

Ansettelse og stillingsvern

VS.

avtale- og kontraktsrett

- Forholdet mellom arbeidsmiljølovens regler om ansettelse, stillingsvern, erstatning m.v. og avtaleinngåelse, ugyldighet og hevning -

I LYS AV ET ANSVAR FOR URIKTIG ATTEST

Kandidatnr: 305

Veileder: Henning Jakhelln

Leveringsfrist: 25 april 2003

Til sammen 17997 ord

14.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
2	<u>LOV, TARIFFAVTALTE OG SEDVANEMESSIGE KRAV TIL ATTEST I ARBEIDSFORHOLD</u>	2
2.1	HISTORIKK	3
2.2	FORMÅL	4
2.3	DEN MATERIELLE BESTEMMELSE – ARBEIDSMILJØLOVEN § 68	4
2.3.1	ARBEIDSMILJØLOVENS VIRKEOMRÅDE OG UFRAVIKELIGHET	5
2.3.2	BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE – ”ARBEIDSGIVER” OG ”ARBEIDSTAKER”	5
2.3.3	BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE – ”LOVLIG OPPSIGELSE” ELLER ”AVSKJED”	6
2.3.4	BEMERKNINGER TIL BESTEMMELSENS ANVENDELSESOMRÅDE - ATTEST I LØPENDE ANSETTELSESFORHOLD	10
2.3.5	KRAVENE TIL ATTESTENS INNHOLD - MINIMUMSKRAV	14
2.3.6	KRAV PÅ UTFYLLENDE ATTEST – SEDVANE OG TARIFFAVTALE	14
2.3.7	YTRE RAMMER – VEILEDNING I AML. § 55 A OG PERSONVERN HENSYN	16
2.3.8	ANNET AVTALT I TARIFFAVTALE	17
2.3.9	REFERANSER GITT I ATTEST	18
2.3.10	ATTEST I STATLIGE -, KOMMUNALE - OG FYLKESKOMMUNALE FORVALTNINGSORGANER.	19
2.4	DEN URIKTIGE ATTEST - VIRKNING	23
2.4.1	KRAV PÅ ATTEST	23
2.4.2	STRAFF	23
2.5	FORFALSKNING AV ATTEST	24
3	<u>ARBEIDSSØKERS BENYTTELSE AV DEN URIKTIGE ATTEST</u>	26
3.1	ARBEIDSSØKERS ANSVAR OVERFOR NY ARBEIDSGIVER	27
3.1.1	ER ARBEIDSAVTALE INNGÅTT? FORHOLDET MELLOM ALMINNELIG AVTALERETT OG ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER OM OPPSIGELSESVERN M.V.	28
3.1.2	ERSTATNING HVIS AVTALE IKKE KOMMER I STAND – CULPA IN CONTRAHENDO	31
3.1.3	AVTALELOVEN §§ 7 OG 39	33

3.1.4	UGYLDIGHET - FORHOLDET MELLOM AVTALERETTSLIG UGYLDIGHET OG ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER OM OPPSIGELSESVERN M.V.	34
3.1.4.1	Virkningen av ugyldighet etter tiltredelse – restitusjon	41
3.1.4.2	Virkning av ugyldighet etter tiltredelse – syke- og dagpenger	44
3.1.5	HEVNING - FORHOLDET MELLOM ALMINNELIG KONTRAKTSRETT OG ARBEIDSMILJØLOVENS REGLER OM OPPSIGELSESVERN M.V.	44
3.1.6	BETYDNINGEN FOR OPPSIGELSE ELLER AVSKJED	46
3.1.7	ERSTATNING ETTER ARBEIDSMILJØLOVEN ELLER ALMINNELIGE KONTRAKTSRETTLIGE PRINSIPPER	47
3.2	ANSVAR OVERFOR NY OPPDRAGSGIVER	49
3.3	NY ARBEIDSGIVERS ANSVAR OVERFOR ARBEIDSSØKER	50
3.3.1	VED INNGÅELSE AV ARBEIDSKONTRAKT - NY ARBEIDSGIVER INNHENTER OPPLYSNINGER I STRID MED ARBEIDSMILJØLOVEN §55 A.	50
3.3.2	DE FACTO OPPSIGELSE M.V. – ET TILBUD OM SLUTTPAKKE MED POSITIV ATTEST	52
4	<u>AVSLUTNING - IMPLIKASJONER FREMMER</u>	53
5	<u>LITTERATURLISTE</u>	54
6	<u>VEDLEGG</u>	A
6.1	VEDLEGG 1: TIL AVSNITT 2.3.5, s 14, 2.3.10, s. 22 OG 2.4.2, s . 24.	A
6.2	VEDLEGG 2: TIL AVSNITT 3.1.1, s. 27	C
6.3	VEDLEGG 3: TIL AVSNITT 3.1.4, s. 35.	D
6.4	VEDLEGG 4: TIL AVSNITT 3.1.4 s. 36	E

1 Innledning

De fleste arbeidstakere vil i løpet av sin yrkeskarriere komme i den situasjon at de må be arbeidsgiver om en attest eller tjenesteuttalelse. Det være seg i en situasjon hvor vedkommende forlater arbeidet på eget initiativ eller må gå etter arbeidsgivers beslutning. Avhandlingen tar sikte på å følge en uriktig attest fra sin tilblivelse og frem til dens hovedoppgave - ved søknad på nytt arbeid. Avhandlingen kan således naturlig deles inn i to hoveddeler.

Første del vil redegjøre for bestemmelser om attest i lov, tariffavtale og sedvane, herunder virkningene av brudd på disse bestemmelsene. En uriktig attest i denne sammenheng vil naturlig være at den er uteblitt, mangelfull eller har et uriktig materielt innhold.

Andre del vil gjøre rede for virkningene av at en arbeidssøker benytter en uriktig attest i en søknadsprosess og ved kontraktsinngåelse. Her vil uriktig attest hovedsakelig bestå i at attesten innholdsmessig er uriktig, i form av både positiv og negativ omtale av arbeidssøkeren, såfremt innholdets riktighet bestrides. Hovedvekten vil naturlig bli lagt på arbeidssøkerens ansvar, som i arbeids- og avtalerettslig forstand vil være en del av opplysnings- og lojalitetsplikten overfor ny arbeidsgiver ved kontraktsinngåelse.¹

Som avhandlingens tittel gir uttrykk for anlegger del to den påstand at jo mer lovgiver eller domstolene tillater av alminnelig avtalerett på arbeidsrettens område, desto mindre blir det igjen av arbeidsmiljølovens bestemmelser om ansettelse og stillingsvern m.v. Betragtningen går ut på at arbeidsretten som bakgrunnsrett på formuesrettens område, i visse tilfelle unødig avspiser de spesielle bestemmelsene på arbeidsrettens område. Arbeidsretten må utfylles av avtale- og kontraktsrettlige regler, men forutsetningen er at utfyllingen gjennomføres i samsvar med de rettsikkerhetsgarantier og hensyn arbeidsmiljøloven er ment å verne. Drøftelsen vil vise om dette utgangspunkt kan forsvares. Uansett reiser interessante problemstillinger seg i grenseflaten mellom fagene avtalerett og arbeidsrett, hvor også enkelte

¹ I det videre vil arbeidstaker bli benyttet også i betydningen arbeidssøker.

problemstillinger knyttet til ansettelse i statlige, kommunale og fylkeskommunale forvaltningsorganer blir berørt.

En sentral problemstilling er derfor arbeidsmiljølovens stilling i forhold til alminnelig avtalerett i tidspunktet før, under og etter kontraktsslutningen. I denne sammenheng er også et interessant og uavklart spørsmål fra hvilket tidspunkt i kontraktforholdet arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern m.v. kommer til anvendelse.² Avhandlingen behandler således situasjonen hvor grunnleggende regler innen arbeidsrett, avtalerett og kontraktsrett utfyller og krysser hverandre.

Avhandlingen vil i begrenset grad se på hvem den til enhver tid ansvarlige for den uriktige attest kan opptre erstatningsbetingende overfor - hvor spørsmålet i så fall er implementert i de ovennevnte drøftelser. Forholdet mellom arbeidsmiljølovens bestemmelser om erstatning og erstatning etter de alminnelige regler står imidlertid sentralt.

2 Lov, tariffavtale og sedvanemessige krav til attest i arbeidsforhold

Arbeidstakers krav på attest og arbeidsgivers plikt til å utforme attest er, som nevnt i enkelte tilfeller, regulert i arbeidsmiljølovgivningen. Reguleringen skal sikre arbeidstakere dokumentasjon på den arbeidsperiode som er gjennomført hos arbeidsgiver, når arbeidstaker fratrer etter lovlig oppsigelse eller avskjed.

Foruten bestemmelser om attest i lov og tariffavtaler, er det i lovgivningen forutsatt at krav på skriftlig attest også kan følge av sedvane.

² Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, side 32 flg. Problemstillingen knytter seg til arbeidsmiljøloven § 3 nr. 1 som, etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, tilsier at arbeidstakeren først nyter arbeidsmiljølovens vern ved tiltredelse.

2.1 Historikk

Før lov om arbeidervern ble utarbeidet i 1956 var bestemmelser om attest spredt rundt i forskjellige lover for vedkommende yrkesgruppe, slik som bl.a. jordbruksarbeiderloven, hushjelploven og lærlingeloven. For å sette press bak arbeidstakers krav på attest ga straffelovens § 412 hjemmel for pådømmelse av bøtStraff for arbeidsgiver som vegrer seg for å gi arbeidstageren "bevidnelse hvorpaa han ifølge Loven har Krav"³ - en bestemmelse som fortsatt er gjeldende.⁴

Enkelte bestemmelser, som i visse tilfeller ga arbeidstakere krav på attest, fantes også i tariffavtaler. Forarbeidene til arbeidervernloven synes å forutsette at arbeidstakere også kunne ha slik rett rent sedvanemessig. Juridisk litteratur synes å forutsette at dette var tilfelle for sjøens arbeidsrett.⁵ Opphavet til arbeidervernloven § 45 kan således sies å være bestemmelser i så vel lov som tariffavtale og sedvane.

Arbeidervernloven § 45 ble stående urørt frem til arbeidsmiljøloven av 1977 trådte i kraft, hvor arbeidsmiljølovens bestemmelse om attest tok over. Denne bestemmelsen bygger på arbeidervernloven § 45, men ble endret noe trolig i forsøk på å være i samsvar med tariffavtalte bestemmelser og sedvane.

Parallelt med arbeidervernloven beholdt enkelte lover sine bestemmelser om attest, men de fleste ble opphevet i forbindelse med at arbeidsmiljøloven ble endret ved lov 6. jan. 1995 nr. 2.⁶ Av de lover som ble opphevet, kan nevnes lov om industrielt hjemmearbeide av 15. februar 1918 nr. 2, lov om arbeidsvilkår for hushjelp (hushjelploven) av 31. mai 1963 nr. 3 § 22 og lov om arbeidstid i bakerier av 18. juni 1965 nr. 8.

Sjømannsloven ble imidlertid ikke endret,⁷ men en bestemmelse om attest utferdiget etter mønster fra arbeidsmiljøloven § 68 ble tilføyd ved lov 31. mai 1985 nr. 37, jfr. § 22 b.⁸ Den nå gjeldende bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 68 kom inn ved

³ Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov i 1896. s. 296 (senere forkortet SKM).

⁴ Avsnitt 2.4.2

⁵ Jakhelln: Arbeidsrettslige studier, Bind II, side 943, note 21 (Sjøens arbeidsrett).

⁶ Forarbeidene til endringene finnes i NOU 1992: 20, Ot.prp. nr. 50 (1993-94), Innst. O. nr. 2 og Besl. O. nr. 6.

⁷ Lov av 30 mai 1975 nr. 18 (sjøml).

⁸ Ot.prp. nr. 26 (1984-85) s. 34.

lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4. februar 1977 nr. 4 og har stått uendret siden.⁹ De gjenværende bestemmelser om attest i lov finnes altså i sjømannsloven og arbeidsmiljøloven.¹⁰

2.2 Formål

Attesten har til hovedformål å være en bevitnelse på at arbeidstakeren har vært ansatt på vedkommende arbeidssted, slik at han kan dokumentere arbeidsforholdet overfor bl.a. nye arbeidsgivere og oppdragsgivere.

2.3 Den materielle bestemmelse – arbeidsmiljøloven § 68

Den videre fremstilling vil konsentreres om arbeidsmiljølovens bestemmelse om attest,¹¹ og kun behandle sjømannslovens bestemmelse i den grad den kan tenkes å fravike arbeidsmiljølovens bestemmelse. Sjømannsloven § 22 B er skåret over samme lest som arbeidsmiljølovens bestemmelse, og formodes derfor i utgangspunktet å ha samme anvendelsesområde. Avhandlingens rammer tillater ikke en grundig gjennomgang av de spesielle, men interessante spørsmål som reiser seg for sjøens arbeidsrett.

⁹ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79.

¹⁰ Opplæringslova av 17 juli 1998 nr. 61 § 4-6 fjerde ledd inneholder imidlertid en spesiell bestemmelse om attest, men vil av plassmessige hensyn ikke bli behandlet.

¹¹ Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av 4 februar 1977 nr. 77. (aml.)

2.3.1 Arbeidsmiljølovens virkeområde og ufravikelighet

En redegjørelse for arbeidsmiljølovens virkeområde og ufravikelighet vil sprengte avhandlingens rammer og det avgrenses derfor i all hovedsak mot dette.¹² Noen utgangspunkter bør likevel nevnes. Arbeidsmiljøloven gjelder i utgangspunktet for ”enhver virksomhet som sysselsetter arbeidstakere”,¹³ jfr. aml. § 2, og loven kan ikke fravikes til skade for arbeidstakere, utenom i de tilfelle dette er særskilt fastsatt, jfr. aml. § 5.¹⁴

2.3.2 Bestemmelsens anvendelsesområde – ”arbeidsgiver” og ”arbeidstaker”

Arbeidsgiveren er ansvarlig for at arbeidsmiljølovens bestemmelser følges og dermed også for at attest utferdiges, jfr. aml. § 14 jfr. § 4. Den alminnelige fullmaktslære og arbeidsgivers styringsrett tilsier imidlertid at ikke arbeidsgiver personlig må utferdige attesten, men det må forutsettes at den signeres av en arbeidsgiverrepresentant som faller inn under arbeidsmiljøloven § 4 annet ledd.¹⁵ Videre er det arbeidstakeren som har krav på sluttattest etter bestemmelsen, jfr. aml. § 68.

Arbeidsmiljøloven definerer arbeidstaker og arbeidsgiver i §§ 3 og 4.¹⁶ En redegjørelse for innholdet av disse begrepene er egnet som en egen avhandling, og vil sprengte rammene for denne avhandlingen. Det kan likevel nevnes at oppdragstakere og selvstendig næringsdrivende faller utenfor det arbeidsrettlige vern. Avgjørelsen av om det foreligger et ansettelses- eller oppdragsforhold (herunder selvstendig næringsdrivende) bygger på en helhetsvurdering, og

¹² Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 18 f. og 101, Ot.prp. nr. 49 (1983-84) s. 26 og 27, Ot.prp. nr. 67 (1984-85) og Ot.prp. nr. 78 (1993-94). Om arbeidsmiljølovens geografiske virkeområdet, se Jakhelln: jfr. note 2, side 511 flg.

¹³ Virksomhetsbegrepet er ikke nærmere definert i aml. Begrepet forekommer i forskjellige betydninger i arbeidsmiljøloven, og dets innhold må derfor avgjøres ut i fra en tolkning av vedkommende bestemmelse det forekommer i.

¹⁴ Ot.prp. nr. 3 (1975-76) s. 102-103.

¹⁵ Larsen: Arbeidsmiljøloven med kommentarer, s. 494.

¹⁶ Jfr. i NOU 1996:6 om arbeidstakers stilling i konsernforhold er det fremmet forslag til ny § 4 tredje ledd.

Rt. 2002 side 996 gir her god veiledning. Saken gjaldt gyldigheten av ligningen for 1992-1993 av en ingeniør som utførte tidsbegrensede oppdrag i prosjekter vedrørende offshore installasjoner. Etter en helhetsvurdering av avtaleforholdet kom Høyesterett til at ingeniøren måtte anses som en arbeidstaker. Ut i fra realiteten i avtaleforholdet kunne han ikke sies å ha utført oppdrag for egen regning og risiko.

I oppdragsforhold innebærer avtalen et løfte om et arbeidsresultat, mens arbeidsavtalene refererer seg til den ansattes arbeidskraft og ikke et produkt,¹⁷ jfr Rt. 1990 s. 903 og Rt. 1994 s. 1064. De vesentlige momenter i helhetsvurderingen er om det foreligger instruksjons- og styringsrett og risikofordelingen, hvem som holder utstyr og driftsmidler og om det er tale om personlig arbeidsplikt.

Enhver arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand har krav på attest etter aml. § 68. Paragrafen skiller ikke mellom innleide,¹⁸ midlertidig tilsatte¹⁹ eller faste arbeidstakere, og hvorvidt arbeidstakeren har krav på attest vil først måtte avgjøres ut i fra en tolkning av vedkommende bestemmelse. En klar begrensning ligger videre i at slike arbeidsforhold - som oftest - ikke opphører ved ”lovlig oppsigelse eller avskjed”, men automatisk ved avtalens utløp, jfr. under.

2.3.3 Bestemmelsens anvendelsesområde – ”lovlig oppsigelse” eller ”avskjed”

Med ”lovlig oppsigelse” sikter bestemmelsen til de tilfeller hvor det er rettmessig av arbeidstaker å fratrukke, både etter egen og arbeidsgivers beslutning; så lenge arbeidsmiljølovens bestemmelser i forbindelse med fratredelse overholdes. Oppsigelsesfristene må følgelig være overholdt.²⁰ Det kan imidlertid ikke kreves at formkravene i arbeidsmiljøloven § 57 er oppfylt, idet arbeidsgiverens oppsigelse er avtalerettslig bindende uavhengig av formkravene. Foreligger det først en oppsigelse fra arbeidsgiverens side, skal den tillegges rettsvirkninger etter sitt innhold, og arbeidstaker

¹⁷ Jakhelln: jfr. note 2, side 27 flg.

¹⁸ Jfr. arbeidsmiljøloven kapittel XI B § 55 K.

¹⁹ Jfr. arbeidsmiljøloven § 58 A og tjml. § 3 nr 2. , Jakhelln: Om tilsigelsesavtaler m.v., Artikkelsamling i arbeidsrett, s 622 flg.

²⁰ Friberg/Fougner/Holo: Arbeidsmiljøloven med kommentarer, 7. utgave (1997), s. 509-510 og Larsen: jfr. note 15.

kan rettmessig fratre i samsvar med disposisjonene,²¹ jfr Rt. 1997 s.1506 og Rt. 1992 s. 1175. Til dette kommer at kravene til oppsigelsens innhold er ment som en rettsikkerhetsgaranti for arbeidstaker, og bør således ikke anvendes til arbeidstakerens ugunst.

For arbeidstakeren anses skriftlighetskravet uansett kun som en ordensregel.²² Arbeidstaker vil derimot ikke ha krav på attest etter første ledd hvis han fratrer uten varsel eller bare uteblir fra arbeidet, men har muligens et krav i behold etter bestemmelsens tredje ledd, se under.

