse, og foretar en vurdering av hvem som reelt sett skal anses å ha sagt opp. Her er det med andre ord verken ugyldighets- eller tilbakekallsbetraktninger som anvendes, men man ser på *realitetene* rundt arbeidsforholdets avslutning. Det følger av Rt. 1989 s. 1266 at arbeidstakers egenoppsigelse etter omstendighetene kan likestilles med arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed, og at dette må vurderes konkret. Det innebærer at selv om arbeidstaker har ført sin egen oppsigelse i pennen, så kan egenoppsigelsen etter omstendighetene reklassifiseres som arbeidsgivers oppsigelse med det mulige resultat at arbeidsforholdet fortsatt består. Som vi skal se i det følgende, er det muligens en smakssak om retten velger å løse saken ut fra en reklassifisering eller etter avtalerettens regler om ugyldighet og tilbakekall. Mange vurderingsmomenter er sammenfallende, og resultatet blir gjerne det samme. Særlig i saker hvor avtl. § 36 er anvendt, vil forholdet i mange tilfeller være en *de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver. Et eksempel hvor dette eksplisitt er angitt i dommens premisser, er RG 2003 s. 283 (Borgarting). Der ble arbeidstakers oppsigelse kjent ugyldig med grunnlag i avtl. § 36 på grunn av urettmessig press fra arbeidsgiver. Lagmannsretten sier avslutningsvis at ”B søkte å omgå reglene om oppsigelsesvern i arbeidsmiljøloven ved å presse A til å si opp selv, og forholdet må anses som oppsigelse fra arbeidsgiver”. Oppsigelsen ble altså kjent ugyldig etter avtl. § 36, men det presiseres at egenoppsigelsen egentlig var en *de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver. I andre tilfeller og ved anvendelse av de øvrige reglene i avtaleretten vil det imidlertid ikke være treffende å si at arbeidstakers oppsigelse egentlig var en *de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver.

Det som synes typisk for disse reklassifiseringstilfellene i praksis, er at arbeidsgiver gir arbeidstaker valget mellom å si opp selv eller å bli oppsagt. Det er i og for seg ikke noe klanderverdig av

²³⁰ Uttrykket brukt slik har Stein Evju introdusert meg for.

arbeidsgiver å gi arbeidstaker et slikt valg. Som det påpekes i RG 1996 s. 798 (Hålogaland), medfører det for den ansatte ”regelmessig fordeler å få anledning til å si opp selv fremfor å bli oppsagt. Det er en mer hensynsfull og mindre infamerende løsning, og utsiktene for å få ny jobb er regelmessig bedre”. Det forutsetter imidlertid at arbeidstaker fullt ut forstår situasjonen og omfanget av de konsekvenser en oppsigelse fører med seg.²³¹ Problemet er gjerne slik at arbeidstakeren blir utsatt for et press fra arbeidsgiver slik at realiteten i situasjonen er at arbeidstakeren ikke har et reelt valg. Det ble uttalt i RG 1990 s. 1210 (Eidsivating) at

”Legger arbeidsgiveren et sterkt og etter omstendighetene utilbørlig press på arbeidstakeren samtidig som det definitivt uttales at konsekvensen nødvendigvis vil bli at arbeidstakeren må slutte i arbeidet om han unnlater å si opp, må forholdet i realiteten oppfattes som en avskjed fra arbeidsgivers side.”

Høyesteretts vurdering i Rt. 1995 s. 555 er sammenfallende med dette. Hovedspørsmålet i saken var ”om tvister i forbindelse med arbeidstakeres oppsigelser av sine arbeidsforhold etter omstendighetene skal behandles etter de prosessuelle bestemmelser i arbeidsmiljøloven ...”. Dette ble besvart bekreftende, jf. ovenfor i punkt 10.1. Høyesterett tok imidlertid også stilling til sakens realitet. Tre arbeidstakere var ansatt som barbetjening ved hotell A. Den 16. desember 1991 ble disse tre innkalt til et møte hos arbeidsgiver hvor de ble forelagt anklager om svinn av øl i baren. Møtet endte med at de tre arbeidstakerne leverte skriftlige egenoppsigelser. Den 23. og 27. desember s.å. trakk de oppsigelsene tilbake. Høyesterett kom til at oppsigelsene i realiteten var avskjed fra arbeidsgiver, og uttalte:

”Arbeidstakerne var innkalt til møtet uten å ha fått opplyst hva møtet gjaldt, og de var ikke informert om ølsvinnet. Innkallingen fremstår derfor som en *overrumpling*. Saken var på dette tidspunkt heller ikke tilstrekkelig opplyst fra ledelsens side, idet flere mulige forklaringer på det svinn som var avdekket, ikke var undersøkt. *Ledelsen forsøkte å legge bevisbyrden for at det ikke forelå uregelmessig atferd fra arbeidstakernes side på disse. De fikk heller ikke reelle muligheter for å søke faglige råd, og de ble ikke gitt tid til nødvendige overveielser og gjennomtenkning av konsekvensene av egen oppsigelse. Ledelsen presset på for å komme frem til en avgjørelse*

²³¹ Dege 2003 s. 461.

i møtet. Styreformannen opplyste at saken ville bli politianmeldt, og han foreholdt arbeidstakerne risikoen for negativ omtale i media mv dersom de ikke selv sa opp stillingene.

Ledelsens standpunkt, at arbeidsforholdene under enhver omstendighet skulle bringes til opphør der og da, ble etter min mening tilstrekkelig klart tilkjennegitt overfor arbeidstakerne. I den situasjon som forelå må dette være avgjørende, slik de tidligere retter har lagt til grunn. *At ledelsen overlot til arbeidstakerne å formalisere opphøret av arbeidsforholdene, kan ikke være avgjørende. Arbeidstakerne hadde ikke noe valg når det gjaldt realiteten, selv om de hadde et valg når det gjaldt formen.* Arbeidsmiljølovens prosessregler må etter min mening få anvendelse i slike tilfelle” (s. 560; mine uth.).

Det sentrale er at arbeidstakerne ikke hadde et reelt valg; dersom de ikke selv hadde sagt opp, ville de uansett ha blitt oppsagt eller avskjediget. Arbeidstakerne ble utsatt for et sterkt press, med trussel om politianmeldelse og medieomtale. Realiteten i situasjonen var at de ble avskjediget. Det forhold at de selv førte sine oppsigelser i pennen, ble således ikke avgjørende. Poenget må være at arbeidstakere ikke skal miste sitt stillingsvern ved å si opp selv i slike tilfeller.

De sentrale vurderingene synes å være at dersom arbeidstaker får valget mellom å bli oppsagt eller å si opp selv, vil det være avgjørende hvorvidt arbeidstaker blir utsatt for press fra arbeidsgiver. Sentrale momenter vil være om arbeidstaker blir gitt tid til å områ seg, samt muligheten til å rådføre seg med juridisk bistand, familien, mv.

I Eidsivating lagmannsretts kjennelse 2. oktober 1992²³² var arbeidstaker (A) nyansatt i firma B. Etter én uke i jobb ble alle ansatte informert om at virksomheten hadde et stort underskudd, og at det ville bli foretatt oppsigelser. A ble innkalt til et møte samme dag hvor hun ble forelagt en ferdig skrevet egenoppsigelse, som hun deretter signerte. Lagmannsretten uttaler innledningsvis at ”når arbeidstageren har foretatt oppsigelse etter aktiv medvirkning fra arbeidsgiveren kan likevel oppsigelsen i realiteten anses å ha vært foretatt av denne”, og viser i den sammenheng til Rt. 1991 s. 1203 og Rt. 1989 s. 1266. Retten fant at det var arbeidsgiver som reelt sett hadde brakt arbeidsforholdet til opphør, da den fant det bevist at A ikke hadde hatt noe ønske om å slutte. Tvert imot var det arbeidsgiver som hadde interesse i at arbeidsforholdet ble avsluttet fortest mulig. Dertil kom at A ikke fikk noen betenkningstid, og at oppsigelsen var skrevet på forhånd av arbeidsgiver. Idet avgjørelsen var en kjennelse, ble det ikke foretatt noen

²³² LE-1992-1874.

realitetsvurdering av hvorvidt arbeidstakeren var saklig oppsagt eller rettmessig avskjediget.

Et eksempel hvor oppsigelsen ikke var å anse som arbeidsgivers, har man i NAD 1988 s. 402 (Oslo). Her fikk arbeidstaker riktignok valget mellom å si opp selv eller bli oppsagt, men arbeidstakeren fikk tre dager til å områ seg før han innga sin egenoppsigelse samt at retten fant det bevist at arbeidstakeren hadde ytret ønske om å slutte i bedriften. Oppsigelsen kunne derfor ikke sies å ha kommet fra arbeidsgiver.

Selv om arbeidsgiver ikke utøver press eller gir arbeidstaker valget mellom å si opp selv eller å bli oppsagt, kan det foreligge andre forhold ved arbeidsgivers opptreden eller ved arbeidsplassen som gjør at arbeidstakers egenoppsigelse blir å betrakte som oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side.²³³ Blant annet kan arbeidsgivers ”klønete” og respektløse håndtering av en oppsigelsessak bli å bedømme som en de facto oppsigelse fra arbeidsgiver, selv om arbeidstaker isolert sett var den som sa opp. Dette var tilfelle i Eidsivating lagmannsretts dom 6. januar 1992.²³⁴

Arbeidsgiver hevdet forgjeves at arbeidstakeren selv hadde sagt opp da han tok med seg sine eiendeler og forlot arbeidsplassen. Arbeidstakeren (A) var nyansatt økonomisjef i bedriften. På et styremøte hvor A var til stede, la bedriften frem en handlingsplan for å sikre fortsatt drift ettersom bedriften hadde kommet i økonomiske vanskeligheter. På møtet ble det opplyst at planen var å si opp A. A hadde på forhånd ingen anelse om dette. Etter en følelsesladet samtale etter møtet pakket A med seg sine personlige eiendeler, leverte nøklene sine og forlot arbeidsplassen. Arbeidsgiver oppfattet dette som en egenoppsigelse. A sykemeldte seg deretter, men arbeidsgiver holdt fast ved at A hadde sagt opp sin stilling. Arbeidstaker protesterte på dette. Lagmannsretten uttaler at ”As opptreden etter styremøtet ... kunne isolert sett gi inntrykk av at han selv bragte arbeidsforholdet til opphør. Men hendelsen må tolkes på bakgrunn av den situasjon som forelå”. Retten fant at A ikke hadde et reelt ønske om å si opp, særlig på bakgrunn av hans etterfølgende opptreden. Flertallet i lagmannsretten fant at situasjonen måtte likestilles med en avskjedigelse av A. Flertallet fant videre at avskjedigelsen var urettmessig og A ble tilkjent erstatning på 125 000 kroner.

Et litt spesielt eksempel hvor oppsigelsene ikke var å anse som arbeidsgivers, er inntatt i ARD 1981 s. 410. Retten fant at arbeidstakerne selv hadde brakt sine arbeidsforhold til opphør. Det at

²³³ Dege 2003 s. 462.

²³⁴ LE-1991-217.

arbeidsgiver nektet å la arbeidstakerne trekke tilbake oppsigelsene, var ikke å likestille med arbeidsgivers avskjed, men var likevel rettsstridig.

Saken var i korthet at tre fremmedarbeidere jobbet som pizzabakere på en restaurant. Etter en uoverensstemmelse med soussjefen forlot pizzabakerne arbeidsstedet. Arbeidstakerne mente seg avskjediget, mens arbeidsgiver påstod at arbeidstakerne urettmessig hadde ”fantegått”. Retten kom som sagt til at arbeidsgiver ikke hadde avskjediget arbeidstakerne, men fant likevel at arbeidsgiver hadde opptrådt rettsstridig idet anmodningen fra arbeidstakerne om å få fortsette i stillingene ikke ble akseptert. Arbeidstakerne ble tilkjent erstatning på 3000 kroner hver. Hva rettsstriden mer konkret gikk ut på eller hva den var hjemlet i, og videre hvilket erstatningsgrunnlag retten bygde på, fremgår ikke. Etter min oppfatning kunne det muligens være tale om både culpøs opptreden, kontraktsmislighold og brudd på den alminnelige lojalitetsplikt som gjelder i kontraktsforhold og særlig i arbeidsforhold.

Videre vil det forhold at arbeidstaker blir utsatt for trakassering og mobbing på arbeidsplassen som resulterer i at arbeidstaker sier opp, kunne bli å betrakte som avskjed fra arbeidsgiver.²³⁵ Listen for å ”reklassifisere” i slike tilfeller er likevel høy, jf. Rt. 1997 s. 1506. Tre apotekansatte fant arbeidsmiljøet på arbeidsplassen så dårlig at de etter en sykemeldingsperiode ikke kom tilbake på jobb. De mente at sjefsapotekeren (arbeidsgiver) detaljstyrte deres arbeid i så stor grad at hun utsatte de ansatte for store psykiske belastninger. De tre ansatte hevdet at deres uteblivelse fra arbeidet etter sykdomsperioden skyldtes forhold arbeidsgiveren var ansvarlig for – og at det derved i realiteten forelå en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver som legitimerter erstatning etter arbeidsmiljøloven, og ikke egenoppsigelser fra arbeidstakerne. Høyesterett var ikke enig i dette og mente at det var ”for anstrengt å rubrisere forholdet som oppsigelse fra apotekerens side” (s. 1512). Høyesterett poengterte likevel at arbeidsgivers oppsigelse på generelt grunnlag ikke er betinget av at den er avgitt skriftlig. Den kan også være gitt muntlig eller i handling – for eksempel i form av fysisk utestenging.²³⁶

²³⁵ Dege 2003 s. 97 og 462.