Arbeidsgivers plikt til å utferdige skriftlig sluttattest inntreer direkte ved fratredelse etter lovlig oppsigelse. Arbeidstakeren skal få attesten utlevert senest siste arbeidsdag - før arbeidsforholdet er opphørt. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er for sent å levere attesten etter fratredelsen, idet attesten skal leveres ”arbeidstaker som fratrer”. Hvis attesten ikke leveres personlig, må det være tilstrekkelig at den er mottatt samme dag som fratredelsen. I juridisk teori anføres at klare praktiske hensyn tilsier at attesten bør utleveres en tid før fratredelse.²³ Arbeidstaker kan således komme med innsigelser mot attestens innhold, hvor arbeidsgiver eventuelt kan rette attesten i samsvar med innsigelsene. Etter fratreden kan slik gjennomføring medføre ulemper for arbeidstakeren.

Paragrafens tredje ledd fastsetter at også den som er blitt avskjediget har krav på attest. Arbeidsgiver har i slike tilfelle ikke noen direkte plikt til å utferdige attest, slik som ved oppsigelse, men arbeidstaker må selv be om det. Attestens innhold forutsettes å måtte være i overensstemmelse med reglene i paragrafens første og annet ledd, men arbeidsgiver har rett til å anføre på attesten at vedkommende er avskjediget. Arbeidsgiver kan imidlertid ikke anføre på attesten selve grunnlaget for avskjedigelsen, jfr. aml. § 68 tredje ledd.

I juridisk teori er det hevdet at arbeidsgivers rett til å anføre på attesten at arbeidstaker er avskjediget, er lite ønskelig og heller ikke nødvendig.²⁴ Anførselen begrunnes bl.a. med å henwise til arbeidstakers opplysningsplikt overfor nye

²¹ Mo: Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettslig synsvinkel, Lov og rett 1999, side 131 og Jakhelln: Artikkelsamling i arbeidsrett, side 563.

²² Arbeidsmiljøloven § 57 nr. 1. må tolkes innskrenkende, jfr. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 69. Jfr. også Rt. 1990 s. 1330 og Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, s. 5 flg.

²³ Larsen: jfr note 15.

²⁴ Dege; Arbeidsgivers styringsrett, Bind II, s. 185.

arbeidsgivere om tidligere avskjeder i de tilfeller slik informasjon er relevant. Selv om anførselene helt klart har noe for seg, er det tvilsomt om arbeidssøkeren på eget initiativ opplyser om slike forhold. Hvis han så gjør, vil det ikke være negativt å ha en sluttattest som også bekrefter dette. At arbeidsgiver ikke ønsker å angripe avgjørelsen kan ikke bringe forholdet i en annen situasjon. For en ny arbeidsgiver vil det derimot kunne være kjærkommen informasjon i vurderingen av arbeidstakeren ved ansettelse.

Jakhelln anfører at bestemmelsens tredje ledd medfører at ”en arbeidstaker som bare uteblir, uten å gi noen oppsigelse og uten å overholde noen oppsigelsesfrist (”fantegår”) skal således gis attest”.²⁵ Forfatteren sikter antakelig til at vilkåret for avskjedigelse i slike tilfelle anses å være oppfylt, idet arbeidstakerens uteblivelse må anses som et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Arbeidstakeren har da i realiteten avskjediget seg selv, idet aml. ikke stiller krav til arbeidstakerens egen avskjedigelse.

Det følger imidlertid av straffelovens § 409 at bøtstraff settes for den som uten lovlig grunn forlater sin tjeneste, jf. også Rt. 1955 s. 868. Arbeidstaker har dermed krav på attest hvor det er påført at han er avskjediget, og kan i tillegg pådømmes bot som blir strafferegistrert.

Også det motsatte synspunkt er hevdet i juridisk teori,²⁶ hvor det anføres at det å ha ”fantegått” ikke faller inn under ordlyden ”gyldig oppsigelse” eller ”avskjed”, jfr aml. § 68 første og tredje ledd.

Jakhelln anfører videre at tredje ledd innebærer at ”tilsvarende må antas også hvor arbeidsforholdet opphører uten oppsigelse eller avskjed”.²⁷ Arbeidsforholdet opphører uten oppsigelse eller avskjed i en situasjon hvor arbeidsgiver vesentlig har misligholdt arbeidskontrakten, og arbeidstakeren rettmessig kan fratse som følge av arbeidsgivers disposisjoner, jfr. Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek). Også her kan det anlegges den betraktning at arbeidstaker lovlig har sagt opp sin stilling, idet aml. § 57 nr. 1 må tolkes innskrenkende, slik at skriftlighetskravet ved arbeidstakers oppsigelse kun regnes som en ordensregel. Tilsigelsesavtaler m.v. opphører automatisk uten

²⁵ Jakhelln, Norsk Kommentert Lovsamling, arbeidsmiljøloven § 68, note 596.

²⁶ Dege: Jfr. note 24.

²⁷ Note 25.

oppsigelse eller avskjed ved avtalens utløp,²⁸ og det er rimelig at arbeidstakere også ved slik fratreden bør ha krav på attest.

I juridisk teori er det anført at også lovlig arbeidskamp faller inn under ordlyden i arbeidsmiljøloven § 68.²⁹ Forfatteren må her sikte til et krav på sluttattest ved plassoppsigelse etter arbeidstvistloven og tjenestetvistloven.³⁰ Forfatterens synspunkt er i så fall vanskelig å følge, idet arbeidsmiljølovens kap. XII - herunder retten til attest - ikke gjelder for slik oppsigelse, jfr. aml. § 56 annet ledd. En slik rett må bygge på tariffavtale eller individuell arbeidsavtale.

Det kan nevnes at NHO tolker sin tariffbestemmelse dit hen at den ikke omfatter attest i anledning plassoppsigelse.³¹ For arbeidstakersiden vil dette også kunne være en liten sikkerhet mot at streikende tar arbeid hos en annen arbeidsgiver så lenge arbeidskonflikt pågår.

NHO oppfordret sine medlemmer, i ”tariffoppgjøret i ord og handling” mars 1996, side 32, til i hvert enkelt tilfelle kreve fremvist sluttattest ved inntakelse av nye arbeidstakere i medlemsbedriftene så lenge arbeidskonflikt varer. Dette for å forvise seg om at vedkommende arbeidstaker ikke var berørt av en arbeidskamp.

Sjømannsloven inneholder ingen tilsvarende regel som aml. § 56.³² En naturlig språklig forståelse tilsier imidlertid at oppsigelse i anledning arbeidskamp ikke faller inn under ordlyden ”lovlig oppsigelse” i sjml § 22 B - som for øvrig bygger på aml. § 68. En slik anvendelse er heller ikke nevnt i forarbeidene.³³

²⁸ Arbeidstaker har imidlertid krav på ”skriftlig varsel” senest en måned før fratredelsestidspunktet hvor ansettelsesforholdet har vedvart i mer enn ett år, jfr. aml. § 58 A nr. 3.

²⁹ Dege, Arbeidsgivers styringsrett, bind III kap. 35 pkt. 35.6.8.

³⁰ Arbeidstvistloven av 5 mai 1927. nr 1 § 1 nr. 7 jfr. §§ 28 og 29; og tjenestetvistloven av 18 juli 1958 nr. 2 § 22.

³¹ Praksisen følger også av veiledningshefter som NHO, KS og Administrasjonsdepartementet har utarbeidet.

³² Noe som også medfører at de individuelle oppsigelsesfrister må overholdes, jfr. § 29 nr. 1 og ARD 1992 s. 90.

³³ Ot.prp. nr. 26 (1984-85) s 34, Innst. O. nr. 46 (1984-85) , Ot.forh. (1984-85) s. 371-416 og s. 685-686 og Lt.forh. (1984-85) s. 56-61 og s. 63.

Betraktningen harmonerer også best med virkningen av en plassoppsigelse, idet den neppe medfører et definitivt opphør av arbeidsforholdet,³⁴ jfr. Jakhelln: Oppsigelse i anledning arbeidskamp - rettsvirkninger for de individuelle arbeidsavtaler.³⁵

Legges det til grunn at plassoppsigelse etter arbeidstvistloven ikke fører til definitivt opphør av arbeidsforholdet, følger det naturlig at slik plassoppsigelse ikke gir krav på sluttattest etter bestemmelsen.

2.3.4 Bemerkninger til bestemmelsens anvendelsesområde - attest i løpende ansettelsesforhold

Bestemmelsen gjelder kun sluttattest. Arbeidstaker som ønsker å søke på ny stilling i løpet av ansettelsesforholdet og derfor har behov for en attest fra sin arbeidsgiver, har dermed ikke noe krav på attest i medhold av bestemmelsen.

Den danske funksjonærlov gir arbeidstakerene slikt krav, jfr. FAL § 17. Også den nå opphevede bestemmelsen i hushjelploven § 22 syntes å gi arbeidstakeren krav på attest i løpende arbeidsforhold.

Ved permittering synes det kvalifisert urimelig ikke å ha et lovbestemt krav på attest. Permittering vil ikke medføre at arbeidsforholdet opphører permanent, men innebærer et påbud fra arbeidsgiver om at arbeidstaker midlertidig blir løst fra sin arbeidsplikt, samtidig som arbeidsgiver midlertidig ikke har noen lønnsplikt.³⁶ Forutsatt at arbeidsavtalen eller tariffavtalen ikke er til hinder for det,³⁷ vil arbeidstakeren kunne tenkes å ta på seg midlertidige arbeidsoppdrag, isteden for å heve dagpenger fra folketrygden (arbeidsledighetstrygd), jfr. folketrygdloven §§ 4-7 og 4-13 jfr. § 4-3.³⁸ Et krav bør særlig sies å være tilstede hvis det etter permisjonen ikke er tale om å gjeninnta

³⁴ I eldre teori er det derimot lagt til grunn at slik oppsigelse medfører at arbeidsforholdet opphører, en betraktning som etter gjeldende rett neppe kan opprettholdes.

³⁵ Jakhelln: Artikkelsamling i arbeidsrett, s. 123 flg.

³⁶ Jakhelln: jfr note 2, side 274. og ARD 1987 side 29. Jfr. note 35.

³⁷ Hovedavtalen mellom LO-NHO § 8-7 nr. 2 synes å forutsette at midlertidige arbeidsoppdrag for andre arbeidsgivere under permisjonen er tillatt.

³⁸ Lov av 28 februar 1997 nr. 19.

arbeidstakerne hos den arbeidsgiver som har iverksatt permitteringen, men hos ny arbeidsgiver i forbindelse med overføring av virksomhet eller del av virksomhet, jfr. aml. kap. XII A.³⁹ Eller i forbindelse med utsetting av deler av virksomhetens ordinære drift på oppdrag, jfr. aml. § 60 nr. 2 annet ledd.

I en situasjon hvor arbeidstakeren ikke ønsker å følge med over til ny arbeidsgiver, og valgretten ikke kommer til anvendelse,⁴⁰ bør arbeidsgiver ha krav på attest også ved permitteringen. Arbeidstaker vil således gjennom søknad etter ny stilling kunne vurdere mulighetene for nytt arbeid, uten å måtte gå til egenoppsigelse for å få attest - og dermed risikere arbeidsledighet hvis han ikke får nytt arbeid.

Viktigheten av en attest for arbeidstakeren og de minimale negative konsekvenser dette innebærer for arbeidsgiver, kan sies å medføre at det er i strid med det alminnelige saklighetsprinsipp å nekte utferdigelse av attest i slike tilfeller.⁴¹ Til dette kommer at arbeidsgiver muligens ønsker å beholde arbeidstakeren, og således ikke gjennom sin attest ønsker å medvirke til hans oppsigelse. Arbeidsgiver vil da kunne anføre at arbeidsmiljøloven uttømmende regulerer de tilfeller arbeidstaker har krav på attest, og følgelig ikke kan være i strid med det alminnelige saklighetsprinsipp.

I RG 1992 s. 774 (780) synes retten å legge til grunn at det av arbeidsgiver var et moment i retning av krenkende behandling ikke å utferdige attest i forbindelse med permittering. Rettskildeverdien av en underrettsdom er utvilsomt beskjeden, men dommen inneholder likevel interessante betraktninger i forhold til ovennevnte problemstilling. Den utgjør også det meste av rettspraksis knyttet til dette spørsmål, noe som i seg selv gjør den interessant. Retten uttaler at arbeidstaker skulle fått attest med en gang hun fikk permitteringsvarsel, men arbeidsgiver avsto kravet under henvisning til at eventuelle arbeidsgivere kunne få referanse ved henvendelse pr. telefon. Retten angriper ikke beslutningen ut i fra den betraktning at det er usaklig å nekte, men at

³⁹ En ren overføringssituasjon uten annen begrunnelse vil ikke være tilstrekkelig til å gjøre permittering berettiget, jfr. Jakhelln, jfr. note 38, side 274. og ARD 1996 s. 15.

⁴⁰ I korthet kan det sies at det kreves en kvalifisert forverring av arbeidstakerens arbeidssituasjon, før valgretten aktualiseres, jfr. Rt. 1999 side 977, Rt. 1999 side 989. Det kan også tenkes en liten mulighet for valgrett der overføringen gjelder en hel bedrift eller selvstendig del av denne, jfr. Rt. 2000 side 2047 og Rt. 2000 side 2058. Se om valgretten i NOU 1996:6, s. 99 flg. og Jakhelln: jfr. note 2, s. 368-369.

⁴¹ På arbeidsrettens område må det antas at saklighetsprinsippet kan legges til grunn som et utfyllende prinsipp, jfr. Jakhelln; jfr. note 2, side 45 og 145. I ARD 1980 s 42. og Rt. 1989 s 231. synes prinsippet forutsatt.

arbeidsgiver i dette tilfelle ikke hadde ”noen rimelig begrunnelse for å unnlate” å gi attest. Retten nevner dog ikke hvor den henter slikt krav om begrunnelse for nektelse av attest utenom lovbestemte tilfelle, og det kan grunnes i om det er et alminnelig saklighetskrav retten sikter til. Dommen er også tvilsom på en rekke punkter, idet arbeidstakeren ikke har et lovmessig krav på attest i slike tilfeller og siden vilkårene for erstatning etter skl. § 3-5 neppe er oppfylt. Det innrømmes at retten kan ha kommet frem til at arbeidstakeren har slikt krav ut i fra sin arbeidsavtale, tariffavtale, sedvanemessig eller vært uvitende om anvendelsesområdet for arbeidsmiljølovens bestemmelse om attest i sin alminnelighet.

Rettens argumentasjon er likevel treffende og trekker klart i retning av å innrømme krav på attest også ved permittering. Det må være naturlig å se seg om etter nytt arbeid med en gang man mottar permisjonsvarsel, og arbeidssøkere vil i dagens arbeidsmarked antakelig stå svakt når søknaden ikke er vedlagt attest fra siste arbeidsgiver. Behovet og viktigheten av en attest for arbeidstaker er således langt større enn belastningen for arbeidsgiver, og taler for å innrømme arbeidstaker et krav på attest. Retten til arbeid under permittering støttes også av samfunnsøkonomiske hensyn, idet en nektelse av attest i slike tilfelle vil være en medvirkende årsak til at arbeidstakerne i påvente av gjeninntredelse snarere mottar arbeidsledighetsstrygd, enn å ta på seg midlertidige arbeidsoppdrag.

I Rt. 1966 s. 6. fikk arbeidstaker, etter pålegg fra ny midlertidig arbeidsgiver, attest ved permittering i anledning midlertidig arbeid under gjennomføringen av en permittering. Arbeidsgiver benyttet imidlertid attesten som bevis på at arbeidsforholdet hadde opphørt permanent ved utferdigelsen. Ved oppstart etter permitteringen startet arbeidstaker uten ansiennitet, og var etter ansiennitetsprinsippet en av de første som måtte gå ved oppsigelse. Høyesterett kastet vrak på arbeidsgivers fremgangsmåte og påpekte at avveiningene verken var rimelige eller sakelige. Arbeidstakeren kunne til tross for sluttattesten ikke anses oppsagt.

Mot denne bakgrunn synes den beste løsning være å innrømme arbeidstaker et krav på attest også ved permittering.

Bestemmelsens må sies å bære preg av å være et barn av sin tid, og at lovgiver ikke har tatt seg bryet med å tilpasse den dagens arbeidsmarked. Da bestemmelsen ble utarbeidet var det muligens mer utbredt at arbeidstager var sin arbeidsgiver trofast og ble i den samme stillingen eller ved det samme arbeidsstedet store deler av sin

yrkeskarriere.⁴² I allfall kan det hevdes å være tilfelle for arbeidervernloven § 45, som nåværende bestemmelse bygger på. Under slike forhold var det, naturlig nok, kun behov for attest i de tilfeller man ble oppsagt eller avskjediget.

Dagens samfunn er vel i større grad preget av mobilitet, og arbeidstagerne synes å ha en langt lavere terskel for å bytte arbeidsgiver. Til dette kommer at flere enn før flytter, enten det være seg i forbindelse med arbeid eller av andre grunner, og således også er nødt til å skifte arbeidsgiver. På samme måte som arbeidsretten de senere år har fått et utvidet rettskildebilde som følge av Norges internasjonale forpliktelser, er også arbeidsmarkedet preget av at grensene mellom landene viskes ut. Resultatet er et mer dynamisk arbeidsmarked, som for øvrig gjenspeiler samfunnets holdninger generelt.

Utviklingen har således ført til at man i mange tilfeller vil ha behov for en attest utenom de tilfeller hvor man har et lovmessig krav. Har man planer om å flytte på seg eller skifte arbeid av andre grunner, er det naturlig å sikre seg den nye jobben før man sier opp og fratrer den nåværende. Reelle hensyn taler mot det faktum at man i realiteten må stå uten arbeid før man har krav på attest.

Ser man hen til rettspraksis synes det som dette ikke har skapt nevneverdige problemer i praksis - og neppe vil gjøre det i fremtiden.⁴³ En skal stå overfor en vanskelig arbeidsgiver dersom den nekter å gi en skriftlig attest, før arbeidstageren sier opp og fratrer sin stilling. Bestemmelsen regulerer like fullt et svært praktisk - men lite - rettsområde, og bør samsvares med arbeidsmarkedets utvikling.

Demokratiseringshensyn tilsier at lovgiver setter lovene i samsvar med borgernes til enhver tid gjeldende rettsoppfatning. Attestinstituttet som bestemmelsen bygger på, og det anvendelsesområdet den har i dag, er avleggs og foreldet og burde forvises til rettshistorien. Bestemmelsen er, hvis den håndheves rigid og utnyttes av enkelte arbeidsgivere og ikke andre, også egnet til å svekke Norges internasjonale forpliktelser, jfr. EØS-avtalens vedlegg 5, punkt 2 og den såkalte EØS-arbeidstakerloven.

⁴² Avsnitt 2.1.

⁴³ Svært få rettsavgjørelser har attest eller tjenesteuttalelse som tema.

2.3.5 Kravene til attestens innhold - minimumskrav

Attesten skal ”inneholde opplysninger om arbeidstakerens navn, fødselsdato, hva arbeidet har bestått i og om arbeidsforholdets varighet.”, jfr. aml. § 68 første ledd.