²³⁶ Det skal for øvrig bemerkes at Høyesterett fant arbeidsmiljøet så dårlig at arbeidstakerne fikk tilkjent et betydelig beløp i erstatning på alminnelig kon-

11 Ugyldighet

11.1 Innledning

Utgangspunktet er at dersom arbeidstaker har disponert slik at det foreligger en oppsigelse, så er oppsigelsen bindende for ham. Spørsmålet i det følgende er om arbeidstaker likevel kan anses ubundet av disposisjonen gjennom å få kjent den ugyldig etter avtalelovens ugyldighetsregler.

En oppsigelse er både et påbud og et løfte i avtalerettslig forstand, og følgelig en ensidig viljeserklæring som kan kjennes ugyldig etter avtalelovens kapittel 3.²³⁷ Rettsvirkningene av at oppsigelsen blir kjent ugyldig, er at det settes strek over hele disposisjonen,²³⁸ slik at arbeidsforholdet mellom partene fortsatt består.²³⁹

I det følgende ser jeg spesielt på generalbestemmelsene i avtl. §§ 33 og 36, da de i det store og hele konsumerer de andre bestemmelsene.²⁴⁰ Det må likevel bemerkes at ugyldig oppsigelse også kan følge av de andre ugyldighetsbestemmelsene i avtaleloven, for eksempel etter tvangsbestemmelsen i § 29, jf. blant annet RG 1995 s. 980 (Oslo).

Både avtl. § 33 og § 36 inneholder standardpregede kriterier, og man kan si at avtl. § 36 konsumerer § 33.²⁴¹ Det er likevel enkelte forskjeller i bestemmelsenes anvendelsesområder. Ugyldighet etter § 33 forutsetter at arbeidsgiver ikke har vært i god tro med tanke på arbeidstakers løfte om oppsigelse, slik at det vil være uredelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende. Det vil gjelde en streng redelighetsvurdering direkte knyttet til arbeidsgiver som løftemot-

traktsrettslig grunnlag, da retten fant at arbeidsgiver vesentlig hadde misligholdt sine plikter overfor de ansatte.

²³⁷ Mo 1999 s. 132 og Stang 1935 s. 209–210.

²³⁸ Woxholth 2006a s. 284.

²³⁹ Hvorvidt det kan bli tale om erstatning for negativ kontraktsinteresse, er et spørsmål for seg som jeg ikke berører i den videre fremstilling. Se Hagstrøm 2003 s. 520 flg.

²⁴⁰ Woxholth 2006a s. 315 og 346.

²⁴¹ Woxholth 2006a s. 317–318.

taker. Ugyldighet etter avtl. § 36 kan derimot prinsipielt sett ramme en arbeidsgiver som ikke på noen som helst måte kan bebreides.²⁴² Her legges det en objektiv rimelighetsvurdering til grunn. Anvendelse av § 36 gir på mange måter et større spillerom for ugyldighet, men vurderingen er mindre håndfast sammenlignet med avtl. § 33.

Jeg vil i det følgende redegjøre for hva som materielt sett må til for å kjenne en oppsigelse ugyldig, og samtidig søke å sammenholde og reflektere over standarden mellom de to ulike ugyldighetsgrunnlagene i henholdsvis § 33 og § 36.

11.2 Avtaleloven § 33

En oppsigelse kan kjennes ugyldig etter avtl. § 33 dersom det foreligger en mangel ved arbeidstakers *vilje* som gjør at det vil være *uredelig* av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende. Uredeligheten må bestå i at arbeidsgiver har *kunnskap* om *omstendigheter* som forelå ved oppsigelsens avgivelse. Bestemmelsen rammer med andre ord tilblivelsesmangler.

Tradisjonelt har ugyldighet etter avtl. § 33 særlig blitt anvendt ved løftemottagers brudd på opplysningsplikten.²⁴³ For de problemstillinger som drøftes her, vil det imidlertid ikke være helt treffende å si at arbeidsgiver har holdt tilbake opplysninger, og at det av den grunn vil være uredelig å gjøre oppsigelsen gjeldende. Historisk bygger avtl. § 33 blant annet på Fredrik Stangs lære om ”synbar viljesmangel”,²⁴⁴ og det er nettopp arbeidstakers *viljesmangel* som vil være sentral i denne vurderingen. Det vil således være viljesmangelen som utgjør den omstendighet som må være synbar (kunnskapskravet) for arbeidsgiver.

Det sentrale vilkår etter § 33 er at det er *uredelig* av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.²⁴⁵ Dette er imidlertid ikke mer enn en rettslig standard²⁴⁶ som må anvendes konkret i den aktuelle sak. Ut-

²⁴² Woxholth 2006a s. 318.

²⁴³ Jf. f.eks. Hagstrøm 2003 s. 139.

²⁴⁴ Hagstrøm 2003 s. 139.

²⁴⁵ Hov 2002a s. 250.

²⁴⁶ En ”rettslig standard” er en rettsregel som inneholder en vurderingsnorm ”utenfor seg selv”, som gjerne er en vurdering av moralsk eller sosial karak-

gangspunktet må derfor tas i de mer håndfaste vilkår, nemlig spørsmålet om det foreligger en omstendighet som arbeidsgiver har eller burde ha kunnskap om,²⁴⁷ for deretter å vurdere hvorvidt det er ureddelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.

Avtl. § 33 har til formål å virke preventivt. For så vidt skal den gi arbeidsgiver et insitament til å gjøre arbeidstaker oppmerksom på de forhold som gjør arbeidsgivers påberopelse av oppsigelsen ureddelig.²⁴⁸ Dersom arbeidsgiver har en oppfatning om at arbeidstaker sier opp i ren affekt, eller av andre grunner må forstå at dette ikke er arbeidstakers vilje, så bør arbeidsgiver påpeke dette. Dette har sitt sidestykke til den alminnelige lojalitetsplikt som gjelder i kontraktsforhold²⁴⁹ og særlig i arbeidsforhold, jf. Rt. 1990 s. 607.

At arbeidstakeren mangler vilje, kan grunne seg på flere forhold. Det kan for det første være tale om tilfeller hvor arbeidstaker rett og slett ikke ønsker å si opp sitt arbeid, men hvor arbeidsgiver eller andre ytre påvirkninger presser på for å få i stand en egenoppsigelse. I teori og rettspraksis har det blitt innfortolket en forutsetning om at arbeidsgiver ikke lovlig kunne ha brakt arbeidsforholdet til opphør, for at oppsigelsen skal kunne kjennes ugyldig i slike tilfeller.²⁵⁰ Dette er i og for seg naturlig og logisk: Dersom arbeidsgiver lovlig kunne ha brakt arbeidsforholdet til opphør i stedet for å gi arbeidstaker mulighet til å si opp selv, så ville resultatet blitt det samme;

ter. Slike regler vil kunne tillegges ulikt innhold på ulik tid, avhengig av hva som er den alminnelige oppfatning av spørsmålet til enhver tid, jf. Gisle m.fl. 2010 s. 342 flg.

²⁴⁷ Både rettspraksis og teori legger til grunn at arbeidsgiver kan bli rammet av ugyldighetsbestemmelsen også dersom det har blitt utvist uaktsomhet; det kan bli tale om ugyldighet dersom arbeidsgiver burde hatt kjennskap til den aktuelle omstendighet. I Gulating lagmannsretts dom 4. mai 1970, Mfa 1969-70 s. 55, hadde arbeidstaker avgitt sin oppsigelse på et tidspunkt hvor han var i en psykisk ustabil tilstand. Retten la til grunn at arbeidsgiver ”må ha forstått, eller burde ha forstått, at oppsigelsen ikke var tilstrekkelig overveiet”, og fant det ureddelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.

²⁴⁸ Woxholth 2006a s. 314.

²⁴⁹ Hov 2002a s. 251 og Nazarian 2007b.

²⁵⁰ Jf. bl.a. Fougner og Holo 2006 s. 766 og Aagaard og Melsom 2006 s. 241–243.

arbeidsforholdet avsluttes. I Frostating lagmannsretts dom 5. november 1997²⁵¹ kom flertallet til at arbeidstakers oppsigelse ikke kunne kjennes ugyldig fordi arbeidsgiver hadde berettiget grunn til avskjed. Mindretallet anså derimot at det ikke forelå oppsigelses- eller avskjedsgrunn, og mente at oppsigelsen kunne kjennes ugyldig.

A hadde vært ansatt i AS Vinmonopolet i om lag 30 år, før situasjonen som la grunnlaget for oppsigelsen fant sted. A var på dette tidspunkt 50 % sykemeldt og gikk på forholdsvis sterke medikamenter. Rett før jul i 1995 hadde butikksjefen observert en gaveeske med en flaske vin uten kvittering i As garderobeskap. Da A skulle gå hjem fra jobb denne dagen, ble han stanset av butikksjefen og konfrontert med at han hadde en flaske vin uten å kunne forevise kvittering. Det ble innkalt til et møte, og A hadde til dels ulike forklaringer om vinflasken. Salgsjefen festet ikke lit til As forklaringer og ville innstille på avskjed. A ble suspendert fra stillingen med øyeblikkelig virkning, men fikk tilbud om å si opp selv. A sa opp stillingen 10. januar. Den 14. mars trakk A oppsigelsen tilbake, med den begrunnelse at han hadde vært i psykisk ubalanse og følte seg presset til å si opp.

Flertallet fant at A var bundet av sin oppsigelse; ”avtaleloven § 33 vil ikke komme A til unnsetning”. Det uttales i den forbindelse at ”skal Vinmonopolets krav om at A skal vedstå seg sin oppsigelse kunne karakteriseres som uredelig, må det også skyldes at Vinmonopolet hadde kunnskap om bestemte omstendigheter som forelå på det tidspunkt da Vinmonopolet ble kjent med oppsigelsen”. Flertallet kunne ikke se at As sykdom og medisinerer kunne unnskyldte A for det valg han tok når han erklærte sin egenoppsigelse. Avgjørende for flertallet synes likevel å være at Vinmonopolet hadde berettiget grunn til å mistenke A for tyveri på arbeidsplassen, og at det derfor ikke var uberettiget med en avskjedsreaksjon.

Mindretallet fant derimot at vilkårene for å anse oppsigelsen ugyldig etter avtl. § 33, var oppfylt. De mente at det ikke kunne finnes bevist at A hadde stjålet fra sin arbeidsgiver. Det forelå derfor ingen avskjedsgrunn. A gikk på sterke medisiner som medførte tretthet og likegyldighet. Det kunne derfor ikke utelukkes at A handlet irrasjonelt i tiden før og etter hendelsen med vinflasken. Uten at det fremgår uttrykkelig av mindretallets premisser, må man anta at mindretallet mente at det var uredelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende på grunn av arbeidstakers sykdom og medisinbruk, og at situasjonen medførte at arbeidstaker ble urimelig presset til å si opp sin stilling. Dette gjaldt særlig fordi det etter mindretallets syn bare var grunnlag for å gi advarsel i forbindelse med hendelsen med vinflasken.

²⁵¹ LF-1997-284.

Det avgjørende skillet mellom fraksjonene var her i all hovedsak hvorvidt *arbeidsgiver hadde lovlig adgang til å bringe avtaleforholdet til opphør*. I dette tilfellet var det bevisvurderingen som var avgjørende, idet flertallet fant at A hadde begått tyveri fra arbeidsgiver; det er i vidt omfang en berettiget avskjedsgrunn selv ved en gangforeteelser.²⁵²

Av dette kan man utlede at dersom arbeidsgiver har berettiget grunn til å bringe ansettelsesforholdet til opphør, så vil arbeidstaker ikke kunne høres med å få kjent sin oppsigelse ugyldig. Hvis det ikke foreligger slik grunn, må vurderingen tas i hvorvidt det foreligger en synbar viljesmangel som gjør det uredelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende.

At arbeidstakers manglende vilje var synlig og dermed avgjørende, var tilfelle i NAD 1981 s. 245. Der ble arbeidstakers oppsigelse kjent ugyldig fordi retten anså det på det rene at arbeidsgiver forsto at oppsigelsen ikke var arbeidstakers vilje.

En 19 år gammel jente (A) hadde i tre måneder arbeidet som ekspeditør i en butikk i Tromsø. Noen dager før jul spurte A om hun kunne ta fri fra butikken kl 12.30 på julaften, slik at hun rakk buss og ferje hjem til jul. Dersom hun ikke fikk fri, måtte hun sitte alene på hybelen sin på julaften. Arbeidsgiver kunne ikke love henne fri. Et par dager etter spurte hun på ny, men arbeidsgiver svarte nei. A bestemte seg likevel for å dra kl 12.30 på julaften. Butikken stengte klokka 13.30. Tredje juledag kom A tilbake på jobb, og ble umiddelbart kalt opp på kontoret til arbeidsgiver. Dette møtet endte med at A skrev under på en egenoppsigelse som lå klar på bordet idet A kom inn på kontoret. Den 13. januar, dvs. vel to uker etter, trakk A, med hjelp av Handel og Kontor, oppsigelsen sin tilbake.

Lagmannsretten fant oppsigelsen ugyldig etter avtl. § 33 og fremholdt at "[A] under disse omstendigheter "ikke selv har sagt opp sin stilling" *i den forstand at oppsigelsen var en ønsket og villet handling fra hennes side*" (min uth.), og videre at "[d]et anses på det rene at den ankende part la opp til dette, og *forsto* at undertegnelsen av oppsigelsen skjedde som følge av det dilemma [A] befant seg i" (min uth.). Det avgjørende var således hvorvidt arbeidsgiver forsto at oppsigelsen ikke var arbeidstakers vilje. Det fremgår implisitt av dommens premisser at det ikke var grunnlag for oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side. Det poengteres at bakgrunnen for møtet på arbeidsgivers kontor "ikke var av særlig alvorlig karakter; forholdet har sin opprinnelse i en urimelig steil holdning fra firmaets side overfor en ung ansatts ønske om å nå hjem til sine nærmeste til

²⁵² Storeng mfl. 2006 s. 275.

julaften”. Videre kan det bemerkes at arbeidstaker i denne saken verken fikk tid til å områ seg eller søke hjelp fra rådgiver før hun signerte oppsigelsen.

Dersom arbeidstaker derimot i ord eller handling gir uttrykk for et ønske om å slutte, så vil han senere ikke kunne høres med at oppsigelsen kan kjennes ugyldig etter avtl. § 33, jf. blant annet Borgarting lagmannsretts dom 8. juni 2004.²⁵³

Etter en del uenighet fikk A i stand et møte med sin arbeidsgiver (B). Arbeidsgiver var etter møtet av den oppfatning at A hadde sagt opp sin stilling med øyeblikkelig virkning. Arbeidsgiver sendte et brev til A samme dag, hvor det fremkom at B godtok hennes oppsigelse, og at tilgodehavende lønn ville bli utbetalt. B mottok deretter først en sykemelding fra A, og dernest et brev fra As advokat hvor det ble bestridt at A hadde sagt opp sin stilling. Lagmannsretten fant det godtgjort at A sa opp sin stilling på det møtet som fant sted. Det ble lagt vekt på at A ryddet kontorplassen sin før møtet, og at hun i frustrerte ordelag ga uttrykk for ønsket om å slutte overfor kollegaer før møtet. I tillegg kom møtet i stand etter As ønske. As konkludente adferd tilsa med andre ord at *hun hadde et ønske om å slutte*, og det ble også oppfattet slik av arbeidsgiver. Av denne grunn kunne ikke oppsigelsen kjennes ugyldig etter avtl. § 33.

Tilsvarende også i Borgarting lagmannsretts dom 22. januar 2001²⁵⁴ og Borgarting lagmannsretts dom 19. juni 2000.²⁵⁵ I førstnevnte dom la lagmannsretten vekt på at ”As etterfølgende adferd bekrefter hennes viljeserklæring om selv å si opp sin stilling”. I sistnevnte dom fant retten at det ikke var uredelig å gjøre oppsigelsen gjeldende på grunn av omstendigheter rundt drøftelsesmøte, herunder ”den frist A fikk til å områ seg etter møtet, og det han selv foretok seg før han frivillig innleverte sin oppsigelse”.

Det avgjørende ser således ut til å være hvorvidt arbeidstakers oppsigelse synes å være hans vilje, og hvorvidt den eventuelle viljemangel var synlig for arbeidsgiver. De faktiske forhold før, ved og etter oppsigelsen vil være momenter i vurderingen. Det at han senere angrer seg kan ikke tillegges vekt, såfremt beslutningen om oppsigelse fremstår som veloverveid på det tidspunkt den avgis.

Videre kan manglende vilje fra arbeidstaker skyldes unormal sinnstilstand, rus mv. Forutsetningen for at oppsigelsen kan kjennes

²⁵³ LB-2004-10508.

²⁵⁴ LB-2000-1705.

²⁵⁵ LB-1999-2231.

ugyldig i slike tilfeller er at arbeidsgiver er klar over at oppsigelsen skyldes sinnstilstanden.²⁵⁶ At en oppsigelse kan kjennes ugyldig på grunn av sykdom, ble slått fast i Mfa 1969-70 s. 55.²⁵⁷ Arbeidstakeren hadde avgitt oppsigelsen i depresjon, og det var derfor uredelig av arbeidsgiver å gjøre den gjeldende:

”Lagmannsretten er etter dette enig i det herredsretten er kommet til om at saksøkeren da han skrev oppsigelsen var ute av stand til å treffe en velbegrunnet beslutning, avgjørende for hele hans fremtid. ... Lagmannsretten antar at disponenten [arbeidsgiver] med sitt kjennskap til forholdene burde skjønt hvor små muligheter det var for saksøkeren til å skaffe seg skikkelig levebrød andre steder. Han kjente også til alle de faktiske forhold som var avgjørende for saksøkerens psykiske tilstand ... [han må] ha forstått, eller burde ha forstått, at oppsigelsen ikke var tilstrekkelig overveiet. ... Lagmannsretten finner etter dette, at uansett i hvilken grad saksøkerens tilstand da han sendte oppsigelsen kan karakteriseres som en sinnslidelse, var omstendighetene slike da bedriftens avdeling mottok oppsigelsen, at det stred mot redelighet og god tro å gjøre oppsigelsen gjeldende overfor saksøkeren, jfr. avtalelovens § 33” (s. 57).

Et poeng i denne sammenheng synes å være at sykdommen, sinnstilstanden mv., faktisk må ha påvirket arbeidstakers beslutning, jf. for eksempel AD 2001 nr. 55. Her fant Arbeidsdomstolen det bevist at arbeidstaker led av depresjon ved oppsigelsens avgivelse. Det var imidlertid ingenting som tydet på at han av den grunn ikke forstod konsekvensen av å si opp selv, og oppsigelsen var derved bindende for arbeidstaker.

Selv om arbeidsgiver ikke konkret kjenner til arbeidstakers psykiske lidelser, vil oppsigelsen likevel kunne kjennes ugyldig dersom oppsigelsen er avgitt i en ”heftig sinnstilstand”, og arbeidsgiver av den grunn bør forstå at oppsigelsen ikke er arbeidstakers vilje, jf. RG 1980 s. 625 (Narvik).

Som nevnt innledningsvis i dette punktet, vil det sjelden være tale om at arbeidsgiver direkte har forsømt sin opplysningsplikt, og at oppsigelsen *av den grunn* kjennes ugyldig. Det må likevel bemerkes at dette i prinsippet også kan være aktuelt. I Borgarting lagmannsretts

²⁵⁶ Hov 2002a s. 256.

²⁵⁷ Gulating lagmannsrett dom 4. mai 1970. Se også omtale av dommen i note 240.

dom 22. oktober 2001²⁵⁸ påberopte arbeidstaker seg arbeidsgivers villedende feilinformasjon i oppsigelsesprosessen som selvstendig grunnlag etter § 33. Det fremgår av arbeidstakers anførsler at feilinformasjonen både var av faktisk og rettslig art. Lagmannsretten fant imidlertid ”intet som tilsier at kommunen skulle ha kjent til forhold som gjør at det ville ”stride mot redelighet og god tro” å la oppsigelsen være bindende for A”.

Et tilgrensende spørsmål er om arbeidsgiver vil ha en plikt til å gi de opplysninger som er påkrevd ved *arbeidsgivers oppsigelse*, jf. aml. § 15-4 andre ledd, i de tilfeller arbeidstaker gis valget mellom å bli oppsagt eller si opp selv. Det sentrale vil være spørsmålet om hvilke opplysninger arbeidstaker vil kunne forvente å få, herunder også for eksempel informasjon om at en egenoppsigelse kan innebære en forlenget ventetid for å motta dagpenger under arbeidsløshet, jf. ftrl.²⁵⁹ § 4-10 første ledd bokstav a. Spørsmålet er om det vil være uredelig av arbeidsgiver å ikke opplyse om disse rettslige forhold, dersom det kan godtgjøres at arbeidstaker *ikke* ville ha sagt opp dersom han hadde denne kunnskap. De krav som stilles til arbeidsgivers opplysningsplikt etter aml. § 15-4, gjelder bare ved arbeidsgivers skriftlige oppsigelse, og det kan derfor ikke kreves at arbeidsgiver opplyser om dette når arbeidstaker sier opp selv, jf. bl.a. Borgarting lagmannsretts dom 19. juni 2000.²⁶⁰ En annen ting er at dersom arbeidsgiver gir arbeidstaker en viss tid til å områ seg og tenke på saken, så vil arbeidstaker ha mulighet til å søke juridisk veiledning, og på den måten skaffe seg denne kunnskap selv.

11.3 Avtaleloven § 36

11.31 Oversikt

Avtaleloven § 36 gir en *generell hjemmel* til å tilsidesette avtaler og disposisjoner, og omfatter i utgangspunktet også de tilblivelsesmangler som kan føre til ugyldighet etter avtl. § 33. Urimelighetsvurderingen etter § 36 er imidlertid et mindre fast skjønnsstema, noe

²⁵⁸ LB-2000-3521.

²⁵⁹ Lov 28. februar nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

²⁶⁰ LB-1999-2231.

som muligens bidrar til at domstolene ofte velger å løse tvisten etter de mer håndfaste vurderingsbetingelser i avtl. § 33.²⁶¹ Samtidig skal vi i det følgende se at det finnes langt flere avgjørelser hvor retten velger å kjenne arbeidstakers oppsigelse ugyldig etter § 36 enn etter § 33. Årsaken til dette kan for det første ligge i at retten ikke ønsker å gi arbeidsgiver det uredelighetsstempel § 33 fører med seg, da dette kan virke unødig infamerende.²⁶² Videre vil arbeidstaker i § 33-tilfellene ha bevisbyrden for at arbeidsgiver har opptrådt uredelig. Dersom dette ikke kan bevises, kan det likevel tenkes at retten finner det *urimelig* at arbeidstaker skal være bundet av sin oppsigelse, og derved hjemle ugyldigheten i § 36.²⁶³

Avtl. § 36 inneholder en konkret rimelighetsstandard.²⁶⁴ Det innebærer at det er rimeligheten av den konkrete oppsigelse som må vurderes.²⁶⁵ Det uttales i Ot.prp. nr. 5 (1982–83) at

”Det ligger også i formuleringen ”urimelig” at et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes en rimeligere løsning. ’Urimelig’ må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope” (s. 30).

Rimeligheten av oppsigelsen må vurderes etter en helhetlig skjønnsvurdering.²⁶⁶ Domstolenes skjønnsutøvelse er dog ikke helt fri; bestemmelsens andre ledd oppstiller enkelte veiledende vurderingsmomenter. Oppsigelsens innhold, partenes stilling, forholdene ved oppsigelsens avgivelse, senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig, kan således tillegges vekt. Det skal i den forbindelse påpekes at det er det *samlede resultat* av disposisjonen som utgjør skjønnstemaet. Dette innebærer at dersom oppsigelsen som sådan fremstår som et rimelig resultat, så vil ikke oppsigelsen kunne settes til side som ugyldig selv om *enkelte aspekter* ved situasjonen kan virke urimelige.²⁶⁷ I Borgarting lagmannsretts dom 8. juni 2004²⁶⁸

²⁶¹ Woxholth 2006a s. 347.

²⁶² Woxholth 2006a s. 347.

²⁶³ Woxholth 2006a s. 347.

²⁶⁴ Jf. bl.a. Hagstrøm 2003 s. 279 og Woxholth 2006a s. 351.

²⁶⁵ Woxholth 2006a s. 351.

²⁶⁶ Jf. bl.a. Hov 2002a s. 280.

²⁶⁷ Jf. bl.a. Woxholth 2006a s. 351–353 og Hov 2002a s. 280.

fant retten at det moment at arbeidstaker ikke hadde fått nytt egnet arbeid etter oppsigelsen, i og for seg var et urimelig etterfølgende forhold ettersom det innebar en personlig og økonomisk belastning for arbeidstaker. Andre momenter – blant annet hennes konkludente atferd som tilsa at hun selv ønsket å slutte – tilsa imidlertid at det ikke var urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende.

Det er videre på det rene at ”små urimeligheter” kan kumuleres, slik at oppsigelsen fremstår som urimelig samlet sett.²⁶⁹ I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007²⁷⁰ ble oppsigelsen for eksempel kjent ugyldig på grunnlag av flere forhold; arbeidstaker mistet sin inntekt uten å ha utsikter til nytt arbeid (etterfølgende forhold), oppsigelsen fremsto som ”uoverveid, plutselig og situasjonsutløst” (forhold ved oppsigelsens avgivelse), og oppsigelsen ble tilbakekalt etter kort tid (omstendighetene for øvrig).