Når det gjelder opplysning om hva slags arbeid arbeidstakeren har utført, må det i alle tilfelle stilles det krav at attesten gir et bilde av vedkommendes arbeidsoppgaver som går ut over en gjengivelse av vedkommendes tittel, Jfr. Rt. 1990 side 560.⁴⁴

Høyesterett fastslo at det er ikke er tilstrekkelig å skrive at vedkommende "har vært ansatt ved vårt kontor" som angivelse av hva arbeidet har bestått i. Retten uttaler at videre at ”Virksomheten ved et kontor kan omfatte mange forskjellige funksjoner, slik at attesten er for lite spesifisert.”.

Forarbeidene uttaler at arbeidsforholdets varighet må angis ved datoen for da det begynte og sluttet.⁴⁵

I tillegg til de kravene bestemmelsen setter, må det forutsettes at attesten også undertegnes og dateres,⁴⁶ idet den uten signatur nærmest er verdiløs. Mangler attesten signatur er det vanskelig å kontakte rette vedkommende for å gjøre ansvar gjeldende, kontrollere at den ikke er forfalsket e.l. Selv ikke arbeidsgiver kan holdes ansvarlig hvis ingen innrømmer å ha skrevet attesten. I et større firma hvor tidligere overordnet har flyttet eller er død e.l. kan dette tenkes å være tilfelle.

2.3.6 Krav på utfyllende attest – sedvane og tariffavtale

Mange virksomheter gir arbeidstakerne en mer utførlig attest, og paragrafens annet ledd viser til at slik praksis kan gi arbeidstakere sedvanemessig krav på utfyllende attest. Bestemmelsen gir således ikke selvstendig grunnlag for å kreve utfyllende attest, men henviser til det sedvanemessige grunnlag. Forarbeidene til endringen av loven kommenterer ikke hva som ligger i denne ordlyden, eller om det i enkelte bransjer kan

⁴⁴ Utsnitt av Høyesteretts kjennelse følger som vedlegg 1.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79.

⁴⁶ Larsen: Jfr. note 15.

sies å foreligge slik rett.⁴⁷ Forarbeidene som bestemmelsen bygger på bemerker imidlertid i sin kommentar at ”komitèen uttaler at en funksjonær som regel vil ha rett til en mer utførlig attest enn den som er foreslått”.⁴⁸ Både Handels Arbeidsgiverforeningen og Sparebankenes og Privatbankenes Arbeidsgiverforening reservert seg mot komiteens uttalelse. Reservasjonen må dog sies å være av mer politisk enn juridisk verdi. Forarbeidenes taushet vedrørende spørsmålet kan naturlig komme av at slik praksis er vanskelig å få kunnskap om og er omfattende og uensartet. Dette kan tyde på at arbeidsgivere må innrømme slik rett før sedvane etableres. Den sparsomme rettspraksis som foreligger er fra underretten - avsagt under krigen - og broket, men kan til illustrasjon nevnes.

En ekspeditrise i en skotøyforretning fikk ved Eidsivating lagmannsretts dom av 25. januar 1941 medhold i krav på tjenelig attest (Medd. 1941 nr. 1 s 21)

Ved Oslo byretts dom av 13. oktober 1941 (sak nr. 843/41, avd. IIV nr. 42) fant retten at det ikke forelå noe rettskrav hjemlet ved lov eller fastslått sedvane på å få inn i attesten noe om funksjonærens (selgerens) kvalifikasjoner. Funksjonæren fikk ellers medhold i at når attest gis, må dens innhold medføre riktighet.

Innenfor en rekke næringsgrupper har det imidlertid vært en utvikling som medfører at en attest i tillegg til minimumskravene inneholder en vurdering av hvorledes arbeidstakeren har utført arbeidet, evnen til samarbeid, evnen til å arbeide selvstendig o.l.⁴⁹

Hva som kreves for at slik praksis skal anses som sedvane, og rettslig plikt til å følge inntre, må søkes løst ut i fra den alminnelige lære om sedvaneretten. Om en påberopt sedvane skal legges til grunn beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering, hvor i tillegg til praksisens varighet, rettsoverbevisning og berettigede forventninger, skal foretas en vurdering av om det er en god regel som fører til et rimelig resultat i den foreliggende sak.⁵⁰ Det må i helhetsvurderingen få betydning at lovgiver har publisert og anerkjent at slik sedvane kan oppstå, jfr. aml. § 68 annet ledd.

⁴⁷ Note 45

⁴⁸ Ot.prp. nr. 8 1956 s. 67.

⁴⁹ Larsen: note 15.

⁵⁰ Eckhoff: Rettskildelære, side 239.

Larsen anfører at ”innenfor de næringsgrupper hvor dette er blitt en praksis som har vart over noen år, kan arbeidstaker be om at disse elementene tas med i attesten. Begrepet sedvane må i denne sammenheng forstås slik at det har utviklet seg en gjennomgripende praksis som er blitt fulgt i et så langt tidsrom at den har fått tid til å feste seg. Hvor lang tid som bør ha gått, varierer fra næringsgruppe til næringsgruppe.”⁵¹

Har det i bransjen bestått en gjennomgripende praksis i så lang tid at den har festet seg, eller arbeidstakerne kan sies å ha en berettiget forventning om en utfyllende attest, må det antas å foreligge slik sedvane bestemmelsen viser til.

2.3.7 Ytre rammer – veiledning i aml. § 55 A og personvern hensyn

Arbeidsgiver har full adgang til å gi en mer utførlig attest. Det generelle saklighetsprinsippet innenfor arbeidsretten må imidlertid komme til anvendelse også her,⁵² og informasjonen må således være i samsvar med bestemmelsens formål. Arbeidsgiver må derfor gi relevante og saklige opplysninger som er egnet til å belyse arbeidsforholdet. I juridisk teori er det anført at ”opplysning om sykefravær og annet fravær pga. permisjon mv. må således kunne gis, dette må iallfall kunne gjøres hvor slikt fravær har vært av et noe større omfang, men må formentlig antas også ellers”.⁵³

En ytre grense må også ligge i det som følger av de ulovfestede regler om personvern og den betydning disse har blitt tillagt i arbeidsforhold.⁵⁴ På denne bakgrunn vil arbeidsgiver i liten grad kunne opplyse om forhold innenfor den private sfære, og i hovedsak være avskåret fra å angi hvilken sykdom arbeidstakeren lider av i sammenheng med opplysning om høyt sykefravær, jfr. over.

Veiledning for de ytre grenser kan også sies å følge av aml. § 55 A. Formålet med en attest er bl.a. at den skal tjene som dokumentasjon overfor nye arbeidsgivere og bør derfor ikke inneholde opplysninger som en arbeidsgiver ikke har lov til å tilegne seg eller legge vekt på ved en ansettelse, jfr aml. § 55 A. En arbeidsgiver bør dermed ikke opplyse om en arbeidstakers ivrige innsats i en arbeidstakerforening, selv om

⁵¹ Jfr. note 15.

⁵² Jfr. note 41.

⁵³ Jakhelln: jfr. note 25, note 595.

hensiktene for såvidt er gode. Tilsvarende vil gjelde opplysning om arbeidstakerens seksuelle legning, religion m.v. En balansert fremstilling av arbeidstakerens utøvelse av sin religion må imidlertid kunne tillates, såfremt den influerer hans utførelse av arbeidet. Arbeidsgiver må også kunne angi hvor mange dager arbeidstakeren har vært syk med syke- eller egenmelding, og om arbeidstakeren har avviklet sin ferie helt eller delvis.⁵⁵

Begrensninger i hva en arbeidstaker kan gi av informasjon i en attest kan således sies å følge av bestemmelsens formål, ulovfestede regler om personvern m.v. og aml. § 55 A. Overtredelse kan være straffbart og medføre erstatningsansvar, jfr. avsnitt 2.4.2 og 2.5.

2.3.8 Annet avtalt i tariffavtale

Arbeidsmiljølovens § 68 annet ledd forutsetter at man i tariffavtale kan avtale en plikt til å gi en mer utførlig attest en det som følger av minimumskravene i bestemmelsens første ledd, men innholdet kan også begrenses til minimumskravene etter paragrafens første ledd. Avtales det begrensninger eller eksplisitt hvilke opplysninger som skal eller kan oppgis, vil det være tariffstridig å gi andre og mer utfyllende opplysninger. Dette vil følge av en naturlig fortolkning av avtalen, men også av ufravikelighetsprinsippet for den kollektive arbeidstett, jfr. arbtvl. § 3 nr. 3 og tjvtl. § 13.⁵⁶

I norsk, så vel som i nordisk rett generelt, spiller den kollektive arbeidsrett en stor rolle, idet omlag 55 prosent av alle yrkesaktive lønnstakere i Norge er tilsluttet en arbeidstakerorganisasjon.⁵⁷ En lignende bestemmelse som aml. § 68 finnes i Hovedavtalen mellom LO og NHO § 10-7. Attesten skal etter bestemmelsen ”bare” angi hvor lenge arbeidsforholdet har bestått og hvilket fag arbeidstakeren har hatt. Den trenger ikke angi hvilke oppgaver vedkommende har hatt, med mindre arbeidstakeren krever det. Dette er antatt å tilfredsstille minimumskravene i arbeidsmiljølovens første

⁵⁴ Jakhelln: note 2, side 45.

⁵⁵ Jakhelln: jfr. note 25.

⁵⁶ Partenes i en tariffavtale kan dessuten, overfor sin tariffmotpart, kreve at tariffavtalen vilkår følges også overfor utenforstående arbeidstakere, jfr. den ulovfestede ufravikelighetsnorm - utviklet gjennom avtale og rettspraksis.

⁵⁷ NOU 2001:14 s. 28.

ledd. Tariffbestemmelsen spesifiserer hvilke opplysninger som skal gis, hvilket samtidig betyr at det er tariffstridig å angi andre opplysninger enn de nevnte, jfr. over.

Handels og servicenæringens Hovedorganisasjon uttalte, i forbindelse med utarbeidelsen av arbeidervernloven § 45, at det etter deres oppfatning ikke fantes hjemmel for at funksjonærer kan kreve en utførlig attest av arbeidsgiveren. Bestemmelser om dette er oftest verken inntatt i tariffavtaler eller individuelle kontrakter, og det er ingen faste normer for attester for vanlige funksjonærer, selv om disse som regel inneholder flere opplysninger enn dem som er nevnt i § 68, jfr. Ot. prp. nr. 8 (1956) s. 67. Som nevnt kan slike uttalelser snarere være utslag av taktikk og politikk enn jus.⁵⁸

Hovedavtalen mellom LO og NHO § 10-7 regulerer også forholdet i forbindelse med avskjedigelse. Dersom vedkommende ønsker attest, skal arbeidsgiverne i så fall først konferere med tillitsmennene. Bestemmelsen inneholder således en liten sikkerhetsventil i motsetning til arbeidsmiljølovens bestemmelse.

2.3.9 Referanser gitt i attest

Referanser i attest utover den som har utferdiget attesten er ikke vanlig og faller også utenfor formålet med attest. Slike referanser bør derfor ikke tas med, men forbeholdes arbeidssøkerens egen søknad på arbeid.⁵⁹

Praksis knyttet til attesters innhold er varierende. Mange bedrifter gir ikke utfyllende attester, men tar kun sikte på å oppfylle minimumskravene som oppstilles i aml. § 68 første ledd. I slike tilfelle synes det å være vanlig å oppfordre nye arbeidsgivere til å kontakte den som utferdiget attesten for nærmere opplysninger om arbeidsforholdet. Ved å ta opplysningene ut av dokumentet faller de også utenfor arbeidsmiljølovens bestemmelse om attest - bestemmelsen er dermed omgått. Hvis arbeidstakeren ønsker å gjøre ansvar gjeldende, må han forholde seg til et ansvar for positivt gitt informasjon.

⁵⁸ Avsnitt 2.3.6

⁵⁹ Larsen: jfr. note 15.

2.3.10 Attest i statlige -, kommunale - og fylkeskommunale forvaltningsorganer.

For ansatte i kommunal og fylkeskommunal forvaltning gjelder arbeidsmiljøloven direkte. For statens tjenestemenn vil arbeidsmiljøloven kun gjelde hvor tjenestemannsloven ikke har egne bestemmelser,⁶⁰ idet tjenestemannsloven går foran i kraft av at den nyere og er spesiallov i forhold til arbeidsmiljøloven.⁶¹ Tjenestemannsloven inneholder ingen bestemmelser om attest, og loven gjør ikke unntak fra arbeidsmiljølovens § 68. Følgelig har også statens tjenestemenn krav på attest etter arbeidsmiljølovens bestemmelse.

Statlige -, kommunale - og fylkeskommunale forvaltningsorganer vil måtte forholde seg til de generelle krav som stilles til forvaltningsmyndighet, idet disse regler også gjelder forretningsmessig virksomhet,⁶² personaladministrasjon m.v, jfr. for så vidt fvl. § 1.⁶³ Derimot vil bedrifter som driver ren næringsvirksomhet formodentlig falle utenfor, slik som Oslo sporveier, Norsk Hydro, Norsk Tipping og Statoil.⁶⁴

Videre kan det anlegges den betraktning at utferdigelse av attest også er utøvelse av offentlig myndighet, og dermed også underlagt de alminnelige forvaltningsrettlige regler som gjelder forvaltningsavgjørelser. Arbeidstakeren kan i så fall f.eks. anføre at det er usaklig forskjellsbehandling hvis attestens innhold ikke er i samsvar med gjeldende praksis. Utferdigelse av attest er ingen særegen oppgave som er tillagt forvaltningen, men utføres på lik linje i privat sektor. På den annen side kan det heller ikke anses som en faktisk handling og neppe være underlagt forvaltningsorganets private autonomi.

Legges det til grunn at utferdigelse eller nektelse av utferdigelse av attest er utøvelse av offentlig myndighet, kan det videre spørres om avgjørelsen faller inn under

⁶⁰ Lov av 4. mars 1983 nr. 3 (tjml)

⁶¹ Lex posterior og lex specialis

⁶² Lovavdelingens uttalelse jnr. 2427/81E. Se også jnr. 2427/87E om spørsmål knyttet til NRK kan anses som et forvaltningsorgan, noe lovavdelingen besvarte bekreftende. Ombudsmannen har kommet til samme konklusjon i Årsmeldingen 1992 s. 98.

⁶³ Forvaltningsloven av 10. februar 1967.

⁶⁴ Avgjørende for grensdragningen er blant annet om bedriften har legalmonopol, eller om den i tillegg til forretningsvirksomheten utøver en viss myndighetsutøvelse og hvor sterk organisatorisk tilknytning den har til stat og kommune, jfr Eckhoff/Smith s. 389. jfr. også Lovavdelingens uttalelse jnr. 1242/92E og 3825/78E (Oslo Sporveier).

forvaltningslovens virkeområde for enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b).⁶⁵ Bestemmelsens første ledd bokstav d) definerer ”offentlig tjenestemann” som en embetsmann eller annen som er ansatt i statens eller en kommunes tjeneste.⁶⁶ Følgelig kommer loven i utgangspunktet til anvendelse for ansatte i statlige -, kommunale - og fylkeskommunale forvaltningsorganer.⁶⁷ Det er imidlertid foretatt en endring i forvaltningsloven, hvorefter § 3 annet ledd er gitt et nytt tredje punktum om at vedtak om oppsigelse eller avskjed som treffes av et kommunalt eller fylkeskommunalt organ, er unntatt fra forvaltningslovens klageregler, jfr. fvl. §§ 28-34.

Forvaltningsloven § 2 annet ledd første og annet punktum inneholder derimot en særbestemmelse om hvilke avgjørelser vedrørende tjenestemenn som skal regnes som enkeltvedtak. Bestemmelsen fastsetter at avgjørelse som gjelder ansettelse, oppsigelse, suspensjon, avskjed, forflytting, ordensstraff og pensjon, skal anses som enkeltvedtak. Forarbeidene uttaler at siktepunktet var å gi en uttømmende oppregning av de avgjørelser vedrørende tjenestemann som må behandles etter reglene om enkeltvedtak.⁶⁸ En antitetisk tolkning tilsier derfor at andre avgjørelser enn de som er opplistet ikke skal regnes som enkeltvedtak. Spørsmålet blir derfor om avgjørelsen vedrørende utferdigelse av attest omfattes av ordlyden avgjørelse som ”gjelder oppsigelse”.

Attest er noe man har krav på i forbindelse med fratreden etter lovlig oppsigelse, og det kan anføres at utferdigelse eller ikke å utferdige attest er så nært forbundet med fratredelsen at det faller inn under ordlyden ”gjelder oppsigelse”, jfr. fvl. § 2 annet ledd første punktum. Ordlyden er ganske vid, og en innrømmelse av klageadgang vil få små konsekvenser i forhold til merarbeid for det enkelte forvaltningsorgan, men en utvidende tolkning kan neppe tøyes så langt uten konkrete holdepunkter. Retten til attest og dens riktighet er imidlertid lovpålagt og av stor viktighet for vedkommende tjenestemann, noe som trekker i retning av å anse det som et enkeltvedtak også etter forvaltningsloven § 2 første ledd.

⁶⁵ Forvaltningsloven gjelder i utgangspunktet ethvert organ for stat eller kommune, jfr. fvl. § 1.

⁶⁶ Er ikke en allmenngyldig definisjon av begrepet, og sammenfaller eksempelvis ikke med tjenestemannsloven.

⁶⁷ Også her faller selvstendige oppdragstakere utenfor. Utenfor faller også personer som er oppnevnt i forskjellige verv. Etter tradisjonell oppfatning vil også de som er ansatt i offentlig eide aksjeselskaper falle utenfor definisjonen.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 27 (1968-69) s. 17 og s 32, jfr. Innst. O. XXII (1968-69) s. 3 og s. 7.

I Rt. 1990 s. 560,⁶⁹ som for øvrig ikke behandler dette spørsmål, anførte siktede at arbeidsmiljølovens § 68, som jo står kap. XII om bl.a ”oppsigelse”, måtte sees som en naturlig del av reglene om oppsigelse, og således falt innenfor unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 85 fjerde ledd. Høyesterett sluttet seg til byrettens uttalelse om at ”den ikke kan se at det er en naturlig fortolkning å trekke plikt til å utferdige attest inn under oppsigelsesvernet”. Høyesterett viser til at overskriften til kap. XII lyder ”Ansettelse, oppsigelse og avskjed m.m.” og således inneholder bestemmelser utover selve ”oppsigelsesvernet”, og at flere av disse vil falle utenfor unntaket i arbeidsmiljøloven § 85 fjerde ledd, jfr. f.eks. Rt. 1980 s. 598. jfr. aml. § 55 A.

Selv om ordlyden Høyesterett tar stilling til er ” oppsigelsesvern”, som må sies å være snevrere enn forvaltningslovens ordlyd, kan det utledes av dommen at bestemmelsen om attest må holdes atskilt fra kapitlets regler om oppsigelsesvern. Svært indirekte trekker dette i retning av at bestemmelsen om attest ikke omfattes av ordlyden ”avgjørelse...som gjelder oppsigelse”, jfr. fvl. § 2 annet ledd. De hensyn som gjør seg gjeldende, henholdsvis i dommen og i dette tilfelle, går imidlertid i diametralt motsatt retning, og gjør at rettskildeværdien av dommen ytterligere svekkes.

Det enkelte forvaltningsorgan vil naturlig velge en snever tolkning, og gjennom en antitetisk tolkning komme til at en utferdigelse av en attest ikke omfattes av ordlyden. En løsning som det nevnt over for så vidt er fullt mulig å forsvare. Lovavdelingen synes å ha inntatt et slikt standpunkt i sin uttalelse 1509/94E, hvor de kom til at en avgjørelse om å gi en tjenestemann en advarsel eller irettesettelse, ikke ble ansett som ”ordensstraff” etter forvaltningsloven § 2 annet ledd.

Sivilombudsmannens Årsmelding 1985 side 25. inneholder interessante betraktninger i denne sammenheng. Sivilombudsmannen anfører at en grov form for advarsel - tilrettevisning - burde innrømmes en analogisk anvendelse av forvaltningslovens saksbehandlingsregler.

Saken gjaldt et direktorats tilrettevisning av en tjenestemann, hvor det ble lagt til grunn at saken burde ha vært undergitt klagebehandling i departementet. Tjenestemannen hadde i et intervju med en avis gitt uttalelser som var sterkt kritiske i forhold til en statsråd. Dette førte til at han fikk et brev undertegnet av direktøren hvor det blant annet hat at uttalelsen innebar ”utilbørlig adferd” som ved gjentakelse ”vil kunne innebære disiplinære forføyninger” etter tjenestemannsloven. Han ble inntil videre fratatt adgangen til å uttale seg på direktoratets vegne.

⁶⁹ Utsnitt av kjennelsen følger som vedlegg 1.

Ingen av disse tilrettevisningene var formelt sett ordensstraff. Men det ble brukt formuleringer som lå helt opp mot avskjedsgrunnlag, og dette kunne tale for at forvaltningslovens regler likevel burde bli fulgt.

Selv om det er prinsipielle forskjeller mellom en advarsel og en uriktig attest, vil mange av de samme argumentene ha gyldighet i begge tilfeller.

Mot denne bakgrunn kan det anføres at en utferdigelse av attest kan være så belastende og viktig for vedkommende arbeidstaker, at saksbehandlingsreglene for enkeltvedtak uansett bør kunne anvendes analogisk. Dersom arbeidstakeren mener attesten gir et feil bilde av arbeidsforholdet og setter ham i et dårlig lys, er det rimelig at han kan klage over avgjørelsens innhold i håp om å få den endret. En arbeidstaker står kvalifisert svakt når søknaden er vedlagt en attest som gir et broket bilde av ansettelsesforholdet. En slik attest er det derfor tjenelig å utelate; dog er det like sikkert at en som søker ny stilling, og særlig i dagens arbeidsmarked, vil stå svakt når søknaden ikke er vedlagt attest fra siste arbeidsgiver. Konsekvensene av en uriktig attest kan således være store og griper inn i retten til arbeid, som anses som et høyt skattet og nødvendig gode.⁷⁰ I Rt. 1980 s. 52 uttrykte Høyesterett at ” retten til arbeid vil både etter forholdene i dag og etter den utvikling som kan ventes, være av den største betydning for den enkelte”. Reelle hensyn taler derfor for en løsning hvor forvaltningslovens saksbehandlingsregler gis analogisk anvendelse.

⁷⁰ Grunnloven § 110.

2.4 Den uriktige attest - virkning

2.4.1 Krav på attest

En arbeidstaker kan i rettergang nedlegge påstand om å få lovmessige attester med sedvanlig innhold utstedt til seg - m.a.o. fullbyrdsdom for sitt krav, jfr tvml. § 53.⁷¹ Tas påstanden til følge, vil den kunne tvangsfullbyrdes med løpende mulkt, jfr. tvangsl. § 13-14. Krav mot staten kan derimot ikke tvangsfullbyrdes, jfr. tvangsl. § 1-2 annet ledd. Unntaket gjelder ikke for krav mot fylkeskommuner, kommuner, interkommunale selskaper, regionale helseforetak og helseforetak; som i større grad kan fullbyrdes, jfr. tvangsl § 1-2 tredje ledd.

2.4.2 Straff

Overtredelse av arbeidsmiljøloven § 68 antas å være straffbar etter aml. § 85, jfr. Rt. 1990 s. 560.⁷²

Stavanger byrett avsa 05.10.1989 dom hvor en 36-årig tidligere ustraffet mann ble idømt kr. 5.000,- i bot for ikke å ha utferdiget sluttattest på foreskrevet måte, jfr. arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4, §85 første ledd, jfr. § 68 første ledd. Høyesterett slo fast at overtredelse av aml. § 68 er straffbar etter samme lov §85, og således ikke falt inn under unntaksbestemmelsen i § 85 fjerde ledd.

Stafferammen er bøter eller fengsel inntil 3 måneder.⁷³ Skyldkravet er grov uaktsomhet eller forsett, og overtredelse av bestemmelsen er underlagt offentlig påtale. Bestemmelsen må ses i sammenheng med straffelovens⁷⁴ § 412, som setter straff for den ”tjenestegiver der undlater at meddele ham Bevidnelse, hvorpaa han ifølge Loven

⁷¹ Jakhelln, jfr. note 5, side 943 note 21

⁷² Utsnitt av kjennelsen følger som vedlegg 1.

⁷³ Jakhelln: jfr.note 5, Kjerschow: s 935 og Bratholm/Maltningsdal: side 321.

⁷⁴ Lov av 22 mai 1902 nr.10. (strl.)

har Krav”.⁷⁵ Overtredelse av straffebudet påtales ikke uten fornærmedes begjæring, jfr. strl. § 413.

Utstederen av en attest med uriktig innhold kan også rammes av strl. §§ 188, 189 eller 372 første ledd. Dersom den uriktige attest har et innhold som ”krenker” den ansattes ”æresfølelse”, vil det også kunne rammes av reglene om ærekrenkelses i strl. § 246. Arbeidstakeren kan i så fall kreve den uriktige uttalelse mortifisert etter reglene i straffeloven § 253.

I tjenesteforhold kan den som tar imot bestiklinger for å utferdige en uriktig attest også rammes av straffeloven §§ 112 og 114. En forsettlig unnlattelse av å utferdige attest kan i det offentlige formodentlig også rammes av strl. § 324.

2.5 Forfalskning av attest

I likhet med de fleste dokumenter kan også attester forfalskes og deretter misbrukes.⁷⁶ Handlingen vil kunne rammes av straffelovens bestemmelser om dokumentfalsk, jfr. §§ 179 flg.

I Rt. 1953 s. 204 var forholdet at en verksmester hadde forfalsket en original attest, selv skrevet en ny falsk attest, skaffet seg bekreftede avskrifter av begge og brukt avskriftene da han søkte ny stilling. Selv om de originale dokumenter fysisk sett ikke hadde vært presentert for den han søkte hos, forelå allikevel en benyttelse av deres forfalskede innhold og hans forhold rammes av straffeloven §182.

I Rt. 1966 s. 1133 ble en 31 år gammel filetarbeider - som tidligere var straffet for underslag og dokumentfalsk og bøtelagt for beruselse - i herredsretten under dissens dømt til betinget fengsel i 45 dager etter straffeloven §182 for å ha brukt falsk attest ved søknad om kontorpost. Straffen ble omgjort til ubetinget.

En attest med usant innhold er uriktig, men er ikke falsk hvis det stammer fra den som har utferdiget attesten. Utstederen av en attest med uriktig innhold kan imidlertid

⁷⁵ Se Inst. O. I (1901-02) side 51 og SKM side 296 flg.

⁷⁶ Dokumentet er ”forfalsket” når innholdet er endret, og ”falskt” når innholdet totalt stammer fra en annen enn utstederen.

rammes av strl. §§ 188- 189 eller 372 første ledd.⁷⁷ Av hensyn til avhandlingens omfang avgrenses det mot noen videre redegjørelse av disse spørsmål.

⁷⁷ Avsnitt 2.4.2

3 Arbeidssøkers benyttelse av den uriktige attest

En arbeidsavtale går som oftest ut på at arbeidstakeren mot vederlag stiller sin arbeidskraft til disposisjon til ubestemt tid, mot at arbeidsgiveren får retten til arbeidsresultatet og adgang til å lede, fordele og kontrollere utførelsen av arbeidet.⁷⁸

Adgangen til å inngå arbeidsavtaler er en av grunnrettighetene i arbeidsgivers styringsrett. Tvingende lovgivning setter imidlertid grenser for partenes avtalefrihet ved inngåelse av arbeidsavtaler og begrenser således arbeidsgivers styringsrett tilsvarende - de enkelte bestemmelser vil bli implementert i den videre redegjørelse.⁷⁹

Ansettelse i virksomhet drevet av forvaltningsorganer er også underlagt de ulovfestede regler for forvaltningen og saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, jfr. fvl. § 2 annet ledd jfr. § 3.⁸⁰ Privat sektor må ved ansettelse også føre en saksbehandling som viser at de relevante - dels lovpålagte - hensyn er ivaretatt, hvor et generelt saklighetskrav formodentlig utfyller rettsreglene.⁸¹ Spørsmålet om partene har inngått bindende arbeidsavtale må imidlertid avgjøres ut fra vanlige avtalerettslige prinsipper, jfr. Rt. 1988 s. 766. og Rt. 2001 s. 248. Som nevnt innledningsvis er det imidlertid like klart at de alminnelige avtalerettslige prinsipper må anvendes i samsvar med de forhold og hensyn som gjør seg gjeldende på det spesielle rettsområdet de anvendes. På arbeidsrettens område må således rettsadvenderen trå varsomt for ikke å rokke ved grunnleggende hensyn i arbeidsforhold. Demokratihensyn tilsier at de underliggende forhold på rettsområdet vektlegges; nemlig bakgrunnen for at rettsreglene på området ble utarbeidet.

Hvilke rettsregler som skal anvendes styres av hvilket faktum som finnes bevist, men leilighetsvis vil rettsadvenderen ha flere alternativ, hvis valg fører til ulike

⁷⁸ Arbeidsgivers styringsrett, jfr. Jakhelln: jfr note 2, s. 211 flg.

⁷⁹ Behovet for preseptorisk lovgivning springer ut av styrkeforholdet mellom partene og de ulike interessene som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold. Arbeidsavtalen er derfor i seg selv ansett som et viktig instrument for arbeidstakeren. Gjennom historien har det forøvrig eksistert et spenningsforhold mellom kapitalen og arbeidskraften, som har resultert i til dels omfattende lovregulering. Spenningsforholdet er billedlig formulert allerede i Ot.prp. nr 29 (1912) side. 11-12.

⁸⁰ Avsnitt 2.3.10.

⁸¹ Jakhelln: jfr. note 2, side 44, 45 og 145. Forfatteren anfører at det også utenfor forvaltningens område må antas å gjelde et saklighetsprinsipp, men i noe avdempet form. Tendensen i regelverket går i retning av at arbeidsgiver må legge til grunn saklige kriterier ved ansettelse. Se note 41 .

rettsvirkninger. Den videre fremstilling tar sikte på å greie ut om hvilke rettsregler som kan komme til anvendelse på den ovennevnte problemstilling, og hvorledes det er å foretrekke at de anvendes på arbeidsrettens område.

Denne delen av oppgaven har for øyet de tilfeller hvor arbeidsgiver tilbyr arbeidssøkeren jobb på bakgrunn av uriktig informasjon i attest. Det være seg informasjon om både faglige og sosiale egenskaper, såfremt informasjonen ikke stemmer med realitetene. Arbeidsgiver vedkjenner seg ikke et ansvar etter tilbudet, men arbeidsgiver fastholder sin rett til å tre inn i arbeidsavtalen etter sin aksept - bindende avtale. Problemet tilspisser seg hvis arbeidsgiver oppdager forholdet etter tiltredelse, og arbeidstakeren i fall ugyldighet krever sin arbeidsinnsats restituert i form av et pengekrav.

Videre behandles også den særlige problemstilling at ny arbeidsgiver ved avtaleinngåelsen gjennom attest innhenter opplysninger i strid med lov, og det faktum at arbeidsgiver presser arbeidstaker til egenoppsigelse ved å friste med positiv attest eller true med uriktig attest.

I den videre drøftelse forutsettes at arbeidsavtalen er inngått av arbeidsgiver selv eller av en med fullmakt til å opptre på hans vegne, jfr. f.eks. avtl. §§ 10 og 25.⁸² Det forutsettes også at arbeidssøker ikke er mindreårig eller umyndiggjort.⁸³

3.1 Arbeidssøkers ansvar overfor ny arbeidsgiver

Et første spørsmål er hvor mye en tidligere arbeidsgiver, eventuelt i samråd med den ansatte, kan gi av uriktig informasjon i attest, før arbeidssøkeren må bære risikoen for den uriktige informasjon. Utgangspunktet må være at en arbeidstaker er pliktig å gi slike opplysninger som er relevante i relasjon til stillingens karakter, hvor det avgjørende er om arbeidsgiver ville ha ansatt vedkommende hvis opplysningene var gitt på forhånd. Opplysningsplikten, som anses som et utslag av det alminnelige prinsipp om gjensidig lojalitet i kontraktsforhold, må komme inn med full styrke på

⁸² Jakhelln: jfr. note 2, side 139.

⁸³ Bestemmelser som gjelder arbeidsforhold: Vergemålsloven av 22 april 1927 nr. 3 § 32 og 34 og lov om umyndiggjørelse av 28 november 1898 § 1. Se aml. § 34 med unntak i § 35. også aml §§ 36, 37 og 38. Særbestemmelser finnes også i sjømannsloven § 4.

arbeidsrettens område.⁸⁴ I den videre drøftelse forutsettes at arbeidstakeren var klar over den uriktige informasjon i attesten og forsto eller burde forstått at opplysningene var av betydning for arbeidsgiver.⁸⁵ Spørsmålet er følgelig ikke om, men hvilke rettslige konsekvenser dette får for arbeidstaker.

3.1.1 Er arbeidsavtale inngått? Forholdet mellom alminnelig avtalerett og arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v.

Arbeidsavtaler skal inngås skriftlig og inneholde partenes identitet, jfr. aml. §§ 55 B første ledd og 55 C første ledd a). Bindende arbeidsavtale kan imidlertid komme i stand så vel muntlig som ved konkludent adferd, men da innebære et brudd på kravet til skriftlighet. Hvorvidt partene har bedrevet uforpliktende konversasjon eller bindende disposisjon, må avgjøres ut i fra alminnelige avtalerettslige prinsipper.⁸⁶

I praksis oppstår det sjelden problemer her, men ved inngående forhandlinger om elementer i arbeidsavtalen uten at man kommer til enighet, kan det imidlertid oppstå vanskeligheter. Er det oppnådd enighet om hovedpunktene i et arbeidsforhold, så som arbeidsoppgaver, lønnsbetingelser og arbeidssted, vil arbeidsavtalen normalt måtte anses ferdig inngått.⁸⁷

I Rt. 1965 s 360 kom høyesterett til at partene var kommet så langt som til forhandlinger på et avansert stadium, men heller ikke lenger. Det hadde formodningen mot seg at arbeidsgiver på stedet ville binde seg ved å ansette søkeren, uten å vente på attestene og uten å ha oppnådd

⁸⁴ Kravet til lojal opptreden gjør seg gjeldende med ulik styrke avhengig av hva slags kontraktsforhold det er tale om, jfr. Hov op.cit. side 40 og Rt. 1995 s. 1460 (Haugom dommen). Prinsippet kommer også til uttrykk i Rt. 1935 s. 122 (Falconbrige-dommen), Rt. 1936 s. 909 (Ordbok-dommen) og Rt. 1951 s. 371 (vedbolags-dommen). Arbeidsforhold forutsetter gjerne et særlig tett samarbeid og tillitsforhold mellom arbeidsgiver og ansatt. I forhold til andre kontraktsforhold er arbeidsforhold ofte i større grad avhengig av lojalitet, idet arbeidstakeren ofte handler på arbeidsgiverens vegne. Særegent er også det faktum at det ofte er langvarig, noe som tilsier økt lojalitet og opplysningsplikt. At det stilles strengere krav til lojalitet fra arbeidsgiveren som profesjonell part (noblesse oblige), kan ikke fritta arbeidstakeren for illojalitet ved kontraktsforhandlingene, jfr. Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, s. 208 flg.

⁸⁵ Note 119

⁸⁶ Om disse spørsmål: Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, s. 87 flg. og Woxholth: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, s. 53 flg.

⁸⁷ Dog Rt. 2001 s. 248 omtalt under avsnitt 3.3.1.

den betryggelse som lå i at søkeren hadde gjort seg kjent med fabrikken og boligen under den avtalte besiktigelse som skulle finne sted senere. Det var også grunn til å regne med at arbeidsgiveren ”ville ha bekreftet skriftlig en muntlig avtale om ansettelse i en så viktig stilling”.

I den videre drøftelse forutsettes det derimot at partene er enige om at det i utgangspunktet foreligger disposisjoner i form av tilbud og aksept, men at arbeidsgiver hevder han er uforpliktet som følge av den uriktige attest.

Den grunnleggende lære om avtaleinngåelse går ut på at bindende avtale inngås ved at et tilbud aksepteres innen akseptfristens utløp, jfr. avtaleloven §§ 2 flg.⁸⁸ Utlysning av ledig stilling og søknad på en utlyst stilling anses ikke som et tilbud, men kun som en oppfordring til å komme med tilbud, jfr. avtl. § 9.⁸⁹ Søknaden med attest danner således grunnlaget for arbeidsgivers tilbud til arbeidssøker.

Avgiveren av tilbudet er imidlertid ikke bundet hvis tilbudet avslås (§ 5), hvis det aksepteres for sent (§ 4), eller hvis det foreligger uoverenstemmende aksept (§ 6). I forhold til denne avhandlingen er det sistnevnte alternativ som er mest interessant.

En aksept som ikke samsvarer med tilbudet anses som et avslag og et nytt tilbud; som den opprinnelige tilbyder må akseptere i fall avtale skal anses inngått, jfr avtl. § 6. I Rt. 1988 s. 766 var forholdet at arbeidstakeren hadde mottatt brev om at hun var ansatt i et fire måneders vikariat.⁹⁰ Hun bekreftet at hun aksepterte ansettelsen, men tilkjennega samtidig at hun etter en måneds tid ville søke permisjon på grunn av graviditet. Arbeidsgiveren kunne anføre at det forelå bristende forutsetninger, idet opplysningene ikke fremkom i arbeidstakers søknad. Lagmannsretten anla vitterlig den betraktning at aksepten ikke samsvarte med tilbudet, jfr. avtl. § 6. Høyesterett underkjente rettsanvendelsen, men fant at vedkommende fortsatt ikke var ansatt i stillingen, idet lagmannsretten i sin underliggende begrunnelse fyllestgjørende hadde behandlet vilkårene for læren om bristende forutsetninger. Kjæremålsutvalgsutvalgets begrunnelse følger vedlagt.⁹¹

⁸⁸ Lov av 31 mai 1918 nr 4. (avtl.)

⁸⁹ Jakhelln: jfr. note 2, side 138.

⁹⁰ Avgjørelsen er kritisert av Elisabeth Vigerus: *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, Oslo 1998. Hun mener avgjørelsen er vanskelig å forsvare ut fra likestillingslovens regler.

⁹¹ Vedlegg 2.