Det er videre på det rene at rimeligheten må vurderes opp mot en norm, altså en målestokk.²⁷¹ Man kan for det første søke veiledning i annen lovgivning. Det vil i første rekke være de *legislative betraktninger* bak lovgivning som her kan være en pekepinn.²⁷² På arbeidsrettens område vil man kunne finne veiledning i for eksempel arbeidsmiljøloven, hvor lovgiver går langt i å beskytte arbeidstaker som den svake kontraktspart. Slike vernehensyn vil muligens gi en pekepinn på hvor langt man bør strekke seg for å gi arbeidstaker medhold, slik at listen for å kjenne arbeidstakers oppsigelse ugyldig vil ligge lavere enn dersom det er arbeidsgiver som ønsker sin disposisjon kjent ugyldig.²⁷³ Den mest anvendbare målestokk er nok likevel rene rimelighets- og rettferdighetsbetraktninger,²⁷⁴ i form av verdioppfatninger mv.

²⁶⁸ LB-2004-10508.

²⁶⁹ Hov 2002a s. 280.

²⁷⁰ LH-2006-128613.

²⁷¹ Hagstrøm 2003 s. 284 og Woxholth 2006a s. 354.

²⁷² Hagstrøm 2003 s. 284.

²⁷³ Se også Mo 1999 s. 156, hvor det fremgår at arbeidstakeren nok har en videre ”angrerett” enn arbeidsgiver, jf. reelle hensyn.

²⁷⁴ Woxholth 2006a s. 354 og Hagstrøm 2003 s. 285.

11.32 De ulike momentene

Av underrettspraksis ser man at *forhold ved oppsigelsens avgivelse* er det som oftest er avgjørende for at det konstateres ugyldighet etter avtl. § 36, selv om slike forhold i første rekke reguleres av § 33. Begrunnelsen for at domstolene i disse tilfellene velger å bygge på § 36 i stedet for § 33, synes gjennomgående å være at beslutningen tas på et bredere grunnlag hvor også andre momenter spiller inn.

For det første vil det kunne være tale om utilbørlig *press* fra arbeidsgiver. Da kan selve pressituasjonen være det forhold ved oppsigelsens avgivelse som medfører urimelighet. I slike tilfeller får arbeidstaker gjerne valget mellom å bli oppsagt eller å si opp selv. Også her er det i rettspraksis og teori innfortolket et krav om at arbeidsgiver ikke lovlig kunne ha brakt arbeidsforholdet til opphør, for at oppsigelsen i det hele tatt skal kunne kjennes ugyldig, jf. blant annet Rt. 2004 s. 1588 og Fougner og Holo 2006 s. 766. Dersom det konstateres at arbeidsgiver ikke hadde slik adgang, må det deretter avgjøres hvorvidt det har foreligget et utilbørlig *press* som gjør det urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende.

I vurderingen om urettmessig *press* foreligger, er det relevant hvorvidt arbeidstaker får tid til å områ seg og tenke på saken, slik at han også får mulighet til å rådføre seg med juridisk rådgiver, familie, etc.²⁷⁵ I både RG 2003 s. 283 (Borgarting), RG 1996 s. 798 (Hålogaland) og i Borgarting lagmannsretts dom 5. desember 1997²⁷⁶ ble arbeidstaker gitt valget mellom å si opp selv eller å bli oppsagt. Gjennomgående er det slik at arbeidstaker har blitt overrumplet av arbeidsgiver, ikke har fått forhåndsvarsel om at et ”oppsigelsesmøte” skal finne sted, og har blitt presset til å fatte avgjørelsen der og da uten å få innvilget tid til å tenke på saken. I disse sakene fant domstolene at arbeidsgiver ikke hadde lovlig adgang til å bringe ansettelsesforholdene til opphør, og ut fra helhetsvurderinger ble oppsigelsene da kjent ugyldige.

Motsatt var det i Borgarting lagmannsretts dom 19. juni 2000,²⁷⁷ hvor arbeidstaker fikk en ni dagers frist for å vurdere saken, og til-

²⁷⁵ Jf. bl.a. Gjone og Aagaard 2002 s. 285 flg.

²⁷⁶ LB-1997-897.

²⁷⁷ LB-1999-2231.

svarende i Eidsivating lagmannsretts dom 23. mars 1999,²⁷⁸ Frostating lagmannsretts dom 22. mai 2000²⁷⁹ og Borgarting lagmannsretts dom 22. oktober 2001²⁸⁰ hvor arbeidstaker fikk en uke på seg til å tenke over saken. Selv om arbeidstaker i disse sakene i og for seg fikk valget mellom å si opp eller bli oppsagt, hadde arbeidstakeren god tid til å tenke over saken, diskutere den med familie og søke juridisk bistand. Oppsigelsen fremstod derved som et *veloverveid valg* fra arbeidstakers side, og det var følgelig ikke urimelig å gjøre den gjeldende.

I denne typen saker ser man tydelig at urimelighetsnormen holdes opp mot de vernehensyn som arbeidsmiljøloven tar sikte på å ivareta. Urimeligheten består i at arbeidsgiver kan bebreides for å urettmessig fremkalle en avslutning av arbeidsforholdet uten å ha rettslig grunnlag for dette. Arbeidstakers stillingsvern ville bli undergravet dersom arbeidstaker i slike tilfeller ikke skulle kunne få kjent sin oppsigelse ugyldig.

For det andre vil oppsigelsen etter omstendighetene kunne kjennes ugyldig dersom den er avsagt i *affekt*. I denne typen situasjoner er det ikke arbeidsgiver som presser frem en oppsigelse, men oppsigelsen er gjerne foranlediget av en krangel eller uenighet på arbeidsplassen som gjør at arbeidstaker disponerer i affekt og uten å tenke seg om. Arbeidsgiver kan i og for seg ikke direkte bebreides for at disposisjonen har funnet sted i slike tilfeller. Spørsmålet er om det likevel vil være urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende. Sentralt synes å være at arbeidsgiver bør avklare situasjonen med arbeidstaker i slike tilfeller, for å forsikre seg om at oppsigelsen var alvorlig ment.

I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007²⁸¹ fant *flertallet* at oppsigelsen skulle kjennes ugyldig i medhold av avtl. § 36 etter at arbeidstaker (A) i et styremøte den 14. november 2005 hadde forlatt møtet i harnisk. Bedriftens styre oppfattet arbeidstakerens opptreden *som en fratredelse fra hans side*. Bakgrunnen for situasjonen var at arbeidstakeren, som var daglig leder i bedriften

²⁷⁸ LE-1998-508.

²⁷⁹ LF-2000-237.

²⁸⁰ LB-2000-3521.

²⁸¹ LH-2006-128613.

(Bodø Båtforening), ble uenig med styrets leder om rutiner for skjenking av alkohol i foreningens kro. Det ble en del diskusjon, og A ble etter hans syn utsatt for personlige angrep og sjikane av et varamedlem i styret. A oppfattet dette som et kraftig angrep og forlot møtet på grunn av sjokk og nedbrutthet. A møtte på jobb dagen etter, hvor det ble en del diskusjoner. Han ble deretter sykemeldt. Han skrev et brev til arbeidsgiver den 16. november 2005, hvor han forlangte at disse "ubegrunnede angrep og beskyldninger kjennes død og maktesløs innen 14 dager". Det ble avholdt et nytt styremøte den 21. november 2005, hvor det ble fattet et vedtak der styret "aksepterer As muntlige oppsigelse slik styret oppfattet det i styremøte 14. november 2005". Videre skrev arbeidsgiver et brev til A hvor de påpekte at hans brev av 16. november innebar et tilbakekall av oppsigelsen, men at de ikke kunne imøtekomme tilbakekallet. Det forekom deretter endel korrespondanse mellom arbeidsgiver og As advokat uten at det ble oppnådd enighet.

Lagmannsrettens flertall fant at A faktisk hadde sagt opp sin stilling. Det ble bygget på As opptreden på styremøtet samt hans opptreden på jobb dagen etter; han hadde fortalt tre forskjellige personer at han hadde sluttet, og han ryddet kontorplassen sin. Flertallet konkluderte imidlertid med at oppsigelsen var ugyldig etter avtl. § 36.²⁸² De fant for det første at Båtforeningen ikke lovlig kunne brakt arbeidsforholdet til opphør, og i en helhetsvurdering ble disse momentene vektlagt: "Oppsigelsen fremsto som uoverveid, plutselig og situasjonsutløst", oppsigelsen "innebar at A derved ville miste sin alminnelige arbeidsinntekt", og "oppsigelsen ble tilbakekalt etter kort tid, før BBF hadde innrettet seg etter den". Videre la retten vekt på at arbeidsgiver ikke uten videre burde ta imot en slik plutselig oppsigelse fra sin daglige leder, uten først å avklare med ham hva han hadde ment. Det var således ikke *arbeidsgivers* forhold og opptreden som gjorde det urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende, men omstendigheter rundt arbeidstakers egen disposisjon. Poenget i denne forbindelse er at det var urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende, fordi styret etter omstendighetene måtte skjønne at en oppsigelse ikke var arbeidstakers egentlige vilje. Dette har i og for seg likhetstrekk med anvendelsen av avtl. § 33, men i anvendelsen av § 36 tar man gjerne hensyn til *flere forhold* som leder til urimelighet.

Forhold rundt oppsigelsens avgivelse, blant annet at den kommer plutselig og utløst av en spesiell hendelse eller situasjon, vil således gi arbeidsgiver foranledning til å forsikre seg om at oppsigelsen var arbeidstakers virkelige vilje. Dersom arbeidsgiver derimot uten videre

²⁸² I tillegg ble den ulovfestede re integra-regelen anvendt som selvstendig grunnlag for tilbakekall. Mer om dette i kapittel 12.

godtar en slik oppsigelse, vil dette etter omstendighetene kunne være urimelig, og oppsigelsen vil kjennes ugyldig etter avtl. § 36.

Endelig skal nevnes de tilfeller hvor arbeidstakerens *sinnstilstand* påvirker hans beslutningsgrunnlag slik at det vil være urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende. Sinnstilstanden kan bestå i at arbeidstaker er ruset, deprimert eller psykisk syk på annen måte, som gjør at han ikke innser rekkevidden og konsekvensene av sin oppsigelse. I motsetning til § 33 er det her i og for seg ikke et krav om at arbeidsgiver har *kunnskap* om arbeidstakers sinnstilstand for å kjenne oppsigelsen ugyldig, jf. det som tidligere er sagt om § 36 som objektiv bortfallshjemmel.

Her er den svenske Arbetsdomstolens avgjørelse i AD 1993 nr. 43 illustrerende. En lege som var misfornøyd med sine arbeids- og lønnsvilkår, fikk opplysninger fra sjefsoverlegen om at eneste mulighet for å få høyere lønn, var å si opp sin stilling for deretter å bli ansatt på nytt for å få i stand forhandlinger om lønnsforhøyelse. Legen sa opp sin stilling, og arbeidsgiver godtok oppsigelsen. Sjefsoverlegen innså da at legen ikke ville få nytt tilbud om jobb, og anbefalte legen å trekke sin oppsigelse tilbake. Det ble gjort omtrent to måneder etter oppsigelsens avgivelse. Arbeidsgiver godtok imidlertid ikke tilbaketrekkningen. Arbetsdomstolen fant at det var urimelig av arbeidsgiver å gjøre oppsigelsen gjeldende, ettersom det senere ble påvist at legen hadde sterke psykiske problemer (han ble tvangsinnlagt på psykiatrisk klinikk et par måneder etter at oppsigelsen ble avgitt) og derfor ikke var i stand til å forstå konsekvensene av sin egenoppsigelse. Det ble lagt vekt på at han ikke hadde annet arbeid i sikte, at han hadde forsørgerbyrden for kone og tre barn, og at det overhodet ikke var meningen fra hans side at oppsigelsen skulle lede til at han måtte slutte i sin stilling.

Det må imidlertid bemerkes at en egenoppsigelse som er motivert av å få høyere lønn, normalt sett ikke vil kunne kjennes ugyldig.²⁸³

Felles for de ulike typetilfellene er at flere momenter kan tas i betraktning i rimelighetsvurderingen. Blant annet vil det kunne være av betydning hvor lang tid som er gått fra egenoppsigelsen ble avgitt til den senere trekkes tilbake.²⁸⁴ Jo raskere dette skjer, dess større er sjansen for at oppsigelsen kan kjennes ugyldig. Sentralt er at arbeids-

²⁸³ Se Dege 1997 s. 175.