Avgjørelsen trekker i retning av at avtl. § 6 ikke er anvendelig i de tilfelle hvor tilbudet bygger på uriktige forutsetninger som følge av uriktig informasjon i attest, med den følge at aksepten i realiteten ikke samsvarer med tilbudet. Konstruksjonen minner forsåvidt mer om forholdet ved såkalt skjult dissens, hvor regelen i § 6 annet ledd ikke er direkte anvendelig. I et slikt tilfelle vil partene ha ulik forståelse av tilbud og aksept, uten at noen av alternativene kan sies å være mer riktig enn den andre. Ut i fra en konkret vurdering vil man her ha to valgmuligheter, hvor utgangspunktet synes å være at avtale ikke anses å være inngått - etter mønster fra avtl. § 6.⁹² Det annet alternativ er å legge til grunn at avtale anses inngått, og supplere den innholdsmessig gjennom tolkning og deklarasjonsrettssstoff. Forholdet ved skjult dissens kan neppe sies å være anvendelig på avhandlingens problemstilling, idet arbeidssøker er klar over at tilbudet bygger på uriktig grunnlag; og at aksepten i realiteten dermed ikke stemmer med tilbudet. I samsvar med Høyesteretts avgjørelse bør man falle tilbake på læren om bristende forutsetninger, hvor arbeidsavtalen bringes til opphør utenom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler.

Høyesterett kom til at avtalelovens tilbuds- og aksept-modell ikke kom til anvendelse, men kunne anlagt den betraktning at arbeidsavtale var inngått og følgelig måtte bringes til opphør ved oppsigelse eller avskjed. Selv om arbeidsgiver må forholde seg til arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ville løsningen nødvendigvis ikke bli vesensforskjellig, idet uriktig informasjon ved ansettelse kan anses som et kvalifisert tillitsbrudd og gi selvstendig grunnlag for avskjed.⁹³ I så fall bringes arbeidsavtalen øyeblikkelig til opphør - i samsvar med demokrati- og vernehensyn - etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. I den ovennevnte avgjørelse fremtrer det imidlertid som rimelig at kommunen kunne påberope seg læren om bristende forutsetninger.

⁹² Woxholth: jfr. note 86, side 81.

⁹³ Avsnitt 3.1.7.

3.1.2 Erstatning hvis avtale ikke kommer i stand – culpa in contrahendo

Dersom en bindende avtale ikke blir oppfylt etter sitt innhold, kan erstatning inntre som en misligholdsbeføyelse. Et slikt erstatningskrav forutsetter - som sedvanlig - både økonomisk tap og ansvarsgrunnlag. Tap kan også oppstå som følge av at avtale ikke kommer i stand – det være seg utgifter til kontraktsforhandlinger, utgifter til utlysninger, prosjekteringer, planlegging mv. Utgangspunktet etter norsk rett er at slikt tap må bæres av partene selv. I teorien er det derimot med tyngde anført at det bør opereres med en ”sikkerhetsventil” – en mulighet for at den tapslidende part kan får dekket sitt tap av den annen, dersom denne har utvist skyld under kontraktsforhandlingene (culpa in contrahendo).⁹⁴ Det foreligger ennå ikke noen norsk høyesterettsdom som mer prinsipielt tar standpunkt til spørsmålet om prekontraktuell ansvar og som ilegger erstatning,⁹⁵ men spørsmålet er berørt og tidvis forutsatt i en rekke dommer: Rt. 1967 s. 13 (Frionordommen), Rt. 1970 637 (Skoleskyssdommen), Rt. 1984 s. 624 (Tromsø-kjøp-dommen), Rt. 1981 s. 462 (Malvik-dommen), Rt. 1981 s. 1047 (Tingholm dommen), Rt. 1992 s. 1110 Stiansen-OBOS dommen), Rt. 1995 s. 543 (Selsbakkhøgda borettslag) og Rt. 1998 s. 761 (Kina-Hansen- saken).

Den Högsta Domstolen i Sverige har avsagt to dommer hva angår prekontraktuell ansvar, hvorav den ene ilegger et prekontraktuell erstatningsansvar, jfr. NJA 1963 s 105 (Colombia-dommen). Den andre synes å forutsette et slikt ansvar, idet den gir klart uttrykk for at i tilfelle av illojalitet ville de være ansvarlig (culpa in contrahendo), for et eventuelt tap forhandlingsmotparten ville ha pådratt seg, jfr. NJA 1963 s 105 (Super V-pumpen). Ansvaret er i teorien betegnet som et prekontraktuell erstatningsansvar og omfatter naturlig den negative kontraktsinteresse.⁹⁶ Med denne betegnelsen siktes det til en situasjon hvor aktørene i et marked har satt seg i kontakt

⁹⁴ Simonsen: prekontraktuell ansvar og Woxholt: jfr note 86, side 202 flg. Kjernen i begrunnelsen for et slikt ansvar er at det eksisterer visse skrevne eller uskrevne ”kjøreregler” for lojal adferd som partene må følge under forhandlingene.

⁹⁵ For anbudsrettens vedkommende er det imidlertid gitt erstatning også ut i fra positiv kontraktsinteresse, jfr. Rt. 2001 s. 1061. De særlige forhold som gjør seg gjeldende ved slik kontraktsinngåelse vil neppe materialisere seg ved inngåelse av arbeidsavtaler, idet partene normalt ikke har slik berettiget forventning før avtale er inngått.

⁹⁶ Dvs. det tap parten har hatt fordi han har stolt på at det skulle komme i stand en avtale (tillitsinteressen).

med hverandre med den uttalte hensikt å inngå en avtale, eller å avklare mulighetene for å slutte en avtale, uten at avtale kommer i stand. Regelen skaper sammenheng i avtaleretten, idet man uten dette ansvaret konsekvent ville nektet erstatning i de tilfeller hvor det ellers erstatningsbetingende forhold ble oppdaget før avtale inngås - med den følge at avtale ikke inngås. Det avgrenses mot noen grundigere behandling av denne regelen.

I forhold til denne oppgaven er det interessant om det mellom arbeidssøker og arbeidsgiver kan oppstå et slikt ansvar, og særlig som følge av en uriktig attest. Den eneste høyesterettsdom i skandinavisk rett som ilegger prekontratuelt erstatningsansvar gjelder nettopp inngåelse av kontrakt i arbeidsforhold. Dommen er inntatt i NJA 1963 s 105 (Colombia-dommen).

Saken gjaldt ansettelse i et colombiansk svenskeid aksjeselskap. Den arbeidssøkende hadde i tillit til et villedende, men uforpliktende utsagn om ansettelse, sluttet i sitt tidligere arbeid i Sverige og reist til Colombia for å tiltre stillingen. Det viste seg at nødvendig klarering av ansettelsen ikke kunne oppnås på grunn av interne uoverensstemmelser i selskapet. Retten fant at arbeidssøkeren burde blitt informert, og selskapet ble kjent erstatningspliktig for de utgifter han hadde hatt.

Dommen fastslår at regelen etter svensk rett får anvendelse også ved inngåelse av arbeidskontrakter. Hvis det først legges til grunn at det inntre ansvar i slike tilfeller også etter norsk rett, taler de beste grunner for at det må legges til grunn samme anvendelsesområdet som i Sverige. I fall regelen kan anvendes i arbeidsforhold må ikke bare en arbeidsgiver som kan bebreides culpa in contrahendo kunne pådra seg ansvar, men også en arbeidstaker.

Utgangspunktet må her være at den arbeidssøkende har optrådt bevisst og kvalifisert illojalt ved ansettelsen, slik at culpanormen forsåvidt ytterligere heves;⁹⁷ hvor det sentrale vil være brudd på opplysningsplikten. Dersom arbeidssøkeren bevisst benytter uriktig informasjon i attest som han måtte vite at arbeidsgiveren legger stor vekt på ved ansettelsen, vil han kunne pådra seg ansvar (culpa in contrahendo) hvis forholdet oppdages før arbeidsavtale inngås. En forutsetning må som sedvanlig være at arbeidssøkeren burde ha innsett at hans handlinger eller mangel på sådanne kunne føre til at den arbeidsgiveren ble påført tap. Et adekvat økonomisk tap kan tenkes å være

⁹⁷ Hagstrøm: Culpanormen.

utlegg arbeidsgiveren har hatt for seg selv og arbeidssøker i form av f.eks. reise, kost og losji m.v.

3.1.3 Avtaleloven §§ 7 og 39

Arbeidsgiveren har mulighet til å trekke tilbake tilbudet om ansettelse, så lenge det ikke er kommet til søkerens kunnskap, jfr avtl § 7.⁹⁸ Bestemmelsen angir hovedregelen om når et tilbud er bindende. I dette ligger at tilbakekallet må komme frem før eller samtidig med at tilbudet kommer til adressatens kunnskap - forstått dit hen at hovedinnholdet er opptatt adressatens bevissthet, før tilbakekallet kommer frem.

Unntaksvis gjelder det en utvidet tilbakekallsrett, jfr avtl. § 39. Etter bestemmelsen kan tilbudet kalles tilbake ”før noe har skjedd” - re-integra. Bestemmelsen regulerer direkte kun hvilket tidspunkt som er relevant ved god-tro vurderingen i tilknytning til lovens svake ugyldighetsregler, men i praksis har det lenge vært vanlig å anvende prinsippet analogisk i forhold til tilbakekall. En slik anvendelse er for øvrig i samsvar med uttalelser i forarbeidene til avtaleloven, som forutsetter en utvidet til tilbakekall i grensetilfelle.⁹⁹ To kumulative vilkår må være oppfylt for at utvidet tilbakekallsrett kan komme på tale. For det første må det gjøre seg gjeldende ”særlige grunde” og for det annet må adressaten ennå ikke ha ”innrettet sig” etter utsagnet. Den strenge rettspraksis viser at bestemmelsen kun er en sikkerhetsventil for de helt spesielle tilfelle, jfr. Rt. 1926 s. 597, Rt. 1936 s. 803, Rt. 1964 s. 1260, Rt. 1966

⁹⁸ I statlige -, kommunale - og fylkeskommunale forvaltningsorganer vil en beslektet regel følge av forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav b), idet fvl § 3 annet ledd kun gjør unntak for fvl. § 35 tredje ledd i saker om ansettelse. Bestemmelsen fastsetter at organet kan omgjøre sitt eget vedtak av eget tiltak dersom ”underretning om vedtaket ikke er kommet fram til vedkommende og vedtaket heller ikke er offentlig kunngjort”. I Rt. 1968 s. 283 kom flertallet (3-2) til at kommunen kunne omgjøre et ansettelsesvedtak, selv om det var fattet på et møte i skolestyret hvor tilhørere og pressen hadde adgang. Arbeidssøkeren hadde ikke fått meddelelse på en slik måte at kommunen var rettslig forpliktet. Mindretallet antok imidlertid at søkeren hadde fått bindende meddelelse om vedtaket. Omgjøringen - som er et enkeltvedtak - var saklig som følge av vedkommendes kroniske hjertesykdom. Eckoff/Smith og Frihagen er også inne på spørsmålet om det kan tenkes særtilfelle der det inntreer en utvidet adgang til omgjøring - en type re-integra-regel som i avtaleretten.

⁹⁹ Utkast 1914 s. 36-37

s. 292 og Rt. 1983 s. 281. Til illustrasjon kan nevnes NAD 1984-1986 s 337 hvor retten kom til at arbeidsgiver hadde rett til å avvise arbeidstakeren etter avtaleloven § 39. Forholdet var at arbeidsgiver før tiltredelse fikk opplysning om at arbeidstakeren hadde begått tyveri fra tidligere arbeidsgiver.

3.1.4 Ugyldighet - forholdet mellom avtalerettslig ugyldighet og arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v.

Avtaleloven gjelder kun direkte på formuerettens område, jfr. avtl. § 41. Begrepet ”formuerett” nyttes i en tradisjonell inndeling av vårt rettssystem; hvor det på den ene side avgrenses mot den offentlige rett og den annen side mot familie-, arve- og personretten. Arbeidsavtalen kan ikke i sin helhet presses inn under begrepet formuerett. Helt klart er det at den har et formuesrettslig element - arbeidstakeren skal ha betaling for utført arbeid -, men et arbeidsforhold omfatter også et vesentlig element av ikke-økonomisk karakter.¹⁰⁰ Allerede dette utgangspunkt hentyder til en anvendelse under tilbørlig hensyntagen til forhold som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold, og de underliggende beveggrunner til at det er utarbeidet spesialregler på området.

Forarbeidene til avtl. § 36 forutsetter dog en analogisk anvendelse på tilgrensede områder, herunder på avtaler mellom en privatperson og det offentlige.¹⁰¹ Ot.prp. nr. 5 (1982-83) avsnitt. 8.1, s. 40 uttaler at ordlyden ”avtaler” i avtl. § 36 omfatter arbeidsavtaler og i prinsippet også tariffavtaler. Det samme anvendelsesområdet må antagelig legges til grunn for avtl. § 33. Arbeidsavtaler kan derfor i utgangspunktet kjennes helt eller delvis ugyldig som følge av ugyldighetsgrunner ved tilblivelsen - også på bakgrunn av uriktige attester.

Hagstrøm gir imidlertid uttrykk for at det i ”teorien” ... ”ofte har vært hevdet” at ugyldighetsinnsigelsen vil konsumeres av misligholdsreglene, hvor begge regelsett i

¹⁰⁰ Menneskelige forhold tillegges stor vekt i arbeidsforhold, idet arbeidsavtalen forplikter arbeidstakeren *personlig* å utføre arbeid store deler av sin hverdag. Arbeidssituasjonen vil derfor kunne influere på hele livssituasjonen for den enkelte, jfr. Jakhelln: jfr. note 2, s. 99. Behovet for et godt og tillitsfullt samarbeid mellom bedrift og arbeidstaker har bl.a. kommet til uttrykk i Hovedavtalen LO-NHO § 9-1.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. (1982-83) side 16. og NOU 1979:32 side 42-44.

utgangspunktet er anvendelige.¹⁰² En slik løsning vil innebære at kun misligholdsbeføyelsene i slike situasjoner kan påberopes. Hov er uenig i påstanden, og anfører at han ikke kan huske å ha sett et slikt standpunkt i teorien.¹⁰³ Forfatteren anfører videre at en slik regel ”umiddelbart vil fremstå som et brud med det sivilprosessuelle disposisjonsprinsipp - at det er opp til partene å velge hvilke påstander de vil nedlegge, og hvilke rettlige grunnlag de vil påberope seg, jfr. tvml §§ 85 og 86”. Den måtte i så fall oppfattes som en materiell regel - som uansett ville være fullstendig urimelig. Han anfører videre at det kan være fordelaktig å påberope seg ugyldighet, f.eks. hvis avtalen er tapsbringende, hvis motparten er konkurs og ved restitusjon i de tilfelle ytelsen ikke kan leveres tilbake i samme stand og mengde.

Ved valget av om den skal kjennes helt eller delvis ugyldig, spiller naturligvis ugyldighetsgrunnen hovedrollen. Her vil opplysningsplikt som et utslag av det alminnelige lojalitetsprinsipp i kontraktsforhold spille en stor rolle. Ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold kan formodentlig i seg selv føre til at en kontrakt er ugyldig, jfr. Rt. 1984 s. 28 og Rt. 1995 s. 1460 (Haugom-dommen). Hov anfører imidlertid at en slik regel vil være lite fruktbar, idet generalklausulene i avtl. §§ 33 og 36 nettopp er ment å fange opp endringer i synet på hva som er rett og galt.¹⁰⁴ Woxholth uttaler derimot i forbindelse med anførselen om avtl. § 33 i Haugom-dommen at ”det forhold at Høyesterett overhodet ikke kommenterer denne anførselen, men fullt og helt valgte å avgjøre saken på bakgrunn av den ulovfestede ugyldighetsregelen, gir en klar indikasjon på hvor ”gjerdet er lavest”.¹⁰⁵

Har arbeidsgiver bygget sitt tilbud på sviktende eller uriktig grunnlag, kan han si seg fra avtalen og den anses ikke for inngått, jfr. den ulovfestede lære om bristende forutsetninger. Fanebust har streift problemstillingen i forbindelse med arbeidsgivers undersøkelsesplikt ved ansettelse¹⁰⁶ - begrunnelsen følger vedlagt.¹⁰⁷ Med respekt å melde synes problemstillingen noe unyansert, idet læren om bristende forutsetninger, omgjøring av forvaltingsvedtak og oppsigelse, ikke holdes atskilt. Forfatteren formoder at bristende forutsetninger kan gi arbeidsgiver grunnlag for å ”si opp” arbeidstakeren,

¹⁰² Hagstrøm: Fragmenter fra obligasjonsrett II, s. 23.

¹⁰³ jfr note 86, s. 135.

¹⁰⁴ Jfr. note 86, s 265.

¹⁰⁵ Jfr. note 86.

¹⁰⁶ Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, side 208.

¹⁰⁷ Vedlegg 3.

men omtaler ikke spørsmålet om den ulovfestede lære kan være selvstendig grunnlag for bortfall eller at avtalen må anses for ikke inngått. På bakgrunn av bokens tittel og avsnittets innhold må det antas at det kun siktes til at bristende forutsetninger gir grunnlag for en oppsigelse, og dermed vil arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern m.v. komme direkte til anvendelse.

Dette er ikke tilfelle hvis arbeidsavtalen er ugyldig som følge av tilblivelsesmangler. Forfatteren går ikke inn på hva som ligger i formuleringen ”en form for ”omgjøring” av tilsetningsvedtaket”, men må formodentlig ha i tanke en form for analogisk - eller utvidende - anvendelse av forvaltningsloven § 35.¹⁰⁸ Videre synes det forunderlig at det avgjørende skal være om arbeidsgiver kunne avdekket forholdet ved å ta en telefon, idet forfatteren mener poenget er at arbeidstakeren legger frem opplysningene, og må være nærmest å vite at opplysningene ikke er dekkende. Selv om forfatteren sikter til en utvidet undersøkelsesplikt for arbeidsgiver som profesjonell part, synes risikoen for de uriktige opplysningene ved dette fordelt.

Jakhelln har behandlet spørsmålet i forbindelse med avskjedigelse etter sjøml. § 33 - under spørsmålet om bestemmelsen er uttømmende.¹⁰⁹

Forfatteren nevner at rettspraksis i enkelte særtilfeller synes å ha satt seg utover oppregningen i sjøml. § 33, hvor rettsanvendelsen minner mer om bristende forutsetninger enn misligholdelse. Forfatteren uttaler i denne sammenheng at ”bl.a i denne forbindelse har det derfor stor betydning at sjømannen ved avtaleinngåelsen (forhyringen) har en opplysningsplikt overfor rederiet”. Ved brudd på opplysningsplikten ved avtaleinngåelsen uttaler forfatteren at det ”i disse forhold synes det ikke riktig å ta utgangspunkt i § 33 nr. 3 og bedømme om forholdet utgjør en grov tjenesteforsømmelse fra sjømannens side. I noen tilfelle vil spørsmålet kunne være om arbeidsavtalen er gyldig inngått, eller om en ugyldighetsregel - som f.eks. avtalel. §§ 30 eller 33 – griper inn. I andre tilfelle kan spørsmålet være om forholdet representerer en bristende forutsetning for avtalen i en slik grad at rederiet er berettiget til å heve den med øyeblikkelig virkning - noe der normalt skal svært meget til før kan skje.”

Forfatteren viser også til dansk praksis som illustrerer problemstillingen, se vedlegg.¹¹⁰

I norsk rettspraksis finnes eksempel på at mangelfulle opplysninger ved kontraktsinngåelsen medførte at læren om bristende forutsetninger kom til anvendelse,

¹⁰⁸ Avsnitt 3.1.3.

¹⁰⁹ Jakhelln: Avskjedigelse etter sjømannslovens § 33, avsnitt 11 s. (481) 89.

¹¹⁰ Vedlegg 4.

jfr. Rt. 1988 s. 766. Forholdet var at arbeidstakeren hadde mottatt brev om at hun var ansatt i et fire måneders vikariat. Hun bekreftet at hun aksepterte ansettelsen, men tilkjennega samtidig at hun etter en måneds tid ville søke permisjon på grunn av graviditet. Arbeidsgiveren kunne anføre at det forelå bristende forutsetninger, idet opplysningene ikke fremkom av arbeidstakers søknad. Løftemottageren hadde i dette tilfellet unnlatt å opplyse om et forhold han måtte forstå var vesentlig for løftegiveren,¹¹¹ hvor f.eks. avtl. § 33 antakelig er like anvendelig.

I de tilfeller arbeidssøker gjennom attest har gitt uriktige opplysninger om sine faglige kunnskaper m.v., kan dette medføre at arbeidstaker kan si seg fra avtalen etter ovennevnte alternative rettsgrunnlag. Iallfall må det være tilfelle hvis resultatet er at vedkommende ikke fungerer i stillingen; hvor ikke bare tilblivelsen men også avtalens innhold - arbeidstakers ytelse - gjør det rimelig at arbeidsgiver kan si seg fra hele avtalen.¹¹²

Av hensyn til avhandlingens omfang avgrenses det mot en gjennomgang av vilkårene for de alternative grunnlag for ugyldighet, men legger til grunn at både avtl. § 33, § 36, den ulovfestede læren om bristende forutsetninger og evt. brudd på lojalitet i kontraktsforhold, kan komme til anvendelse. Denne delen av avhandlingens hovedanliggende er å se på virkningen av avtalerettslig ugyldighet av en arbeidsavtale.

Dersom en avtale kjennes ugyldig, skal forholdet etter alminnelige avtalerettslige regler stilles som om avtale ikke har funnet sted. I arbeidsrettslig forstand betyr det at man må se bort fra arbeidsavtalen. Av drøftelsen under følger det at arbeidsmiljølovens preseptoriske bestemmelser om oppsigelsesvern senest kommer til anvendelse ved tiltredelse, men ut i fra reelle hensyn bør komme til anvendelse allerede ved kontraktsinngåelse.¹¹³ En kunne således anføre at loven senest kommer til anvendelse på ethvert arbeidsforhold ved tiltredelse. Arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern m.v. kommer imidlertid neppe direkte til anvendelse på en ugyldig arbeidsavtale, idet arbeidsgiver dermed aldri har ansatt arbeidstakeren.¹¹⁴

¹¹¹ Utsnitt av Høyesteretts begrunnelse følger som vedlegg 2.

¹¹² Særskilte spørsmål i forbindelse med prøvetid blir ikke behandlet, idet arbeidsgiver formodentlig bør reagere (agere) innen utløpet av prøvetiden, jfr under.

¹¹³ Avsitt 3.1.5.

¹¹⁴ I denne retning, Fougner: Arbeidsavtalen - utvalgte emner, s. 176.

Arbeidsmiljølovens preseptoriske regler kunne - utrykkelig eller mer indirekte - forutsatt at avtalerettslig ugyldighet ikke kunne påberopes etter tiltredelse, men slike antydninger er ikke å finne i verken lov eller forarbeider. Følgelig må formodentlig hovedregelen, om at anvendelsen av en ugyldighetsregel ikke er betinget av at forpliktelsen er uoppfylt, komme til anvendelse.¹¹⁵

Spørsmålet videre blir derfor om enkelte av arbeidsmiljølovens bestemmelser bør anvendes analogisk på slike tilfelle, et spørsmål som formentlig må vurderes i forhold til de enkelte bestemmelser i kap. XII. Dette gjelder bl.a. spørsmålet om retten til å fortsette i stillingen, jfr. § 61, formkravene jfr. § 57 og rettsvirkningene av ugyldighet, jfr. § 62 første ledd.¹¹⁶

Demokrati- og vernehensyn tilsier forsåvidt en analogisk anvendelse av arbeidsmiljølovens regler i ethvert arbeidsforhold, idet bakgrunnen for at det ble etablert spesialregler på området må tillegges betydelig vekt ved anvendelse av bakgrunnsretten. Det siktes her til hensyn som trygghet, stabilitet og rettsikkerhet i arbeidsforhold som også kommer til uttrykk i arbeidsmiljølovens formålsparagraf, jfr. § 1. Vernehensynene gjør seg sterkere gjeldende jo lenger ut i kontraktsforholdet man kommer, idet oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven innebærer et vern av et etablert rettsforhold som ikke kan sies å foreligge i startgropen av kontraktsforholdet.

Derimot er det rimelig at stillingsvernsreglene kommer analogisk til anvendelse kort tid etter arbeidstakeren har tiltrådt arbeidet. Arbeidsgiver bør imidlertid få en rimelig mulighet til å avdekke forholdet, idet arbeidstakeren først viser sine kunnskaper gjennom det praktiske arbeid. En arbeidstaker som på uredelig måte har manipulert seg fram til en ansettelse, bør ikke nyte godt av det samme vern som redelige arbeidstakere. Arbeidstakeren kan i et slikt tilfelle ikke sies å ha en berettiget forventning som i det enkelte tilfelle er beskyttelsesverdig ut i fra hensynene arbeidsmiljøloven er ment å

¹¹⁵ NOU 1979:32 side 48 avsnitt 5.6. I forhold til generalklausulene i avtaleloven kapittel 3 .

¹¹⁶ Arbeidstaker bør få et varsel som iallfall inneholder informasjon om søksmålsadgang og frister, idet de særlige prosessuelle reglene i aml. § 61 flg. formentlig kommer til anvendelse. Her må nevnes at også grensdragningen mellom avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold i praksis kan være vanskelig, noe aml. § 66 nr. 4 kan sies å være en bekreftelse på. Er alternativet således ikke en avskjedigelse, men en oppsigelse må også nevnes kravene til oppsigelsens form, angivelse og innhold, jfr. arbeidsmiljøloven § 57. Overtredelse av denne bestemmelsen gir selvstendig grunnlag for erstatning, jfr. § 57 nr. 2 fjerde ledd annet pkt. Arbeidstakeren har ved oppsigelse også krav på å stå i stillingen ut oppsigelsestiden, jfr. aml. § 58.

verne. Der forholdet er mindre alvorlig, men just tilstrekkelig til å konstatere ugyldighet, blir spørsmålet imidlertid mer komplisert; hvor arbeidsmiljølovens vernehensyn vil gjøre seg sterkere gjeldende jo lenger arbeidsforholdet varer. Til dette kommer at arbeidsmiljøloven inneholder bestemmelser som er anvendelige også overfor illojale arbeidstakere, og at disse på sitt område bør foretrekkes fremfor generell avtalerett. Betragtningen tilsier at arbeidstaker må reagere raskt etter tiltredelse for å kunne påberope seg avtalerettslig ugyldighet, hvis ikke arbeidsmiljøloven skal komme analogisk til anvendelse.¹¹⁷ De særlige prosessuelle regler vil etter sin ordlyd komme til anvendelse også ved påberopelse av avtalerettslig ugyldighet, jfr aml. § 61.¹¹⁸

Hva er så forholdet mellom vilkårene for avtalerettslig ugyldighet og avskjed etter aml. § 66?¹¹⁹ I juridisk teori er det anført at terskelen for avtalerettslig ugyldighet må antas å være like høy som kravene til vesentlig mislighold etter de alminnelige kontraktsrettslige regler.¹²⁰ Det må følgelig antas at terskelen for avtalerettslig ugyldighet på arbeidsrettens område ligger i samme området som avskjedigelse etter arbeidsmiljøloven, hvor grunnvilkåret er ”vesentlig mislighold”, jfr. aml § 66 nr. 1.

Her synes det å være uenighet i juridisk teori. Jakhelln fremholder at ordlyden ”grovt pliktbrudd” omfattes av begrepet ”vesentlig mislighold”, og for så vidt bare er et eksempel på dette.¹²¹ Hagstøm anfører imidlertid at ordlyden ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold” på bakgrunn av ”ejusdem generis”-regelen må tolkes slik at ”vanlig” vesentlig mislighold ikke er nok til avskjed, men det må noe mer til.¹²²

¹¹⁷ Arbeidsgiveren må også reagere innen rimelig tid, for ikke å gi avkall på sin rett til å gi avskjed, jfr Rt. 1983 s. 1481 og ILO-rekommandasjon nr. 119.

¹¹⁸ Uavhengig av hvem og hvordan arbeidsforholdet er brakt til opphør, kan arbeidstaker kreve forhandlinger med arbeidsgiveren jfr arbeidsmiljøloven § 61 nr. 2, og skulle det anlegges sak vil de spesielle prosessuelle bestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 61 flg. komme til anvendelse jfr. Rt 1992 s. 1175.

¹¹⁹ Jakhelln, jfr. note 109, s. 92 (484) synes å anføre at grunnlaget for ugyldighet som følge av brutt opplysningsplikt ved avtaleinngåelsen, må harmoneres med grunnlaget for avskjed. At sjømannen bare burde kjenne til forholdet og dermed opplyst rederiet, bør således neppe føre til ugyldighet m.v. - alminnelige risikobetraktninger må forøvrig anvendes.

¹²⁰ Hagstrøm: jfr note 86, kapittel 12 og 51, s. 23 og Hov: jfr note 114, s. 75 flg.

¹²¹ Jfr. note 2, side 332.

¹²² Hagstøm: Fragmenter I, s. 126. ”Ejusdem generis” - regelen (av samme slag).

Avskjedigelse etter arbeidsmiljøloven § 66 medfører likevel en større belastning for arbeidsgiver enn det å kunne påberope seg avtalerettslig ugyldighet - og således bare meddele at avtalen er falt bort og utestenge den ansatte fra arbeidsstedet. Arbeidsgiver synes også å komme fri fra arbeidsmiljølovens erstatningsbestemmelse, i fall ugyldigheten blir underkjent.¹²³

En adgang til å bringe arbeidsforhold til opphør uten oppsigelse eller avskjed, er egnet til å undergrave vernereglene arbeidsmiljøloven stilingsvernregler bygger på. Avhandlingens utgangspunkt, om at avtaleretten i visse tilfelle kan stå i et motsetningsforhold til arbeidsretten, bærer følgelig ikke helt galt av sted. Drøftelsen bygger på rimelighetsbetraktninger ut i fra ovennevnte vernehensyn, hvor det må understrekes at løsningen er høyst usikker.

Et forvaltningsorgan vil også ha en mulighet til å ”annullere” eget ansettelsesvedtak som følge av at det er ugyldig, jfr fvl. § 35 første ledd bokstav c. Som nevnt over¹²⁴ vil ikke bare forvaltningens alminnelige regler komme til anvendelse ved ansettelse, men også forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, jfr fvl. § 2 annet ledd første punktum. Lovavdelingen har i uttalelsen jnr. 141/84E antatt at ordlyden ” avgjørelse som gjelder ansettelse” også omfatter omgjøring av ansettelse. Følgelig må det antas at også omgjøring av en ansettelse faller inn under forvaltningslovens regler om enkeltvedtak. Unntatt er derimot fvl. § 35 tredje ledd. Dersom arbeidssøkeren bevisst har benyttet uriktige attester, gjør ikke de samme betenkeligheter seg gjeldende ved å tillate slik omgjøring. Imidlertid kan det tenkes at annullering kan finne sted selv om arbeidstakeren ikke var klar over de uriktige attestene, og således kun har opptrådt uaktsomt. I Rt. 1961 s. 78 godtok Høyesterett annulleringen under henvisning til at søkeren i det minste hadde vært uaktsom da han eller hun ga de uriktige opplysninger. Her vil vedtaket forholdsvis lett kunne bli ugyldig etter fvl. § 41, idet ansettelsesorganet har bygget sin avgjørelse på feil faktum. Spørsmålet om et vedtak "må anses som ugyldig" avgjøres som alt overveiende hovedregel på grunnlag av en vurdering av om vedtaket ville ha blitt ansett som ugyldig om det hadde blitt prøvd for domstolene.

Forvaltningsorganet kan også omgjøre ansettelsen etter fvl. § 35 femte ledd, som viser til de ulovfestede regler for omgjøring. Avgjørelsen beror på en sammensatt helhetsvurdering, hvor det som utgangspunkt må foreligge særlige og kvalifiserte omstendigheter til før vedtaket kan omgjøres – en kvalifisert interesseovervekt.¹²⁵ Det kan ikke være helt utelukket å anvende bestemmelsen også i forhold til ansettelsesvedtak.

¹²³ Avsnitt 3.1.6.

¹²⁴ Avsnitt 3.1.3

¹²⁵ Eckhoff/Smith, s. 529 og 530.

3.1.4.1 Virkningen av ugyldighet etter tiltredelse – restitusjon

Er en avtale ugyldig skal forholdet stilles som om avtale ikke har funnet sted, og hver av partene skal tilbakeføre alt som er mottatt.¹²⁶ Tillates avtalerettslig ugyldighet hvor arbeidstaker har tiltrådt arbeidet og således løpende levert sin ytelse i form av arbeidskraft, vil derimot en tilbakeføring volde problemer.

Har arbeidsgiver ikke utbetalt lønn, vil utgangspunktet formodentlig være at arbeidstakerens krav omdannes til et pengekrav - for såvidt etter mønster av aml. § 55. En slik løsning kan også sies å følge naturlig av kontraktsforholdet egenart, idet tilbakeføring av selve arbeidsytelsen uansett er en fysisk umulighet. I arbeidsforhold er det derfor mer treffende å tale om godtgjørelse for utført arbeid, enn tilbakeføring av en mottatt ytelse.

Jakhelln anfører at hvor en sjømann fratrer ”fordi er ugyldig eller en relevant bristende forutsetning foreligger, må han normalt ha krav på hyre for den tid han har gjort tjeneste; derimot vil han - iallfall ved ugyldighet - ikke ha krav på andre ytelser, som f.eks. fri hjemreise.”¹²⁷

Det karakteristiske med et arbeidsforhold er at arbeidsgiver i tillegg til å lede fordele og kontrollere arbeidet, også er forbeholdt retten til arbeidsresultatet. Tildeling av arbeidsresultatet til arbeidstaker er derfor neppe en nærliggende løsning, og i de fleste tilfeller en umulighet, idet arbeidsresultatet oftest er et produkt av mange personer og maskiners innsats. Dessuten er det ofte arbeidsgiveren som har lagt til rette for at arbeidstakeren kan produsere vedkommende produkt.

I NOU 1979:32 s. 49 foreslo utredningen at en parts tilbakesøkningskrav etter avtl. § 36 skulle følge reglene om *condictio indebiti*, slik at kravet skulle tilsvare berikelsen. Etter departementets oppfatning kunne ikke dette gjelde som en generell regel, jfr. Ot.prp. nr. 5 (1982-83), s. 37. Men synes å være utgangspunktet hvor en part har vært i god tro.

¹²⁶ Hov: jfr. note 86, side 299. Lovbestemmelser om dette finnes i straffeloven ikrafttredelseslov § 12, vergemålsloven § 37 og avtl § 31 tredje ledd. Ved delvis ugyldighet er pristiltaksloven § 6 av interesse. Prinsippet om tilbakebetaling ved ugyldig avtale gjelder imidlertid ikke unntaksfritt, jfr. Rt. 1995 s 46. Saksforholdet i dommen er imidlertid meget spesielt og dermed også prejudikatverdien. Selv om lovregulering mangler, skal betalt vederlag normalt betales tilbake, hvis kontraktsgrunnlaget for betalingen viser seg å være ugyldig, jfr. Rt. 1959 s. 1048 og Rt. 1995 s. 1460.

¹²⁷ Jfr. note 109, s. (483) 91 note 15.

I denne sammenheng må forholdet mellom tilbakebetaling ved ugyldighet og læren om *condictio indebiti* nevnes. Det er normalt og naturlig å betrakte disse som egne kategorier, adskilt fra hverandre. I begge tilfelle er betaling normalt skjedd i uvitenhet om at "fordringen" egentlig ikke eksisterer. Det er derfor ikke lett å skille mellom de tilfeller som bør behandles etter avtalerettens forholdsvis skjematisk regler om tilbakebetaling, og de tilfeller som bør drøftes ut i fra de skjønsmessige prinsippene om *condictio indebiti*. At man står overfor en ugyldig avtale kan ikke være avgjørende.

Ved avtalerettslig ugyldighet på arbeidsrettens område er det rimelig at kravet begrenses til partenes berikelse, selv om arbeidstakers behov for lønn er av største viktighet og gjennomgående danner levestruktur til de fleste mennesker. Selv i gyldige arbeidsforhold har ikke arbeidstaker krav på lønn som ikke er opptjent, men stilles arbeidskraften først til disposisjon er det normalt arbeidsgivers risiko at han får den nytte eller glede av arbeidstakeren som han håper. Har arbeidstaker vært mer til last enn til nytte, er det imidlertid urimelig at han i tillegg skal ha betalt for ugjerningene.

Verdifastsettelsen vil imidlertid volde store bevismessige utfordringer, hvor arbeidsgiver vil kunne få et svære strev med å sannsynliggjøre at arbeidskraften har vært helt uten verdi. I mange tilfelle vil det ikke være noe å utsette på arbeidstakers ytelse; forholdet kan være at det kommer arbeidsgiver for øret at arbeidsgiver ble avskjediget av forrige arbeidsgiver som følge av økonomisk utroskap.

Ved verdifastsettelse av arbeidstakerens ytelse vil det i mange tilfelle bære galt av sted å søke veiledning i arbeidsavtalen, siden avtalen nettopp er ugyldig som følge av uriktige opplysninger på arbeidstakers hånd. Er arbeidsgiver og arbeidstaker gjennom organisasjoner bundet av tariffavtale, kan det imidlertid være naturlig å ta utgangspunkt i lønnsnivået for tilsvarende yrke. Dette siden det er arbeidskraft i et tilsynelatende gyldig arbeidsforhold som fortløpende er levert. Den ytelse som er levert samsvarer nødvendigvis ikke med forutsetningene for arbeidsavtalen, slik at en tilbakeføring i samsvar med fullgod ytelse i ethvert tilfelle ikke er rimelig.

Hvor begge parter løpende har levert ytelsene må således oppgjørshensynet slå gjennom. Er det lite å utsette på arbeidstakers ytelse vil partenes krav være tilnærmet identiske, slik at det kun er snakk om å bytte penger. Partene vil da være tjent med å motregne. Har arbeidstaker tilfredstillende utført pålagte arbeidsoppgaver er det rimelig

at han skal ha godtgjørelse, og arbeidstakers berikelse vil i utgangspunktet samsvare med arbeidstakerens pengekrav.