²⁸⁴ Fougner og Holo 2006 s. 766.

taker bør trekke sin oppsigelse tilbake så snart han innser konsekvensene av disposisjonen.²⁸⁵

Vi ser imidlertid av de dommene som er nevnt ovenfor, at dette momentet ikke nødvendigvis veier særlig tungt. I RG 2003 s. 283 (Borgarting) gikk det fire måneder fra arbeidstaker sa opp til han senere trakk oppsigelsen tilbake. Der påpekte retten at dette var i lengste laget, men kjente likevel oppsigelsen ugyldig. Tilsvarende var tilfelle i AD 1993 nr. 43, der det gikk det nesten to måneder før tilbaketrekkingen kom. I RG 1996 s. 798 (Hålogaland) og LH-2006-128613 gikk det henholdsvis 19 og 8 dager, noe domstolene vurderte som relativt kort tid. Etter § 36 ser vi imidlertid også at oppsigelsen kan kjennes ugyldig selv om oppsigelsen ikke blir trukket tilbake overhodet. I LB-1997-897 gikk arbeidstaker rett til domstolene for å få kjent sin oppsigelse ugyldig uten å på forhånd forsøke å tilbakekalle den, og fikk medhold i at oppsigelsen var ugyldig.

Videre vil subjektive trekk hos arbeidstaker, slik som ung alder, språkvansker, tidspress og psykiske påkjenninger, kunne være relevante i vurderingen.²⁸⁶ Slike forhold knytter seg gjerne til arbeidstakers forståelse og innsikt i situasjonen som foreligger når oppsigelsen blir avgitt.

Dernest kan også *etterfølgende forhold* tas i betraktning ved urimelighetsvurderingen. Omstendigheter som inntreffer *etter* at oppsigelsen er avgitt, vil for så vidt kunne føre til ugyldighet. Avtl. § 36 utgjør derved et alternativ til læren om bristende forutsetninger,²⁸⁷ som i prinsippet også kan være anvendelig her. Det antas at avtl. § 36 gir en videre adgang til revisjon på grunn av etterfølgende forhold enn forutsetningslæren.²⁸⁸ Men § 36 skal likevel brukes med forsiktighet når det kommer til etterfølgende forhold, jf. blant annet Rt. 1990 s. 500 (s. 507). Dette viser seg i at det – så langt jeg kan se – ikke finnes rettspraksis der en oppsigelse er blitt kjent ugyldig hvor etterfølgende forhold har vært avgjørende, selv om slike har vært påberopt.

²⁸⁵ Jf. bl.a. Storeng m.fl. 2006 s. 308.

²⁸⁶ Jf. bl.a. Woxholth 2006a s. 356.

²⁸⁷ Se bl.a. Woxholth 2006a s. 372.

²⁸⁸ Gyldendal Rettsdata. Lovkommentar til § 36, note 141, av Jo Hov. [12.11.08]

I NAD 1988 s. 1365 (Sunnhordland) påberopte arbeidstaker avtl. § 36 for det forhold at det tok han 7,5 måneder å få seg ny jobb etter oppsigelsen, og at dette etter omstendighetene gjorde det urimelig å gjøre oppsigelsen gjeldende. Til det uttalte herredsretten at "[e]tter rettens vurdering var det på bakgrunn av det som tidligere var skjedd, en rimelig grad av balanse i forholdet som tok hensyn til denne siden av saken, da det ble avtalt at A skulle motta lønn for februar måned". Oppsigelsen ble derved ikke kjent ugyldig.

Tilsvarende i Borgarting lagmannsretts dom 22. oktober 2001.²⁸⁹ A hadde blitt tatt i å se på barneporno på jobben, og det førte til at han leverte egenoppsigelse. En forutsetning for egenoppsigelsen var at saken ikke skulle bli omtalt i media. Et par uker etter oppsigelsen ble saken likevel omtalt i lokalavisen. Lagmannsretten fant det ikke bevist at arbeidsgiver hadde gått til media med saken. Tvert imot måtte det ha vært et ønske også fra arbeidsgivers side at saken ikke ble offentliggjort. Lagmannsretten uttalte at "A må ha risikoen for avisomtalen, i tråd med det alminnelige prinsipp at avtaler inngås for egen risiko, idet avtaleloven § 36 må brukes med forsiktighet når det gjelder slike etterfølgende forhold".

Til sist skal nevnes forhold som knytter seg til *oppsigelsesavtalens innhold*. Ikke sjelden tilbys arbeidstakeren en sluttpakke som kompensasjon ved egenoppsigelsen. Størrelsen på denne vil kunne tas i betraktning ved vurderingen av om oppsigelsen under ett fremstår som urimelig. I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007²⁹⁰ la retten vekt på at arbeidstakers umiddelbare fratreden innebar at han ville miste sin inntekt. Han mottok lønn fra arbeidsgiver i én måned og tre uker etter fratredelsen. Han hadde ikke utsikter til å skaffe seg nytt arbeid eller inntekt med det første. Dette førte *sammen med andre momenter* til at oppsigelsen var å anse som urimelig.

I Borgarting lagmannsretts dom 3. mai 2005²⁹¹ krevde arbeidstaker at en sluttavtale ble kjent ugyldig etter avtl. § 36, med den begrunnelse at han ble usaklig forskjellsbehandlet. Andre ansatte i bedriften mottok tilbud om en bedre sluttpakke få dager etter at arbeidstaker skrev under på sin sluttavtale. Retten fant ingen grunn til å betvile at arbeidstaker følte seg presset til å inngå avtalen, men fant at *avtalens innhold i seg selv* ikke var urimelig hensett til hans stilling.

²⁸⁹ LB-2000-3521.

²⁹⁰ LH-2006-128613.

²⁹¹ LB-2004-174.

12 Tilbakekall re integra

12.1 Oversikt

Re integra-regelen åpner for en utvidet rett til å tilbakekalle disposisjoner, som innebærer at løftegiver likevel ikke blir bundet av sin disposisjon. Det alminnelige avtalerettslige utgangspunktet er at arbeidstaker er bundet av sin oppsigelse idet den kommer til arbeidsgivers kunnskap. Dersom oppsigelsen skal tilbakekalles, må det gjøres før eller samtidig med at arbeidsgiver blir kjent med oppsigelsen, jf. avtl. § 7. Unntak fra dette finnes imidlertid i avtl. § 39 andre punktum. Bestemmelsen angir en utvidet tilbakekallsadgang dersom det foreligger særlige grunner og arbeidsgiver ennå ikke har innrettet seg. I tillegg er det i praksis blitt stilt krav til at tilbakekallet må komme etter kort tid.²⁹² Direkte gjelder bestemmelsen i utgangspunktet bare hvilket tidspunkt løftemottaker må være i god tro ved anvendelse av avtalelovens svake ugyldighetsgrunner. Bestemmelsen er imidlertid i praksis blitt anvendt analogisk i forhold til tilbakekall.²⁹³ Denne analogiske anvendelsen blir gjerne kalt re integra-prinsippet.²⁹⁴

Det å tilbakekalle en oppsigelse, er i prinsippet noe annet enn å kjenne den ugyldig, selv om resultatet blir det samme. Tilbakekallet knytter seg til løftebindingen som sådan og gjelder naturlig nok forhold rundt oppsigelsens avgivelse. Som vi har sett, vil forhold rundt oppsigelsens avgivelse kunne føre til at en oppsigelse blir ugyldig etter avtl. § 33 eller § 36, og det er derfor naturlig at re integra-regelens anvendelsesområde berører, og i noen grad overlapper, ugyldighetsreglenes virkefelt. I teorien har det vært stilt spørsmålstegn ved hvorvidt re integra-prinsippet i det hele tatt har noen selvstendig betydning – særlig ved siden av avtl. § 36.²⁹⁵ Re integra-regelen inneholder imidlertid mer håndfaste og spesifikke kriterier, noe som gjør at domstolene vil kunne fatte mer forutberegnelige avgjørelser, og av den grunn også velger å anvende denne regelen fremfor den

²⁹² Jf. bl.a. Arnholm 1964 s. 58, Woxholth 2006a s. 89 og Hov 2002a s. 95.

²⁹³ Jf. bl.a. Woxholth 2006a s. 87 og Hov Kontraktsrett I s. 94.

²⁹⁴ "Re integra" kommer fra latin og betyr: "mens saken er urørt", jf. Gisle mfl. 2010 s. 334. Se nærmere om dette bl.a. Stang 1935 s. 297–298, Arnholm 1964 s. 57 flg., Hov 2002a s. 93 flg. og Woxholth 2006a s. 87 flg.

²⁹⁵ Jf. bl.a. Mo 1999 note 55, Hov 2002a s. 96–97 og Woxholth 2006a s. 90.

mer skjønnspregede regelen i § 36.²⁹⁶ Jeg kommer nærmere tilbake til forholdet mellom grunnlagene i kapittel 13.

Det må poengteres at tilbakekallsadgangen etter *re integra* er snever, om mulig snevrere enn ugyldighetsvirkningen etter § 36, ettersom *re integra*-regelen krever at bestemte vilkår er oppfylt. Avtl. § 36 kan i prinsippet lede til ugyldighet selv om arbeidsgiver har innrettet seg og tilbaketrekkingen kommer etter lang tid. Stang 1935 fremholdt at

”[d]er må utvilsomt trekkes meget snevre grenser om adgangen til å godta en tilbakekallelse *re integra*; den må opfattes som en nødvei man kan bruke, hvis hovedreglen vilde føre til urimelige resultater” (s. 297).

Det antas likevel at tilbakekallsadgangen er videre i arbeidsforhold enn i forretningsforhold, jf. blant annet RG 2002 s. 1522 (Eidsivating).

En forutsetning for i det hele tatt å kunne påberope *re integra*-regelen, er at oppsigelsen *faktisk* er tilbakekalt. Dette står i motsetning til avtalelovens ugyldighetsregler. Hvorvidt det er gjort, beror på en konkret vurdering av arbeidstakers utsagn. I Hålogaland lagmannsretts dom 30. april 2003²⁹⁷ fant retten at ”den omstendighet at A ... ga uttrykk for at hun under visse betingelser *kunne være villig* til å fortsette i stillingene, kan ikke forstås som en tilbaketrekning av oppsigelsen” (min uth.). I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007²⁹⁸ sluttet mindretallet seg til tingretten når det gjaldt spørsmålet om tilbakekall. Arbeidstakeren hadde to dager etter oppsigelsen sendt et brev hvor han la frem saken fra sin side og blant annet krevde at de ”ubegrunnede angrep og beskyldninger kjennes død og maktesløse innen 14 dager, innført i protokolls form”. Tingretten²⁹⁹ kunne ikke se at arbeidstakeren med det hadde trukket oppsigelsen tilbake, da det ikke forelå noe eksplisitt dispositivt utsagn om dette. Flertallet i lagmannsretten fant imidlertid at brevet etter omstendighetene måtte forstås som en tilbaketrekning.

²⁹⁶ Woxholth 2006a s. 90.

²⁹⁷ LH-2003-77.

²⁹⁸ LH-2006-128613.

²⁹⁹ Salten tingretts dom 5 juli 2006 (06-018191TVI-SALT).

All den tid et tilbakekall anses for å være et påbud,³⁰⁰ kreves det at påbudet er klart og tydelig.³⁰¹

”Konsekvensen av dette må bli at adressaten har rett til å avvise et påbud hvis det er grunnet tvil om gyldigheten eller rekkevidden. Men da må han på sin side si fra – han får en reklamasjonsplikt. Hvis avgiveren ikke deretter gjør forholdet klart, må adressaten ha rett til å anse seg ubundet, selv om det viser seg at det opprinnelige påbud egentlig var i orden.” (Arnholm 1964 s. 26.)

Arbeidsgiver vil således ha en plikt til å gjøre det klart hvorvidt det var arbeidstakers intensjon å tilbakekalle oppsigelsen dersom dette skulle være uklart. I forlengelsen av dette må det bemerkes at hvis arbeidsgiver *godtar* arbeidstakers tilbakekall, bør det meddeles arbeidstaker så fort som mulig og helst skriftlig, jf. hensynet til notoritet og god orden.³⁰²

12.2 ”Særlige grunner”

Et første vilkår for at arbeidstaker kan trekke oppsigelsen tilbake etter re integra-prinsippet, er at det må foreligge *særlige grunner* for tilbakekallet. Særlige grunner kan i prinsippet være hva som helst, men vil typisk være slike omstendigheter som tidligere er nevnt under ugyldighetsreglene: Press, affekt, ung alder, rus, sykdom, manglende erfaring fra arbeidslivet, mv.³⁰³ Det sentrale er at arbeidstaker må ha en særlig unnskyldning for sitt skifte av standpunkt.³⁰⁴ En arbeidstaker kan altså ikke trekke oppsigelsen tilbake uten særlig grunn bare fordi han angrer, selv om dette skjer umiddelbart etter avgivelsen og arbeidsgiver ennå ikke har innrettet seg. Dette bekrefter hovedregelen om at oppsigelsen som partsutsagn er bindende idet den kommer til den annens kunnskap, og at tilbakekall bare kan skje unntaksvis og er noe ”forholdsvis ekstraordinært”.³⁰⁵

³⁰⁰ Stang 1936 s. 288.

³⁰¹ Arnholm 1964 s. 26.

³⁰² Fliflet 2004 s. 35.

³⁰³ Jf. også bl.a. Storeng mfl. 2006 s. 308.

³⁰⁴ Arnholm 1964 s. 58.

³⁰⁵ Hov 2002a s. 95.

Ettersom de fleste av de tenkelige omstendigheter som kan utgjøre ”særlige grunner”, er gjennomgått foran, i ugyldighetskapitlet, og det stort sett er de samme vurderingsmomenter som må legges til grunn, skal jeg her nøye meg med å vise til noen typetilfeller fra rettspraksis.

Subjektive trekk hos arbeidstaker ble i RG 2002 s. 1522 (Eidsivating) ansett som ”særlige grunner” som medførte at oppsigelsen rettsgyldig var tilbakekalt etter re integra-regelen.

Arbeidstaker (A) var ansatt som kafémedarbeider i B. B var ikke fornøyd med hennes arbeidsinnsats, og A mottok derfor ”en siste advarsel før oppsigelse” den 16. november 2000. A var gravid på denne tiden, men spontanaborterte i desember s.å. A ble på nytt gravid og var redd for at hun igjen skulle abortere. Hun fortalte dette til daglig leder, C, og ble deretter sykemeldt fram til 17. februar 2001. Deretter hadde hun én ukes ferie. Da hun kom tilbake den 27. februar, ble A innkalt til et møte med C, som endte med at A skrev under på en egenoppsigelse. Hun angret seg imidlertid, tok kontakt med advokat, og sendte et tilbakekall til B den 2. mars. Tilbakekallet kom frem den 5. mars. B godtok ikke tilbakekallet.

Lagmannsretten fant det ikke godtgjort at B hadde tilstrekkelig grunn til å si opp A. Videre fant retten at det forelå slike ”særlige grunner” at arbeidsgiveren burde godtatt et tilbakekall. B satte A i en vanskelig situasjon da hun ble innkalt til et møte hun ikke på forhånd visste om:

”Hun var *ikke forberedt på problemstillingen på forhånd*, og det er rimelig å anta at *hun ikke der og da fullt ut innså hva hun gjorde*. I en slik situasjon bør arbeidsgiveren som den sterkere part ikke uten videre ta imot en oppsigelse. Lagmannsretten viser også til at C i alle fall *visste at hun hadde vært gjennom en abort* i begynnelsen av desember 2000, og at hun så sent som 8. februar 2001 hadde meldt fra til arbeidsgiveren at hun på ny fryktet abort. C har forklart at han trodde at hun på ny hadde abortert. I en slik situasjon pliktet arbeidsgiveren å ta et særlig hensyn til arbeidstakeren når det tas opp kritikk av arbeidsprestasjonen” (mine uth.).

Tilbakekallet kom etter fem dager, og arbeidsgiveren hadde ikke innrettet seg etter oppsigelsen. Oppsigelsen var derfor rettmessig tilbakekalt, og arbeidsforholdet bestod fortsatt. A ble tilkjent 71 000 kroner i erstatning for lønn og feriepenger i den perioden hun urettmessig var utestengt fra arbeidsplassen. Det må bemerkes at retten *ikke* fant at vilkårene for å kjenne oppsigelsen ugyldig etter avtl. § 36 forelå.

I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007³⁰⁶ ble oppsigelsen ansett gyldig tilbakekalt. Flertallet kom til at det forelå særlige

³⁰⁶ LH-2006-128613.

grunner, idet arbeidsgiver unnlot å oppklare situasjonen med arbeidstaker etter oppsigelsen og senere ga uttrykk for at arbeidsforholdet likevel skulle fortsette, samt at oppsigelsen ”fremsto som uoverveid, plutselig og situasjonsutløst” fra arbeidstakers side. Det var således tale om en kombinasjon av forhold ved oppsigelsens avgivelse og arbeidsgivers opptreden.

Under ugyldighets- og reklassifiseringstilfellene så vi at det er en forutsetning at arbeidsgiver ikke lovlig kunne ha brakt arbeidsforholdet til opphør, for at arbeidstaker skal kunne høres med at oppsigelsen ikke er bindende for ham. Denne forutsetningen synes også å måtte tas i betraktning i vurderingen av hvorvidt det foreligger ”særlige grunner”.

I RG 2000 s. 1631 kom flertallet til at det forelå avskjedsgrunn fra arbeidsgivers side, og oppsigelsen kunne av den grunn ikke rettmessig tilbakekalles. Det ble vist til at forutsetningene for oppsigelsesavtalen ikke var uriktige (nettopp fordi det forelå avskjedsgrunn), og at arbeidstakers stillingsvern derfor ikke kunne begrunne en slik rett. Mindretallet fant det imidlertid ikke bevist at det forelå avskjedsgrunn. De fant det godtgjort

”at oppsigelsen ikke ville funnet sted om ikke A følte seg presset på grunn av trusselen om avskjed, og legger til grunn at det *foreligger ”særlige grunner” til å tillate tilbakekall dersom oppsigelsen er basert på en trussel om avskjed det materielt sett ikke er grunnlag for*” (min uth.).

Etter mindretallets syn forelå det press fra arbeidsgiver, arbeidstaker fikk for kort tid til å områ seg og hadde ikke anledning til å benytte tillitsvalgtapparatet ettersom han selv var tillitsvalgt.

Her ser vi at det i vurderingen av hvorvidt ”særlige grunner” foreligger, kan ha avgjørende betydning om arbeidsgiver lovlig kunne brakt forholdet til opphør. Dersom arbeidstaker gis valget å si opp selv idet det foreligger oppsigelses- eller avskjedsgrunn, vil ikke arbeidstaker kunne tilbakekalle oppsigelsen med bindende virkning.

At kravet til ”særlige grunner” er avgjørende, kom tydelig fram i NAD 1988 s. 1365. Arbeidstaker tilbakekalte oppsigelsen dagen etter at den ble avgitt, men tilbakekallet var ikke virksomt ettersom det ikke forelå særlige grunner for det. Arbeidstaker hadde tatt seg inn på bedriftens datasystemer som han ikke hadde tilgang til, og arbeidsgiver anså derved arbeidstaker som en sikkerhetsrisiko. Det ble innkalt til et møte hvor arbeidstaker fikk valget mellom å bli avskjediget eller å si opp selv. Han valgte det siste. Dagen etter tok han kontakt

med bedriften og trakk oppsigelsen tilbake. Retten fant at møtet ikke ”representerte en overrumpling”, da han var klar over at det var oppstått konflikt. Det at arbeidsgiver antydte at det ville være lurere av han å si opp selv i stedet for å bli avskjediget, representerte etter rettens syn ikke noe urimelig press eller trussel.

12.3 Innrettelse

Det er et absolutt vilkår at arbeidsgiver ikke har innrettet seg etter oppsigelsen, for at tilbakekallet kan få virkning. Det er ikke nok at arbeidsgiver psykologisk sett har innrettet seg; det må forligge konkrete innrettelseshandlinger.³⁰⁷ Forarbeidene til avtaleloven angir at:

”[s]om en veiledende regel kan det oppstilles, at den anden part har indrettet sig efter erklæringen, hvis han har foretaget noget som ikke uten skade eller uleilighet kan omgjøres, eller hvis han har undlatt noget som han ellers vilde gjort” (Ot.prp. nr. 63 (1917) s. 97).

Dersom arbeidsgiver har ansatt en ny arbeidstaker, vil tilbakekallsretten antagelig være avskåret.³⁰⁸ Dette var tilfelle i Borgarting lagmannsretts dom 8. juni 2004.³⁰⁹ Det var ”presserende arbeidsoppgaver som måtte utføres” på grunn av arbeidstakers fratreden, og arbeidsgiver måtte derfor finne ny arbeidstaker umiddelbart. Allerede dagen etter oppsigelsen ble det ansatt en ny person, og tilbakekallsretten var derved avskåret.

Videre kan det spørres om arbeidsgiver har innrettet seg dersom det er blitt foretatt endelig lønnsoppgjør til arbeidstaker, blitt utbetalt sluttpakke, eller lignende. Denne typen innrettelser kan man vel imidlertid si at arbeidsgiver kan omgjøre uten noen særlig skade eller uleilighet.

12.4 Tidsperspektivet

Vilkåret om at det ikke har gått for lang tid fra oppsigelsen gis til tilbakekallet skjer, er forholdsvis strengt.³¹⁰ Kravet synes å være at til-

³⁰⁷ Hov 2002a s. 95.

³⁰⁸ Jf. bl.a. Storeng mfl. 2006 s. 308.

³⁰⁹ LB-2004-10508.

³¹⁰ Storeng mfl. 2006 s. 308.

bakekallet må komme så snart arbeidstaker har innsett konsekvensene av sin egen oppsigelse.³¹¹ Høyesterett har godtatt tilbakekall som har kommet etter én uke, jf. Rt. 1983 s. 281. Saken gjaldt riktignok ikke tilbakekall av en *oppsigelse*, men resultatet er likevel retningsgivende for tidsvilkåret i re integra-prinsippet. Storeng mfl. hevder også at ”tilbakekall som kommer mer enn en uke etter at oppsigelsen er gitt vil kun unntaksvis være gyldig”.³¹²

Et spørsmål som oppstår i denne forbindelse, er på hvilket tidspunkt tilbakekallet skal anses for å være gitt. Er det når arbeidstaker postlegger sin meddelelse, eller er det når arbeidsgiver mottar eller får kunnskap om tilbakekallet? Stang hevdet at tilbakekallet skal anses å være avgitt idet det *kommer frem* til adressaten, likt det som gjelder for påbud.³¹³ En slik betraktningssmåte vil innebære at oppsigelsen er tilbakekalt idet arbeidsgiver mottar tilbakekallet i posten; det er ikke et krav om at arbeidsgiver får faktisk kunnskap. I RG 2002 s. 1522 kom arbeidstakers tilbakekall frem til arbeidsgiver *seks* dager etter oppsigelsen ble avgitt. Dette anså retten som kort nok tid. I RG 2000 s. 1631 fant retten at det ikke forelå særlige grunner, men anså likevel at tilbakekallet var skjedd etter kort tid. Her gikk det *tre* dager fra oppsigelsen ble gitt til tilbakekallet kom frem til arbeidsgiver. I Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007³¹⁴ ble et litt lengre tidsintervall godtatt; det gikk *åtte* dager fra oppsigelsen til arbeidsgiver mottok brevet. Riktignok hadde arbeidstaker skrevet og sendt tilbakekallet etter bare to dager, men postgangen gikk tregt, og det er mulig retten tok hensyn til dette.

13 Forholdet mellom grunnlagene og oppsummerende betraktninger

Vi har nå sett på tre ulike grunnlag som hver for seg kan føre frem dersom arbeidstaker ikke ønsker å være bundet av sin egen oppsigelse. Det eksisterer to ulike *avtalerettslige* grunnlag med avtale-

³¹¹ Storeng mfl. 2006 s. 308.

³¹² Storeng mfl. 2006 s. 308.

³¹³ Stang 1935 s. 288.

³¹⁴ LH-2006-128613.

lovens *ugyldighetsregler* i avtl. § 33 og § 36, og med den ulovfestede *tilbakekallsregelen* re integra. Dessuten kan et ”*realitets*”*grunnlag* etter reklassifiseringssynspunkter være aktuelt.

Når det gjelder *reklassifiseringstilfellene*, ser vi at den typen saker ofte har store likhetstrekk med saker som gjelder ugyldighet eller tilbakekall. Muligens er det en smakssak hvordan domstolene velger å avgjøre sakene. Gjennomgående gjelder imidlertid at arbeidsgiver faktisk må ha handlet på en slik måte at opphøret av arbeidsforholdet skyldes denne, slik at man må anta at arbeidstaker ikke ville ha disponert dersom dette ikke skyldtes forhold på arbeidsgiversiden. Det må for eksempel trekkes en grense mot tilfeller hvor arbeidstaker sier opp, men senere tilbakekaller oppsigelsen, hvorpå arbeidsgiver urettmessig nekter å ta arbeidstaker tilbake. En nektelse av å ta arbeidstaker tilbake i stilling, selv om hans egen oppsigelse ikke var bindende for ham, innebærer ikke en oppsigelse fra arbeidsgivers side, men heller en utestenging, jf. RG 2002 s. 1522 (Eidsivating).

Ofte ser vi at det i de tilfellene hvor retten kjenner oppsigelsen ugyldig etter § 36, foreligger en *de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver, jf. blant annet RG 2003 s. 283 (Borgarting). Retten velger med andre ord å kjenne oppsigelsen ugyldig i stedet for å ”belaste” arbeidsgiver med å skulle anses å ha gitt en urettmessig oppsigelse. En nyere tendens er muligens at avtl. § 36 har tatt over for den betraktningmåten som ligger i reklassifisering. Det viser seg i at i de nyeste dommene på området anvendes avtaleloven, mens sakene som avgjøres etter reklassifiseringssynspunkter, stort sett er fra tidlig nittital. Men dette kan selvfølgelig skyldes tilfeldigheter.