En betraktningensmåte er skissert av Arnholm, hvor man undertiden kan tape sin rett til å gjøre ugyldighet gjeldende ved ratihabisjon (godkjennelse) gjennom oppfyllelse eller passivitet¹²⁸ - ved at oppfyllelse eller passivitet oppfyller samme funksjon som ratihabisjon.¹²⁹ Forfatteren behandler også forholdet til de ”mellomkommende rettsstiftelser”. Betrakningen er imidlertid ikke helt dekkende for avhandlingens problemstilling, idet arbeidsgiveren ikke er klar over det underliggende forhold som initierer ugyldighet. Uttalelsen kan imidlertid sies å støtte ovennevnte betraktning, slik at gjennomførte ytelser anses løpende godkjent - ratihabisjon *ex tunc*.¹³⁰

Er lønn utbetalt på forskudd skal imidlertid også den tilbakeføres, og utgangspunktet må bli det samme som over. Er det enighet om ugyldighet - slik at kreditormorabetraktninger ikke kommer på tale - følger det naturlig av det generelle utgangspunkt at det ikke opptjenes lønn når arbeid ikke utføres. Kontraktforholdets egenart og hensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold, kan imidlertid tilsi at arbeidstaker bør beholde lønnen, jfr. oppgjørshensynet behandlet over.

Den ovennevnte løsning samsvarer for så vidt med virkningene av en avskjed etter aml. § 66 som kun har virkning fra hevningenspunktet (*ex nunc*).¹³¹ Det kan følgelig anlegges den betraktning at oppgjørshensynet bør vike for en analogisk anvendelse av arbeidsmiljølovens bestemmelse - i tråd med demokratiseringshensyn m.v, jfr. over.

Ugyldighetsreglenes noe skjematiske hovedregel om tilbakebetaling er uansett ikke spesielt godt egnet ved opphør av arbeidsforhold etter tiltredelse, noe som i seg selv tilsier en analogisk anvendelse av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven - iallfall hvor arbeidsforholdet har en viss lengde. Jakhelln har anført - dog i en annen forbindelse - at ”det er de underliggende hensyn på de respektive rettsområder som vil

¹²⁸ Arnholm: Alminnelig avtalerett, Oslo 1949, s. 344 flg.

¹²⁹ Arbeidsgiver kan også etter arbeidsmiljølovens regler anses for å ha gitt avkall på sin rett til å gi avskjed, dersom det ikke er gått til dette skritt innen rimelig tid etter at arbeidsgiver er blitt kjent med forseelsen, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975-76) s. 79 med henvisning til ILO-rekommandasjon nr. 119 nr. 11. Dette prinsipp ble ikke ansett nødvendig å lovfeste fordi det måtte antas å følge av gjeldende rettsoppfatning, jfr. f.eks. Rt. 1983 s. 1481.

¹³⁰ Arnholm: Jfr. note 128, s. 349

¹³¹ I likhet med andre kontraktforhold hvor løpende ytelser - delvis oppfyllelse - avskjærer hevning *ex tunc*, jfr. f.eks. hvtjl. § 43 første ledd .

måtte være avgjørende, og her må altså avtaleretten nøye seg med statistens beskjedne rolle”.¹³² Uttalelsen var i forbindelse med virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud, men må sies å være ganske dekkende også for virkningen av ugyldighet i et bestående arbeidsforhold. Det må understrekes at påstanden rimeligvis må modifiseres desto nærmere tiltredelsen man kommer, og at løsningen - de lege lata - er langt fra sikker.

3.1.4.2 Virkning av ugyldighet etter tiltredelse – syke- og dagpenger

Et særlig spørsmål er om et ugyldig arbeidsforhold oppfyller vilkårene til opptjeningstid for sykepenger. Bestemmelsen krever at ”medlemmet har vært i arbeid i minst to uker umiddelbart før han eller hun ble arbeidsufør (opptjeningstid)”, jfr. ftrl. § 8-2 første ledd. Ordlyden trekker i retning av at forholdet dekkes, idet arbeidstaker rent faktisk har vært i arbeid. Det fremstår umiddelbart også som urimelig ikke å innrømme arbeidstaker opptjening i en slik situasjon. Derimot kan neppe arbeidsgiver pålegges å betale lønn i arbeidsgiverperioden etter ftrl. § 8-19 - han har aldri ansatt arbeidstakeren. Enkelte problemer reiser seg også i forbindelse med dagpenger under arbeidsløshet, jfr ftrl. kapittel 4, men av hensyn til oppgavens rammer nevnes kun disse problemstillingene.

3.1.5 Hevning - forholdet mellom alminnelig kontraktsrett og arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v.

Hvis forholdene oppdages og bringes, eller forsøkes brakt, til opphør før tiltredelse, synes det ikke avklart om arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v. kommer til anvendelse.¹³³

Problemstillingen knytter seg til arbeidsmiljøloven § 3 nr. 1 som, etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, tilsier at arbeidstakeren først nyter

¹³² Jakhelln: Om virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud. Særlig om tilbud om ansettelse med vilkår om ”yellow dog”- klausul, Upublisert artikkel.

¹³³ Om forholdet mellom vilkårene for avskjed og hevning etter alminnelig kontraktsrett, se avsnitt 3.1.4.

arbeidsmiljølovens vern ved tiltredelse. Spørsmålet er derfor om arbeidsgiver før arbeidstakers tiltredelse kan heve kontrakten etter alminnelige kontraktsrettslige regler, uavhengig av arbeidsmiljølovens bestemmelser om stillingsvern m.v. Resultatet kan derfor tenkes å være at arbeidsgiver som følge av uriktige opplysninger gitt i attest ved ansettelse, kan heve arbeidskontrakten før tiltredelse på bakgrunn av antasert vesentlig mislighold.

Paragrafens formulering kan imidlertid ikke uten videre være avgjørende for spørsmålet om den også kan anvendes i en slik situasjon, men formentlig må det vurderes i forhold til de enkelte bestemmelser i kap. XII. De reelle hensyn som ligger bak bestemmelsene om oppsigelsesvern mv. vil imidlertid komme i en noe annen stilling når arbeidstaker ikke har tiltrådt stillingen.

En slik løsning medfører at arbeidstakers rettsstilling blir vidt forskjellig, enten arbeidsgiver eller arbeidstaker bringer arbeidsforholdet til opphør før tiltredelse. Selv om det her tas høyde for at arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern er ment som vern av etablerte rettsforhold, og at noe slikt etablert rettsforhold ikke foreligger fra stiftelsestidspunktet og frem til tiltredelse, er en slik løsning egnet til å undergrave sentrale hensyn bak arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern. Jakhelln anfører er det vanskelig å se at arbeidstakerenes rettsstilling bør være prinsipielt forskjellig før eller etter tiltredelse,¹³⁴ og har påpekt flere uheldige sider ved en slik løsning.¹³⁵

Forfatteren anfører at på bakgrunn av den sentrale betydning som reglene om oppsigelsesvern har i arbeidsforhold, og spesielt saklighetskravet i aml. § 60 nr 1, jfr. også § 62, at det "nepe er grunn til at disse regler først skal komme til anvendelse fra arbeidsforholdets tiltredelse. En arbeidsgiver bør nepe ha større adgang til å bringe et arbeidsforhold til opphør før det er tiltrådt enn senere. Likedan kan den ansatte ha sagt opp tidligere stilling eller på annen måte ha innrettet seg etter på den nye stilling, og derfor bli påført så vel økonomisk tap som betydelige ulemper, som prinsipielt bør behandles på samme måte, enten arbeidsgiver bringer arbeidsforholdet til opphør før eller etter tiltredelse".

Virkingen av at loven ikke kommer til anvendelse før tiltredelse er særs uheldig i situasjoner hvor arbeidsgiver ansetter arbeidstakeren lang tid før tiltredelse. I

¹³⁴ Jfr. note 132, s 14.

¹³⁵ Jakhelln: jfr. note 2.

medgangstider er det ikke uvanlig at f.eks. studenter ansettes opp til ett år før uteksaminering. Disponerer vedkommende i tiltro til den nye stilling, kan dette få uheldige følger. Vedkommende kan også ha gått glipp av andre jobbtillbud. Til dette kommer at hvis man bringer arbeidsavtalen til opphør utenom arbeidsmiljølovens regler, kan det synes som om arbeidsgiver går fri fra lovens særlige erstatningshjemler.

3.1.6 Betydningen for oppsigelse eller avskjed

Rettspraksis har akseptert at arbeidsgiveren alene bestemmer hvilke kvalifikasjonskrav som settes for den enkelte stilling. Kravene til innsats og skikkethet kan dog ikke settes høyere enn det som er rimelig for stillingen.¹³⁶ Har arbeidsgiveren i tillit til positivt gitt informasjon i attest ansatt vedkommende i den tro at vedkommende oppfylte kravene til stillingen, vil dette i tillegg til å være et skår i hans troverdighet formodentlig også senke kravet til en oppsigelse.¹³⁷ Informasjonen stiller således krav til søkerens arbeidsprestasjoner.¹³⁸

Misligholder arbeidstakeren arbeidsavtalen, kan arbeidsgiver gå til avskjed hvis det utgjør ”grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold”, jfr. aml. § 66 nr. 1.¹³⁹ Uriktig informasjon i attest kan trolig gi selvstendig grunnlag for avskjed. Johansen anfører at uriktig informasjon i CV kan gi avskjedgrunnlag.¹⁴⁰

Han uttaler at han i sin praksis ”flere ganger har opplevd at den ansattes CV er uriktig. Hvis det bevisst er gitt feil opplysninger, kan det raskt gi arbeidsgiver grunnlag for avskjed. Et eksempel

¹³⁶ Evju: Arbeidsrettslige emner, s. 272.

¹³⁷ Note 116

¹³⁸ Rettspraksis viser at det normalt er vanskelig å nå frem med en anførsel om udugelighet og kravene til dokumentasjon er strenge, jfr. Rt. 1987 s. 562 hvor for øvrig oppsigelsen ble opprettholdt. Ved uriktig informasjon om søkerens kvalifikasjoner stilles saken i et annet lys.

¹³⁹ Kravet ble knesatt i rettspraksis allerede før arbeidervernloven av 1956. Rt. 1955 s. 403 illustrerer at det kreves vesentlig mislighold for avskjed. Førstvoterende uttaler at ”det etter gjeldende rett bare er en etter forholdene og tjenestens art vesentlig misligholdelse av arbeidsavtalen eller et grovt eller alvorlig brudd på vedkommende arbeiders eller funksjonærs plikter i arbeidsforholdet, som berettiger til å avskjedige ham med øyeblikkelig virkning.”

¹⁴⁰ Johansen: Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold, s. 133.

er at den ansatte i virkeligheten bare hadde en bachelorgrad, men oppgav å ha en mastergrad i tillegg. Det var et så åpenbart misbruk av tillit at det er klar avskjedsgrunn. Når arbeidsgiveren bare ber om CV og ikke søknad med dokumentasjon, kreves det til gjengjeld at søkeren viser seg denne tilliten verdig. Jeg antar at de fleste bevisste feil i en CV som fører til et uriktig bilde av søkers kvalifikasjoner, gir grunnlag for avskjed”

Om den uriktige informasjon kommer frem av en CV eller blir dokumentert i en attest, kan ikke sette forholdet i et bedre lys. Uriktig informasjon om søkerens kvalifikasjoner vil uansett kunne være et så markant brudd på den nødvendige tillit i arbeidsforholdet at det gir avskjedsgrunn. Brudd på lojalitetsplikten har i rettspraksis ved flere tilfeller blitt godtatt som avskjedsgrunnlag, jfr. f.eks. Rt. 1997 s. 1128, Rt. 1993 s. og Rt. 1960 s. 371.

3.1.7 Erstatning etter arbeidsmiljøloven eller alminnelige kontraktsrettslige prinsipper

Erstatning ved usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed skal etter arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd, jfr. § 66 nr. 5 dekke det økonomiske tap arbeidstakeren er blitt påført; arbeidstakeren skal stilles som om noe rettsbrudd ikke hadde funnet sted. I tillegg kan det utmåles erstatning for ikke-økonomisk tap som også fungerer som en billighetserstatning.¹⁴¹ Utmålingen består av en rekke tapsposter, hvorav erstatning for tapt arbeidsfortjeneste er utgangspunktet for beregningen og normalt den største.

Hvis arbeidsgivers påberopelse av ugyldighet av en eller annen grunn ikke er bindende for arbeidstakeren, plikter arbeidsgiver å se bort fra påberopelsen og fortsatt betrakte vedkommende som ansatt. Arbeidsforholdet er ikke opphørt, med den følge at arbeidstakeren kan komme tilbake til arbeidet. Arbeidsgivers holdning kan anses som en utestengelse, slik at han anses for å være i kreditormora så lenge utestengelsen varer. Forutsetningen er at arbeidstaker har gjort krav på å få arbeide. Opphører arbeidsforholdet kan imidlertid forholdet initiere mislighold, og utløse erstatningsansvar

¹⁴¹ Erstatningen fastsettes dels ut i fra dokumenterte tap, og dels som en rimelighetsvurdering hvor partene er prisgitt rettens skjønn, jfr. Ot.prp. nr 41 (1975-76) s. 75.

etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Arbeidsgivers utestengelse kan også betraktes som et antesipert vesentlig mislighold.

Arbeidsgiver synes å gå fri fra arbeidsmiljølovens særlige erstatningsbestemmelse hvis arbeidsforholdet bringes til opphør uten oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven, jfr. Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).¹⁴²

Høyesterett til at arbeidsforholdet var opphørt uten at det forelå noen oppsigelse. Arbeidsgiver hadde bl.a. gjennom sin lederstil og detaljstyring gjort arbeidsmiljøet ”ualminnelig dårlig” og således vesentlig misligholdt sine forpliktelser overfor arbeidstakerne. Arbeidstakerne kunne rettmessig bringe arbeidsforholdet til opphør ved å utebli fra arbeide. Retten tilkjente erstatning for økonomisk tap, idet misligholdet kunne bebreides apotekeren. Det forelå ikke erstatningsgrunnlag for ikke-økonomisk tap; Høyesterett uttalte bl.a. at ” oppreisning forutsetter særskilt hjemmel. Erstatning etter arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd kan også omfatte oppreisning, men denne oppreisningshjemmelen kan neppe benyttes utenfor sitt område”.

Uttalelsen kan imidlertid forstås dit hen at Høyesterett ikke mente det var grunn til å tilkjenne slik erstatning, men de beste grunner taler for å forstå uttalelsen slik at det ikke fantes hjemmel for å ilegge erstatning for ikke-økonomisk tap.

Arbeidstaker vil i slike tilfelle gå glipp av en eventuell erstatning for ikke-økonomisk tap, idet positivt hjemmelsgrunnlag formodentlig kreves for å få slikt tap dekket.¹⁴³ Eksempel på et slikt generelt hjemmelsgrunnlag er skadeerstatningsloven §§ 3-5 og 3-6.

En egenoppsigelse kan derimot anses som fremprovosert, slik at den i realiteten bedømmes som en oppsigelse fra arbeidsgiver (de facto-oppsigelse). Arbeidstaker kan

¹⁴² Arbeidslivsutvalget anfører i NOU 2003:2 avsnitt 11.12.2 s. 54 at Høyesterett også i Rt. 1997 s. 786 (Falkendommen) og Rt. 1993 s. 616 (Moelven), kommer med uttalelser som tyder på at ”man i dagens rettstilstand ikke har hjemmel til å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap ved brudd på arbeidsmiljølovens § 12, med mindre slikt krav reises i forbindelse med en oppsigelsessak”. Jakhelln anfører at det er tvilsomt om noe slikt standpunkt kan leses ut av Høyesteretts premisser, jfr. note 132, side 13 - et synspunkt som etter nærmere gjennomlesning av Høyesteretts premisser ikke er vanskelig å følge.

¹⁴³ Jakhelln: jfr. note 132, s. 12 og 14 anfører imidlertid at det er ”vanskelig å se at arbeidstakerens rettsstilling bør være prinsipielt forskjellig, enten arbeidsgiver bringer forholdet til opphør før eller etter tiltredelse (jfr note 2). Legges dette synspunkt til grunn, vil også erstatning for ikke økonomisk tap kunne tilkjennes, med hjemmel i aml. § 62.” Forfatteren underbygger standpunktet ved å vise til den rettsutvikling som er i gang, hvor erstatning for ikke-økonomisk tap i større grad innvilges, jfr. NOU 2003:2. Arbeidsmiljøloven § 62 annet ledd kan benyttes som en generell hjemmel ved opphør av et arbeidsforhold; en løsning som forøvrig er rimelig.

da kreve erstatning etter aml. § 62 annet ledd, som etter sin ordlyd kommer til anvendelse ved usakelig oppsigelse.

I den grad det er noen reell forskjell på erstatning etter aml. § 62 annet ledd og etter de alminnelige kontraktsrettlige regler,¹⁴⁴ vil arbeidsgiver være best tjent med å påberope seg opphør av arbeidsavtalen utenom arbeidsmiljølovens regler, mens arbeidstaker naturlig bør anføre at avskjedigelse eller oppsigelse har funnet sted.

3.2 Ansvar overfor ny oppdragsgiver

Står man overfor et oppdragsforhold og ikke et ansettelsesforhold, faller forholdet utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde.¹⁴⁵ Den rettslige problemstillingen blir rent avtale- eller kontraktsrettslig.

Et godt eksempel fra rettpraksis hvor grensen mellom selvstendig næringsdrivende og arbeidstaker var omtvistet er Rt. 2002 side 996. Saken gjaldt gyldigheten av ligningen for 1992-1993 av en ingeniør som utførte tidsbegrensede oppdrag i prosjekter vedrørende offshore installasjoner. Etter en helhetsvurdering av avtaleforholdet kom Høyesterett til at ingeniøren måtte anses som en arbeidstaker. Ut i fra realiteten i avtaleforholde kunne han ikke sies å ha utført oppdrag for egen regning og risiko.

Har den tidligere arbeidstakeren, og nåværende oppdragstaker, benyttet en uriktig attest ved kontraktsslutningen, og oppdragsgiver som følge av dette bygger på uriktige forutsetninger - en motivvillfarelse -, kan avtalen anses ugyldig som følge av brutt opplysningsplikt etter avtaleloven § 33. Tilsvarende kan forsåvidt tenkes ved anvendelse av læren om bristende forutsetninger, illojalitet i kontraktsforhold og avtalelovens § 36.

Tilfredstiller ikke ytelsen kreditors forventninger, og dette skyldes at oppdragsgiver (realdebitor) har unnlatt å gi opplysninger om den uriktige attest, kan det i visse tilfeller foreligge en mangel. En slik mangel initierer ikke ugyldighet, men

¹⁴⁴ Jakhelln: jfr note 132, synes å anføre at erstatningen er så vidt skjønsmessig, hvor formodentlig bl.a. skyldgraden hos skadevolder influerer spørsmålet om årsakssammenheng, slik at erstatningsutmålingen nødvendigvis ikke er prinsipielt forskjellig.

¹⁴⁵ Avsnitt 2.3.2

misligholdsvirkninger. Mangel ved misligholdt opplysningsplikt foreligger hvis realdebitor har unnlatt å gi opplysninger om vesentlige forhold vedrørende ytelsen, som den annens part hadde grunn til å regne med å få, og unnlattelsen kan antas å ha innvirket på avtalen, jfr. håndverktjenesteloven § 19. Det samme forsåvidt hvis de uriktige opplysningene blir avdekket før ytelsen skal leveres, og antesipert mislighold konstateres. Oppdragsgiveren kan heve kontrakten hvis mangelen medfører at formålet med tjenesten blir vesentlig forfeilet, hvitl. § 26. For å trekke parallellen til arbeidsforhold, vil det å heve etter håndverktjenesteloven § 19 være det som tilsvarer en oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven - selv om vilkåret ikke er det samme.