Når det gjelder *re integra-prinsippet*, er anvendelsesområdet ofte sammenfallende med avtl. § 36. Det at tilbakekall re integra krever at konkrete vilkår er oppfylt, medfører likevel en viss forskjell. I RG 2002 s. 1522 (Eidsivating) ble oppsigelsen ansett tilbakekalt etter dette prinsippet, *uten* at vilkårene for ugyldighet etter avtl. § 36 forelå. Retten fant det ikke urimelig at oppsigelsen ble gjort gjeldende, men kom til at det forelå særlige grunner som tilsa at arbeidsgiver burde godtatt arbeidstakers tilbakekall. Tilsvarende ser vi også at en oppsigelse kan kjennes ugyldig etter § 36 dersom de konkrete vilkår etter re integra-prinsippet ikke er oppfylt. I RG 2003 s. 283 (Borgarting) ble en oppsigelse kjent ugyldig etter avtl. § 36, der det hadde

gått over *fire måneder* fra oppsigelsen ble gitt og til arbeidstaker anførte at oppsigelsen var ugyldig. Retten påpekte at dette var lang tid, men at oppsigelsen likevel måtte kjennes ugyldig på grunn av forhold rundt oppsigelsens avgivelse. Gjennomgående gjelder nok likevel at dersom oppsigelsen først kan tilsidesettes, fører ofte begge grunnlag frem, idet vurderingsmomentene stort sett er sammenfallende, jf. for eksempel Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007.³¹⁵

Dersom man sammenfatningsvis skal si noe om forholdet mellom grunnlagene, taler mye for at avtl. § 36 i stor grad overlapper de andre grunnlagene, og vil være det sikreste grunnlag for å få kjent arbeidstakers oppsigelse ugyldig. En annet forhold er at domstolene ofte velger å løse tvisten etter de mer håndfaste og konkrete vurderingsnormer som ligger i avtl. § 33 eller re integra-prinsippet, dersom det er grunnlag for dette.

For å oppsummere avslutningsvis, kan særlig følgende momenter vektlegges i vurderingen av om arbeidstaker er bundet av sin egen oppsigelse, uavhengig av rettslig grunnlag:

1. Arbeidsgivers lovlige adgang til å bringe ansettelsesforholdet til opphør.
2. Om arbeidstaker blir gitt tid til å tenke på saken, herunder mulighet for rådføring med juridisk rådgiver og familie.
3. Forhold ved oppsigelsens avgivelse, f.eks. affektbetont ordveksling, krangel, etc.
4. Arbeidstakers vilje.
5. Arbeidsgivers innrettelse.
6. Hvor lang tid det har gått fra egenoppsigelsen avgis til den senere trekkes tilbake.
7. Arbeidstakers subjektive forhold, herunder alder og erfaring fra arbeidslivet.
8. Arbeidstakers ”sinnstilstand”, herunder rus, depresjon og annen sinnslidelse eller sykdom.

³¹⁵ LH-2006-128613.

14 Sluttkommentar og bemerkninger de lege ferenda

Formålet med fremstillingen har vært å se på enkelte spesielle spørsmål som gjelder forholdet mellom avtaleretten og arbeidsretten, og i hovedsak å drøfte *om* og eventuelt *når* avtalerettslige regler kommer til anvendelse på en arbeidsavtale ved inngåelse og opphør av avtalen, og hvordan dette forholder seg til arbeidsmiljølovens regler. I kapittel 3 – 9 var problemstillingen hvorvidt avtaleretten *i det hele tatt* har anvendelse på og gjennomslagskraft overfor arbeidsavtaler. I kapittel 10 – 12 har det dreiet seg mer om den materielle rettslige vurderingen av anvendelsen av avtaleretten på arbeidstakers oppsigelser.

Det kan virke påfallende at det er såpass stor tvil om hvorvidt avtaleretten *i det hele tatt* får anvendelse ved spørsmål om opphør i forbindelse med avtaleinngåelsen, mens rettstilstanden synes å være klar for det tilfelle at arbeidstaker ønsker å trekke oppsigelsen tilbake på grunnlag av avtalerettslig ugyldighet. Grunnen kan være – som nevnt i kapittel 10 – at avtalerettens regler er de *eneste* som regulerer gyldigheten av arbeidstakers oppsigelse, mens en arbeidsavtale som sådan i utgangspunktet kan tenkes terminert etter *to ulike* regelsett.

Videre kan det nok hevdes at rettstilstanden går langt i å beskytte arbeidstaker som den svakere part. Begrunnelsen for at arbeidsgiver ikke skal kunne terminere avtaleforholdet med grunnlag i avtaleretten, er arbeidstakers behov for og krav på et sterkt oppsigelsesvern. Den samme begrunnelsen synes å være avgjørende for de tilfeller der det er spørsmål om at arbeidstaker skal kunne trekke sin oppsigelse tilbake. Det er altså det regelsett som gir arbeidstaker sterkest beskyttelse, som til enhver tid gis anvendelse. Dette kan sies å ha sitt sidestykke i lovgivers grunnleggende intensjon om et inkluderende arbeidsliv; ”det er viktig å arbeide for at terskelen inn i arbeidslivet blir lavere – mens terskelen for å falle ut blir høyere”.³¹⁶

Det må videre ses i sammenheng med den særegne kontraktstype arbeidsavtalen faktisk er. Blant annet må ”anvendelsen av den alminnelige kontraktsrett ... skje under særlig hensyntagen til de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold”.³¹⁷ Jakhelln har dessuten antydnet at det alminnelige saklighetskrav han mener at gjelder i

³¹⁶ NOU 2004: 5 s. 103.

³¹⁷ Jakhelln 2006 s. 228.

arbeidsretten, må iakttas i rimelighetsvurderinger etter avtaleretten.³¹⁸ Rettspraksis viser også klart at i vurderingen av om en arbeidsavtale kan kjennes ugyldig etter avtaleretten, vil den materielle vurderingen influeres av de hensyn som gjelder i arbeidsretten. Hvor langt f.eks. arbeidssøkers opplysningsplikt strekker seg, må nødvendigvis vurderes under hensyn til den saklighetsnorm for opphør av arbeidsforhold som følger av arbeidsmiljøloven. Videre vil f.eks. urimelighetsnormen etter avtl. § 36 holdes opp mot de legislative betraktninger arbeidsmiljøloven bygger på. Motsatt ser vi imidlertid også at i anvendelsen av arbeidsmiljølovens regler om opphør, vil slike forhold som isolert begrunner ugyldighet, kunne tas i betraktning og påvirke saklighetsvurderingen, jf. Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 48). Samspillet mellom avtaleretten og arbeidsmiljøloven er således tydelig i flere henseender.

De lege ferenda kan det spørres om dette samspillet mellom regelsettene burde komme tydeligere frem. Burde det for eksempel markeres i arbeidsmiljøloven at avtalerettens regler etter omstendighetene vil få anvendelse på en arbeidsavtale? Da vil både arbeidsgivere og arbeidstakere få anvisning på hvilke regler som til enhver tid kan komme til anvendelse – også i de mer uvanlige tilfellene. Den nåværende ordlyd antyder i hele tatt ikke at det fins en annen måte å avslutte et arbeidsforhold på.³¹⁹

Det kan imidlertid godt tenkes at en henvisning til avtaleretten ikke har noe for seg. Avtaleloven er nemlig relativt vanskelig å tilnærme seg for ”vanlige” folk – til dels også for jurister.³²⁰ Det er i teorien antydnet blant annet at det er en markant forskjell mellom lovens tekst og gjeldende rett.³²¹ Selv om lekfolk ofte bør ta kontakt med en jurist for å få klarhet i sin rettsstilling, er det formålstjenlig at folk er i stand til på egen hånd å slå opp i loven og i noen grad kartlegge sin rettsstilling.³²² Det er opplagt at dette hensynet gjør seg sterkt gjeldende når det kommer til arbeidsforhold. Arbeidslivs-

³¹⁸ Jakhelln 2006 s. 57.

³¹⁹ SOU 1993:32 s. 405 ad tilsvarende problemstilling i svensk rett.

³²⁰ Woxholth 2006b s. 461-462.

³²¹ Woxholth 2006a s. 461 med en henvisning til Kurt Grönfors.

³²² Woxholth 2006b s. 462.

lovutvalget uttalte i forbindelse med revisjonen av arbeidsmiljøloven i 2005 at ”lovtekstene ... [skal] i første rekke søkes formulert og strukturert slik at den ’alminnelige’ arbeidsgiver og arbeidstaker skal kunne gjøre seg kjent med og forstå de viktigste rettigheter og plikter som gjelder i arbeidsforholdet”.³²³ Særlig når det kommer til arbeidstakers egenoppsigelse, ser vi av rettspraksis at det foreligger mye uvitenhet, både fra arbeidstakers og fra arbeidsgivers side. En arbeidstaker vet som oftest ikke at han må *tilbakekalle* oppsigelsen sin dersom han senere angrer, men får vite dette først når han tar kontakt med rådgiver. Man kan spørre om en klargjøring av disse spørsmål i loven hadde forenklet tilgjengeligheten av rettstilstanden for partene i arbeidslivet.

I Sverige ble det i en utredning om revisjon av anstillnings-skyddslagen i 1993 foreslått blant annet å ta reguleringer av slike spørsmål inn i LAS.³²⁴ Det ble for det første fremmet et forslag til regulering av situasjonen som ovenfor er benevnt ”reklassifisering”:

”Om en arbetsgivare, under omständigheter som får anses strida mot god sed på arbetsmarknaden eller annars genom ett otillbörligt handlande, har förmått arbetstagaren att säga upp sig själv eller att träffa en överenskommelse om att anställningen skall upphöra, anses det som om arbetsgivaren har sagt upp arbetstagaren” (SOU 1993:32 s. 18 (forslag til nytt § 10 første ledd andre punktum.)).

Videre forelå det et forslag til lovtekst som henviser til avtaleretten for tilfeller av opprinnelig ugyldig arbeidsavtale:

”Frågan hurvida ett anställningsavtal är ogiltigt på grund av omständigheter som hänför sig till avtalets tillkomst skall bedömas enligt lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område samt andra allmänna avtalsrättsliga regler. Den som med stöd av dessa regler vill göra gällande att avtalet är ogiltigt på grund av sådana omständigheter, skall varsla motparten om detta inom sex månader från det att arbetet började utföras. Om motparten inte har varslats inom föreskriven tid, kan ogiltigheten inte längre göras gällande. I 50 § finns regler om vad den som har utfört arbetet skall göra om han vill få en domstolsförklaring som innebär att det finns ett anställningsavtal.” (SOU 1993:32 s. 20 (§ 15)).

³²³ NOU 2004:5 s. 118.

³²⁴ SOU 1993:32.

Forslaget innebar en direkte henvisning til avtaleretten, og lovgiver tilkjennega derved klart at avtaleretten kommer til anvendelse på arbeidsavtaler. Samtidig ville anstillningsskyddslagets *prosessregler* gis anvendelse i slike tilfeller, jf. henvisningen til § 50.³²⁵ I utgangspunktet kan dette minne om den rettstilstand Høyesterett skisserte i Rt. 2004 s. 76 om situasjonen etter tiltredelse: Opphør av arbeidsavtalen må vurderes etter arbeidsmiljølovens regler, herunder prosess- og saksbehandlingsregler, samtidig som avtalerettens ugyldighetsgrunner kan tas i betraktning i den materielle vurdering.

Til sist skal nevnes forslaget som angikk forholdet mellom partene *før* tiltredelse:

”Innan arbetstagaren har börjat utföra arbete i anställningen kan såväl arbetsgivaren som arbetstagaren häva anställningsavtalet med omedelbar verkan, om avtalade villkor inte har blivit uppfyllda eller om det annars finns tung vägande skäl för att häva anställningsavtalet” (SOU 1993:32 s. 20 (§ 16)).

Her synes det ikke som at prosessreglene i LAS skulle tas i betraktning.

Disse lovendringsforslagene førte imidlertid ikke frem. De ble ikke ført videre i proposisjonen; det fremgår heller ikke av proposisjonen hvorfor dette ikke ble gjort.³²⁶ Spørsmålene er derved fortsatt uregulert i LAS. I svensk juridisk litteratur har det imidlertid vært pekt på at forslagene ble utsatt for en omfattende kritikk fra arbeidstakerorganisasjonene allerede før utredningen ble lagt frem.³²⁷ Junesjö fremhever bl.a. at en regulering hvor avtalerettens anvendelse blir lovfestet i LAS, ville undergrave arbeidstakers stillingsvern. Loven ville gå fra å være en sosial vernelov til å bli en mer kjøpsrettslignende lov hvor arbeidsgiver og arbeidstaker betraktes

³²⁵ § 50 angir at arbeidstaker i slike tilfeller kan begjære rett til å stå i stilling mens saken verserer, jf. § 42 annet ledd, kan kreve lønn i den tid han står i stilling, jf. § 44, arbeidsgiver kan ikke utestenge arbeidstaker, jf. § 45 og arbeidstaker kan kreve erstatning etter lovens regler, jf. § 47. (SOU 1993:32 s. 29–32).

³²⁶ Prop. 1993/94:67.

³²⁷ Glavå 2001 s. 34.

som like parter.³²⁸ Junesjö synes å være av den oppfatning at avtalerettslig ugyldighet ikke hører hjemme i arbeidsretten som sådan, og hans synspunkt avviker således fra det som synes å være gjeldende rett i Sverige, jf. punkt 5.2. Hans kritikk av SOUen er utvilsomt influert av dette synet. Hvorvidt lovendringen ville ført til en endring av rettstilstanden – med den følge at avtaleretten fikk en mer fremtredende plass i arbeidsretten – er ikke godt å si. Det som imidlertid er sannsynlig, er at domstolene ville gjort mer bruk av avtalerettens regler enn det som nå er tilfelle, hvis reglene først ble påberopt, ettersom avtalerettens anvendelsesområde da ville vært nedfelt i anstillingskyddslagen.