3.3 Ny arbeidsgivers ansvar overfor arbeidssøker

Ny arbeidsgiver vil ikke kunne ha et direkte ansvar for uriktig attest utferdiget av tidligere arbeidsgiver. Arbeidsgiver kan likevel få informasjon - som han i utgangspunktet ikke er berettiget til - gjennom attestens innhold eller ved å ta kontakt med den som har utferdiget attesten. I den grad slik informasjon blir utnyttet til skade for arbeidssøker, må dette få rettlige konsekvenser også for den nye arbeidsgiver.

3.3.1 Ved inngåelse av arbeidskontrakt - ny arbeidsgiver innhenter opplysninger i strid med arbeidsmiljøloven §55 A.

Er arbeidsavtalen i strid med preseptorisk lovgivning, vil avtalens eksistens avhenge av tolkningen av loven den er i strid med.¹⁴⁶ Avtalen må således revideres i samsvar med preseptorisk lovgivning.

Et slik tilfelle kan tenkes hvis arbeidsgiver gjennom attestens referanser undersøker om arbeidssøkeren er fagorganisert, eller at de i selve attesten fremkommer opplysninger om arbeidstakerens medlemskap og aktive deltagelse i en arbeidstakerorganisasjon. Den nye arbeidsgiver er kommet på kanten med denne

arbeidstakerorganisasjonen og ønsker følgelig kun uorganiserte arbeidstakere. Arbeidsgiveren foretar derfor en helomvending, idet arbeidstakeren rent faktisk var ansatt før disse opplysningene ble brakt på det rene. En annen blir så ansatt som følge av informasjonen som kom frem i attesten. I noen tilfelle vil man da kunne tenkes å stå ovenfor en situasjon hvor arbeidssøkeren er uriktig forbigått som følge av rettsstridig innhentet informasjon i eller gjennom attest, jfr. aml. § 55 A første ledd tredje pkt.¹⁴⁷

I denne sammenheng er det interessant å se på Rt. 2001 s. 248, hvor to arbeidstakere ble tilbudt ansettelse på det vilkår at de ikke organiserte seg.¹⁴⁸ Arbeidstakerene aksepterte tilbudet, men meddelte samtidig at de ville organisere seg; hvorved arbeidsgiver ansatte tre andre, som ble gitt nødvendig opplæring. Høyesterett kom enstemmig til at bindende arbeidsavtale ikke var inngått, men tilkjente arbeidstakerene erstatning for arbeidsgivers rettsstridige handlemåte - tilbudet ble ansett for å være i strid med aml. § 55 A. Jakhelln har gjennomgått dommen, hvor Høyesteretts rettsanvendelse med nøyaktighet ble veid og funnet for lett.¹⁴⁹ Forfatteren anfører, på s. 9 flg., at det mest nærliggende ville ha vært å legge til grunn at det var inngått en avtale om personlig arbeid, og at denne ble misligholdt (antesipert) ved at arbeidsgiver ikke ville ta arbeidstakerene inn i arbeid hos seg. En løsning som også ville bidra til ytterligere å effektivisere prinsippet om arbeidstakerenes positive organisasjonsrett.

Avhengig av ugyldighetsgrunnen kan en avtale selvsagt være både helt eller delvis ugyldig, slik at viljeserklæringen for den ugyldige del faller bort. Den ugyldige del av avtalen kan imidlertid være av en slik karakter at hele avtalen må tilsidesettes; et krav om delvis ugyldighet møtes med et krav om total ugyldighet.¹⁵⁰ Hvis bestemmelser som er ment å verne arbeidstakeren er brutt og avtalen må revideres i samsvar med disse regler, vil sterke reelle hensyn tale mot at arbeidsavtalen skal anses totalt ugyldig. En

¹⁴⁶ Jakhelln: jfr note 132; Fredrik Stang: Innledning til formueretten, s. 581, Arnholm: Alminnelig avtalerett, s 240, Hov: jfr. note 87, s. 210 og Woxholth, jfr note 87, s. 343.

¹⁴⁷ Forbudet i § 55 A mot å innhente opplysninger om medlemskap i fagforeninger har sin bakgrunn i den positive organisasjonsrett, som utgjør en bærebjelke i det norske arbeidsrettslige system. Menneskerettslovens inkorporering av og forøvrig Rt. 2001 s 248 slår fast at den positive organisasjonsrett er vernet også i norsk arbeidsrett.

¹⁴⁸ I arbeidsrettlig terminology betegnes dette gjerne som en "yellow dog"-klausul.

¹⁴⁹ Jakhelln: jfr. note 132.

¹⁵⁰ NOU 1979:32 side 32 og Hov, jfr. note 87, side 299.

slik løsning fører til at lovgivning som er ment å verne arbeidstakeren ikke bare fjerner det ugyldige i arbeidsavtalen, men samtidig fjerner arbeidstakerens levebrød.¹⁵¹

Hvor dette skjer ved ansettelse i det offentlige, må ansettelsesorganet være avskåret fra å omgjøre eget vedtak etter fvl. § 35. En streng håndhevelse av hovedregelen om at vedtak i strid med lov eller forskrift er ugyldig, vil i dette tilfellet virke kvalifisert urimelig.¹⁵² Heller ikke i det offentlige kan regler som er ment å verne arbeidstakerene benyttes til å fjerne dem fra jobben; det ville bli et forsøk på å trekke seg opp etter sitt eget hår.

3.3.2 De facto oppsigelse m.v. – et tilbud om sluttpakke med positiv attest

De lege lata er det klart at en egenoppsigelse som anses framprovosert av arbeidsgiveren kan bedømmes som en oppsigelse fra arbeidsgiverens side (de facto-oppsigelse), jfr. Rt. 1995 s 555 (Hotell Maritim), Rt. 1989 s. 1266, Rt. 1991 s. 1203, Rt. 1993 s. 766. Bedømmelsen beror på en konkret vurdering, hvor det avgjørende synes å være om arbeidstakeren er utsatt for et utilbørlig press.

Hotell Maritim-kjennelsen gir god veiledning om hvilke momenter som teller med i vurderingen. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at ledelsen kun overlot til arbeidstakerne å formalisere oppsigelsen, slik at det i realiteten var en (form-uriktig) oppsigelse fra arbeidsgiverens side. Kort fortalt var forholdet at fire barbetjenter ved en hotellrestaurant ble innkalt til ettermiddags- og kveldsmøte, hvor de ble konfrontert med undersøkelser som viste et uforklarlig svinn av øl fra baren. Møtet ente med at samtlige leverte sine oppsigelser, men ble 7 og 11 dager senere trukket tilbake. Retten la vekt på at møtet fant sted på kveldstid, fra kl. 17.30 til 22.00, og at de ikke på forhånd ble informert om ølsvinnet. Innkallingen ble ansett som en ”overumpling”, hvor de ansatte ikke fikk reelle muligheter til å søke faglige råd, og ikke tid til å tenke gjennom

¹⁵¹ Jakhelln: jfr. note 132, nevner eksemplet fra Arnholm (jfr. note 128 s. 242), om at avtaler i strid med arbervernlovgivningens regler om maksimalarbeid og forbud mot nattarbeid ikke vil være bindende for arbeidstakeren, men ” det betyr ikke at arbeideren ikke skal ha den avtalte betaling hvis arberidet er utført. Naturligvis kunne en slik regel gjøre forbudet ganske effektivt; men det ville likevel bli en bakvent løsning”.

¹⁵² Den som har fått en fordel ved et forvaltningsvedtak hvor organet har gått ut over den myndighet det har etter loven, har ikke rettskrav på å få beholde den rettighet han eller hun etter vedtaket skulle ha, jfr. Rt. 1965 s. 181.

konsekvensene av egen søknad. Avgjørelsen skulle tas der og da, samtidig som ledelsen truet med politianmeldelse og negativ omtale i media.

Dersom arbeidsgiveren i et forsøk på å presse arbeidstakeren til egenoppsigelse lokker med en uriktig positiv attest eller truer med uriktig negativ attest og omtale, vil også dette være et moment i vurderingen.

4 Avslutning - implikasjoner fremover

Sammenfatningsvis kan avhandlingens innledende påstand, med visse modifikasjoner, sies å være dekkende. De underliggende hensyn på arbeidsrettens område bør i bestående arbeidsforhold uansett være avgjørende, og her bør avtaleretten derfor ”nøye seg med statistens beskjedne rolle”, jfr. Jakhelln.¹⁵³ En avklaring av spørsmålene ligger på lovgivers - og domstolens hånd.

¹⁵³ Jakhelln: jfr. note 132 s.18. Det understrekes at forfatterens formulering ble anført i forbindelse med det generelle avtalerettslige spørsmål om virkningen av urettmessige vilkår i tilbud.

5 Litteraturliste

- Arnholm, Carl Jacob: *Alminnelig avtalerett*. Oslo 1949
- Berg, Paal: *Arbeidsrett*. Norli, Oslo 1930
- Bergsåker, Trygve: *Pengekravsrett*. Oslo 1994
- Bergsåker, Trygve: *Lærebok i pengekravsrett*, annen utgave. Oslo 2001
- Dege, Jan Tormod: *Arbeidsgivers styringsrett Bind I-III*. Oslo, 1995-1997
- Eckhoff, Thorstein og Jan Helgesen: *Rettskildelære*. Oslo, 4 utg. 1997.
- Eckhoff, Thorstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*. Oslo, 6 utg. 1997
- Elisabeth Vigerus: *Arbeid, barn og likestilling - Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*. Tano 1998
- Evju, Stein: *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*. Oslo, 1982
- Evju, Jakhelln mfl: *Arbeidsrettslige emner*. Universitetsforlaget, 1979
- Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold*. Universitetsforlaget, 1995
- Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Tano, Oslo, 1999
- Friberg, Fougner og Holo: *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Oslo, 1998
- Hagstrøm, Viggo: *Fragmenter fra Obligasjonsrett – I*. Oslo, 3 utg. 1992
- Hagstrøm, Viggo: *Fragmenter fra Obligasjonsrett – II*. Oslo, 1992
- Hagstrøm, Viggo: *Culpanormen*. Oslo, 3 utg. 1981
- Hov, Jo: *Avtaleslutning og ugyldighet*. Oslo, 1998
- Hov, Jo: *Avtalebrudd og partsskifte*. Oslo, 1997
- Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*. NKS-forlaget, 2 utgave. 1996
- Jakhelln, Henning: *Artikkelsamling i arbeidsrett*. Oslo, 2001
- Jakhelln, Henning: *Fjernarbeid, Tilsigelsesavtaler m.v*. Oslo, 1996
- Jakhelln, Henning: *Arbeidsrettslige studier Bind I-III*. Oslo, 2001
- Jakhelln, Henning: *Norsk kommentert lovsamling*. Oslo, 2003
- Jakhelln, Henning: *Avskjedigelse etter sjømannslovens § 33*. Oslo, 1966
- Jakhelln, Henning: *Om virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud, særlig om tilbud om ansettelse med vilkår om "yellow dog" klausul*, upublisert artikkel pr. 31.1.2003
- Jakhelln, Henning: *Oppsigelse i anledning arbeidskamp - rettsvirkninger for de individuelle arbeidsavtaler*. Artikkelsamling i arbeidsrett. Oslo, 2001
- Johansen, Thor-Erik: *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*. Kristiansand, 2 utg. 1999
- Larsen, Per Arne: *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. Oslo, 2 utg., 2001

Mo, Einar: ”Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettlig Synsvinkel”, *Lov og Rett nr. 3 s 131 (1999)* og Jakhelln, Henning: *Artikkelsamling i arbeidsrett*. Oslo, 2001

Simonsen, Lasse: *Prekontraktuelt ansvar*, Oslo 1997

Stang, Fredrik: *Innledning til formueretten*. Oslo, 3 utg. 1935

Woxholth, Geir: *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. 4 utg. 2 opplag, Oslo, 2002

Woxholth, Geir: *Forvaltningsloven med kommentarer*. Oslo 2000

6 Vedlegg

6.1 Vedlegg 1: Til avsnitt 2.3.5, s 14, 2.3.10, s. 22 og 2.4.2, s . 24.

Utsnitt av Høyesteretts kjennelse Rt. 1990 s. 560:

”Domfellelsen gjelder overtredelse av bestemmelsen i arbeidsmiljøloven §68 første ledd om at sluttattest til arbeidstaker, som er fratrudd etter lovlig oppsigelse, bl a skal inneholde opplysning om hva arbeidet har bestått i.

Domfelte er daglig leder og styreformann i X. Bakgrunnen for saken er en attest utstedt av domfeltes far som prokurist i bedriften. Attesten har følgende innhold:

"B, f. 25. oktober 1962, har vært ansatt ved vårt kontor i tiden 31. oktober 1983 til 16. august 1985."

Det fremgår av byrettens dom at arbeidstakeren ba domfelte forandre attesten, men fikk den i retur uendret. Senere er det gjort flere forgjeves henvendelser gjennom fagorganisasjon og Arbeidstilsynet for å få ny attest med opplysning om arbeidstakerens funksjoner ved kontoret.

Vedrørende anvendelsen av arbeidsmiljøloven §68 første ledd, finner jeg som byretten at den foreliggende attest ikke fyller lovens krav til angivelse av hva arbeidet har bestått i. Virksomheten ved et kontor kan omfatte mange forskjellige funksjoner, slik at attesten er for lite spesifisert.

Jeg skal så behandle spørsmålet om overtredelse av arbeidsmiljøloven §68 er straffbar etter arbeidsmiljøloven §85. Etter §85 fjerde ledd gjelder bestemmelsene i §85 om straffansvar for forsettlig eller uaktsom overtredelse av arbeidsmiljøloven regler ikke "reglene i kap XII om oppsigelsesvern". Domfelte hevder at bestemmelsene om attest i §68, som står i kap XII, må ses som en naturlig del av reglene om oppsigelse. Han mener at byretten har fortolket unntaksbestemmelsen for snevert til skade for ham i straffesaken.

Arbeidsmiljøloven kapittel XII med overskrift "Ansettelse, oppsigelse og avskjed m.m." omfatter §55A om ansettelse, §56, §57, §58, §59, §60, §61, §62, §63, §64 og §65 om oppsigelse, §66 om avskjed, §67 om fortrinnsrett til ny stilling, §68 om attest og §69,

§70, §71, §72 og §73 om arbeidsreglement. I avgjørelse i Rt-1980-598 er lagt til grunn at unntaket i arbeidsmiljøloven §85 fjerde ledd ikke gjelder hele kapittel XII, men bare bestemmelsene om oppsigelsesvern. Saken gjaldt overtredelse av loven §55A. En slik overtredelse ble ikke ansett å falle inn under unntaksbestemmelsen. Byretten har sett attestspørsmålet som et eget spørsmål, atskilt fra oppsigelsesreglene. Retten uttaler at den "ikke (kan) se at det er en naturlig fortolkning å trekke plikt til å utferdige attest inn under oppsigelsesvernet". Dette er jeg enig i."

6.2 Vedlegg 2: Til avsnitt 3.1.1, s. 27

Utsnitt av kjæremålsutvalgets begrunnelse i Rt. 1988 s. 766:

”Utvalget kan ikke se at lagmannsretten har gjort seg skyldig i en uriktig tolking av en lovforskrift når flertallet som utgangspunkt legger til grunn at det verken i arbeidsmiljøloven eller i lovgivningen for øvrig finnes uttrykkelige bestemmelser om når en arbeidsavtale på det foreliggende område er inngått med bindende virkning for begge parter, og at man derfor ved løsningen av dette spørsmål må falle tilbake på vanlige avtalemessige prinsipper.

Lagmannsretten har så knyttet drøftelsen til bestemmelsene i avtaleloven §6 om tilbud og aksept. Etter utvalgets mening er dette neppe en helt treffende problemstilling. Leses imidlertid begrunnelsen fra flertallet i sammenheng, fremgår det at flertallets underliggende begrunnelse er at bristende forutsetninger fra kommunens side m h t tilsettingen av den kjærende part må lede til at kommunen her ikke har inngått en bindende arbeidsavtale.

Den bristende forutsetning er at den kjærende part i sin søknad om vikariatet på 4 måneder ikke har opplyst at hun p g a svangerskap bare ville kunne fungere i stillingen i en måned.

Etter kjæremålsutvalgets mening er 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. Den konkrete lovanvendelse - altså om det her faktisk forelå bristende forutsetninger som måtte lede til dette resultat - kan utvalget ikke prøve.”

6.3 Vedlegg 3: Til avsnitt 3.1.4, s. 35.

Fanebust, Arne: Oppsigelse i arbeidsforhold, 2 utgave, 1989, side 208:

”Kanskje kan det også være grunn til å gå et skritt videre: Dersom arbeidstaker tilsettes på grunnlag av positive og skriftlige attester fra sin tidligere arbeidsgiver, må han etter forholdene kunne sies opp dersom det viser seg at han ikke passer for arbeidet. Her er det avgjørende om bedriften kunne avdekket forholdet tidligere ved en telefon som viste at attestene ikke var dekkende. Poenget er således at arbeidstaker selv legger opplysningene fram, og han må selv være nærmest til å vite at opplysningene ikke er dekkende.

At arbeidsgiver må avklare de forhold som kan være av betydning, er heller ikke avgjørende dersom stillingssøker ellers har kjennskap til forhold han vet er av betydning. Dersom arbeidsgiver siden blir kjent med slike forhold og reagerer forholdsvis raskt, må arbeidstaker etter forholdene kunne sies opp på grunnlag av bristende forutsetninger, nærmest som en form for ”omgjøring” av tilsetningsvedtaket.

Etter omstendighetene må løsningen bli den samme selv om arbeidstaker ikke positivt var klar over at forholdene var av betydning, men burde skjönt dette, slik at han for så vidt har opptrådt uaktsomt. Hva som er av betydning ved tilsetting av personale og som arbeidstaker burde kjent til, må imidlertid vurderes konkret. Her må det legges vekt på hvilke signaler bedriften har gitt om dette for eksempel i intervju.”

6.4 Vedlegg 4: Til avsnitt 3.1.4 s. 36

Utsnitt fra Jakhelln: Avskjedigelse efter sjømannslovens § 33, avsnitt 11 s. (484) 92:

”Illustrerende er her dansk praksis for tilfelle hvor sjømannen tidligere har vært utvist fra det land skipet skal til, slik at han ikke får adgang til å komme dit igjen og derfor må avmønstres. Her er han tilkjent erstatning hvor hyrekontrakten ikke nevnte noe om at skipet skulle til dette landet, men ellers ikke; da forelå brudd på opplysningsplikten. Tilsvarende må gjelde tilfelle hvor sjømannens politiske oppfatning skaper vanskeligheter for skipet, jfr. ND 1956.148 DH. Her har dessuten rederiet adgang til å spørre sjømannen ved forhyringen.”

Praksisen det refereres til er: ND 1939.65 SøHa, 1939.198 SøHa, 1954 SøHa og 1958.598 DH.