For en lignende lovregulering i norsk rett taler hensynet til forutberegnelighet, tydeliggjøring og forenkling. Rettsstillingen for så vel arbeidstaker som arbeidsgiver ville blitt mer tilgjengelig dersom arbeidsmiljøloven hadde en tilnærmet uttømmende regulering av reglene rundt en arbeidsavtales inngåelse og opphør. Samtidig skal det vanskelig gjøres for lovgiver å faktisk få til en uttømmende regulering. I så henseende ville en lovregulering kanskje vært egnet til å forvanske mer enn å forenkle. Det som imidlertid under enhver omstendighet er ønskelig, er at lovgiver utreder og uttaler seg om disse spørsmål ved neste korsvei.

Referanser

Litteratur

- | | |
|---------------------------|--|
| Arnholm, Carl Jacob 1964 | <i>Privatrett II: Avtaler</i> , Oslo |
| Backer, Inge Lorange 1981 | ”Hvordan bør lover utformes?”, <i>Lov og Rett</i> 1981 s. 209 |
| Dege, Jan Tormod 1997 | <i>Arbeidsgivers styringsrett, Bind II, Oppsigelse og avskjed – Den alminnelige del</i> , Oslo |

³²⁸ Junesjö 1993, punkt 7.1 og 7.5.

- Dege, Jan Tormod 2003 *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*, Oslo
- Eckhoff, Torstein, og Jan E. Helgesen 2001 *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo
- Eldøy, Ragnar 2004 ”Ugyldige ansettelsesavtaler og arbeidsmiljølovens opphørsregler”, *Arbeidsrett* 2004 s. 273
- Evju, Stein 2003 ”Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv”, *Arbeidsrett og arbeidsliv* Bind 1 s. 3-32 (2003)
- Evju, Stein 2004 ”Avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvern – Høyesteretts dom 21. januar 2004 (NH-2004-0119-A)”, *Nytt i privatretten* 2004, nr. 2 s. 14-15
- Falkanger, Thor 2009 ”Naturaloppfyllelse av arbeidsplikt”. I: *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70årsdag* (H. Aune m.fl. (red.)), Oslo 2009, s. 211
- Fanebust, Arne 2001 *Oppsigelse i arbeidsforhold*, Oslo
- Fanebust, Arne 2002 *Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del*, 2. utgave, Oslo
- Fleischer, Carl August 1995 *Rettskilder*
- Fliflet, Arne 2004 ”Tjenstlig tilrettevisning og pålegg om å si unnskyld”, *Juristkontakt* 2004, nr. 4 s. 32-35.
- Friberg, Odd 1995 *Arbeidsmiljøloven – med kommentarer*, 6. utgave, Oslo
- Fougner, Jan 1999 *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*, Oslo
- Fougner, Jan, Lars Holo og Odd Friberg 2003 *Arbeidsmiljøloven. Kommentارutgave*, 8. utgave, Oslo 2003
- Fougner, Jan og Lars Holo 2006 *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave*, Oslo
- Gisle, Jon, mfl. 2010 *Jusleksikon*, 4. utgave. Oslo
- Gjone og Aagaard 2002 Gjone, Tor og Erik C. Aagaard, *Bedriftens personalhåndbok*, 6. utgave
- Glavå, Mats 2001 *Arbetsrätt*, Lund
- Hagstrøm, Viggo 2003 *Obligasjonsrett*, Oslo

- Hasselbalch, Ole 2002 *Arbejdsretten 2. bind: Ansettelsesretten*, 3. udgave, København
- Hov, Jo 2002a *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*, 3. utgave, Oslo
- Hov, Jo 2002b *Avtalebrudd og ugyldighet. Kontraktsrett II*, 2. utgave, Oslo
- Iseskog, Tommy 1987 *Ogiltiga anställningsavtal*, Stockholm
- Jakhelln, Henning 2006 *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo
- Junesjö, Kurt 1993 *Otrygghet i anställningen. En granskning av Arbetsrättskommitténs delbetänkande "Ny anställningsskyddslag" SOU 1993:32*, [www.kurt.nu].
- Källström, Kent, og Jonas Malmberg 2006 *Anställningsförhållandet – Inledning till den individuella arbetsrätten*, Uppsala
- Lunning, Lars og Gudmund Toijer 2006 *Anställningsskydd – Kommentar till anställningsskyddslagen*, Stockholm
- Mo, Einar 1999 "Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettslig synsvinkel", *Lov og Rett* 1999 s. 131.
- Nazarian, Henriette 2007a "Opplysningssvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping", *Jussens Venner* 2007 s. 201-220.
- Nazarian, Henriette 2007b *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo
- Schmidt, Folke 1959 *Tjänsteavtalet*, Stockholm
- Schmidt, Folke 1994 *Löntagarrätt*, Stockholm
- Schilling, Linn Marie 2005 *Arbeidstillatelsens bortfall – betydningen for arbeidsforholdet*, Spesialoppgave ved Det juridiske fakultet, UiO, 2005 [finnes elektronisk på DUO]
- Skoghøy, Jens Edvind A. 2002 "Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse", i: *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard* (G. Holgersen, K. Krüger, K. Lilleholt (red.)), Bergen, s. 323 flg.
- Stang, Fredrik 1935 *Innledning til formueretten*, 3. utgave, Oslo

- Storeng, Nils H, Tom H. Beck og Arve Due Lund 2006 *Arbeidslivets spilleregler*, Oslo
- Sundet, Tron 2004 ”Arbeidslivets spilleregler – bind I-III” [anmeldelse], *Arbeidsrett* 2004 s. 147 flg.
- Ulseth, Terese Smith 2006 ”Daglig leders stillingsvern. Samspill og kollisjon mellom selskapsrett og arbeidsrett”, *Arbeidsrett* 2006 s. 186
- Woxholth, Geir 2006a *Avtalerett*, 6. utgave, Oslo
- Woxholth, Geir 2006b ”Avtaleloven må revideres!”, *Lov og Rett* 2006 s. 461
- Aagaard, Erik C. og Nina Melsom 2006 *Bedriftens personalhåndbok*, 7. utgave, Oslo

Lovforarbeider, offentlige dokumenter

- Ot.prp. nr. 63 (1917) Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.
- Ot.prp. nr. 41 (1975–76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.
- Ot.prp. nr. 5 (1982–83) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel).
- Ot.prp.nr.54 (1986–1987) Om lov om ferie.
- Ot.prp. nr 50 (1993–94) Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
- NOU 1979: 32 Formuesrettslig lempningsregel.
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
- Svenske lovforarbeider:
- Prop. 1973:129 Förslag till lag om anställningsskydd mm.

Prop. 1981/82:71	Om ny anställningsskyddslag mm.
Prop. 1933/94:67	Om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.
Ds A 1981:6	Anställningsskydd.
SOU 1993:32	Ny anställningsskyddslag.

Rettspraksis

Norsk Retstidende

Rt. 1922 s. 663.	Rt. 1991 s. 1203 (Høyesteretts kjæremålsutvalg).
Rt. 1934 s. 613.	Rt. 1995 s. 555.
Rt. 1983 s. 281.	Rt. 1997 s. 1506.
Rt. 1983 s. 1481.	Rt. 1998 s. 887 (Høyesteretts kjæremålsutvalg).
Rt. 1988 s. 766 (Høyesteretts kjæremålsutvalg).	Rt. 2003 s. 134.
Rt. 1989 s. 1266 (Høyesteretts kjæremålsutvalg).	Rt. 2004 s. 76.
Rt. 1989 s. 1270 (Høyesteretts kjæremålsutvalg).	Rt. 2004 s. 1588.
Rt. 1990 s. 500.	Rt. 2006 s. 420.
Rt. 1990 s. 607.	Rt. 2008 s. 668.

Rettenns Gang

RG 1980 s. 625 Narvik.	RG 2000 s. 1631 Frostating.
RG 1982 s. 27 Oslo.	RG 2002 s. 1522 Eidsivating.
RG 1990 s. 1210 Eidsivating.	RG 2003 s. 268 Eidsivating.
RG 1995 s. 980 Oslo.	RG 2003 s. 283 Borgarting.
RG 1996 s. 798 Hålogaland.	RG 2004 s. 1069 Oslo.
RG 2000 s. 469 Borgarting.	

Norsk Arbeidsrettslig Domssamling

NAD 1981 s. 159 Sarpsborg.	NAD 1981 s. 245 Hålogaland.
----------------------------	-----------------------------

- | | |
|-----------------------------------|--------------------------------|
| NAD 1981 s. 344 Agder. | NAD 1987 s. 260 Agder. |
| NAD 1981 s. 387 Tromsø. | NAD 1987 s. 541 Sør- |
| NAD 1981 s. 484 Kristiansand. | Gudbrandsdal. |
| NAD 1981 s. 508 Ytre Sogn. | NAD 1987 s. 737 Lofoten. |
| NAD 1984 s. 23 Hammerfest. | NAD 1987 s. 908 Stavanger. |
| NAD 1984 s. 152 Tana og Varanger. | NAD 1988 s. 402 Oslo. |
| NAD 1984 s. 337 Bergen. | NAD 1988 s. 412 Sør-Hedmark. |
| NAD 1986 s. 729 Ringerike. | NAD 1988 s. 1365 Sunnhordland. |

Arbeidsretten

ARD 1981 s. 410.

Dommer og kjennelser av lokale arbeidsretter

LARD 1977-78 s. 197 (Trondheim).

LARD 1979 s. 286 (Tromsø).

Meddelelser fra arbeidstilsynet

Mfa 1969-70 s. 55 (Gulating lagmannsrett 4. mai 1970).

Avgjørelser publisert på Lovdata

Agder lagmannsrett 8. januar 2004 (LA-2003-17408).

Agder lagmannsrett 6. november 2008 (LA-2008-59417).

Borgarting lagmannsretts dom 29. mai 1997 (LB-1997-938).

Borgarting lagmannsretts dom 5. desember 1997 (LB-1997-897).

Borgarting lagmannsretts dom 19. juni 2000 (LB-1999-2231).

Borgarting lagmannsretts dom 22. januar 2001 (LB-2000-1705).

Borgarting lagmannsretts dom 22. oktober 2001 (LB-2000-3521).

Borgarting lagmannsretts dom 4. november 2002 (LB-2001-780).

Borgarting lagmannsretts dom 25. juni 2003 (LB-2003-442).

Borgarting lagmannsretts dom 8. juni 2004 (LB-2004-10508).

Borgarting lagmannsretts dom 3. mai 2005 (LB-2004-174).

Borgarting lagmannsretts dom 1. juni 2005 (LB-2003-19426).

Eidsivating lagmannsretts dom 6. januar 1992 (LE-1991-217).

Eidsivating lagmannsretts kjennelse 2. oktober 1992 (LE-1992-1874).

Eidsivating lagmannsretts dom 17. januar 1994 (LE-1993-195).

Eidsivating lagmannsretts dom 10. juli 1995 (LE-1995-367).

Eidsivating lagmannsretts dom 23. mars 1999 (LE-1998-508).
Eidsivating lagmannsretts dom 2. januar 2007 (LE-2006-81926).

Frostating lagmannsretts dom 5. november 1997 (LF-1997-284).
Frostating lagmannsretts dom 22. mai 2000 (LF-2000-237).

Gulating lagmannsretts dom 22. mars 1994 (LG-1994-283).
Gulating lagmannsretts dom 13. juli 1994 (LG-1994-638).

Hålogaland lagmannsrett dom 26. november 1999 (LH-1999-894).
Hålogaland lagmannsretts dom 30. april 2003 (LH-2003-77).
Hålogaland lagmannsretts dom 22. januar 2007 (LH-2006-128613).

Upubliserte avgjørelser

Oslo byrett	5. november 1982 (279/82-XVIII-29).
Oslo byrett	22. august 1990 (2057/89-8-64).
Salten herredsrett	18. september 1997.
Asker og Bærum herredsrett	25. september 2000 (99-2595 A).
Asker og Bærum herredsrett	18. januar 2001 (00-1469 A/01).
Oslo tingrett	5. desember 2002 (02-07144 A/48).
Oslo tingrett	13. november 2003 (03-004712TVI_OTIR/04 Att:IMV).
Salten tingrett	5. juli 2006 (06-018191TVI-SALT).

Arbetsdomstolen [Sverige]

AD 1977 nr. 205.
AD 1979 nr. 90.
AD 1979 nr. 143.
AD 1980 nr. 89.
AD 1993 nr. 43.
AD 1993 nr. 137.
AD 2001 nr. 55.
AD 2004 nr. 37.
AD 2005 nr. 64.
AD 2008 nr. 98

Andre utenlandske dommer

Sarker v. South Tees Acute Hospitals NHS Trust, [1997] IRLR 328 EAT
[England].
U 1982/1190 Ø [Danmark].

