

# Oppsigelse av ansettelsesavtaler i perioden mellom ansettelse og tiltredelse

Kandidatnummer: 360

Leveringsfrist: 25. april

( \* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html> )

Til sammen 17286 ord

16.02.2009

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	Problempresentasjon	1
1.2	Avgrensninger	1
1.3	Metode	2
1.4	Videre fremstilling	3
<b><u>2</u></b>	<b><u>DE AVTALERETTSLIGE OG ARBEIDSRETTLIGE REGLER VED OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>4</u></b>
2.1	Innledning	4
2.2	Oppsigelsesreglene	4
2.3	Formkrav	5
2.4	Oppsigelsesfrister	6
2.5	Prosessuelle regler	6
2.6	Særlige regler	7
2.7	Sanksjoner	7
2.7.1	Erstatningsregler	7
2.7.2	Erstatningsutmålingen	8
2.7.3	Ugyldighet	10
2.8	Oppsummering med fokus på de viktigste forskjellene	11
2.9	Utenlandsk rett	11
2.9.1	Kort innledning	11
2.9.2	Sverige	11

2.9.3	Danmark	12
<b>2.10</b>	<b>Særlige spørsmål</b>	<b>12</b>
2.10.1	Innledning	12
2.10.2	Kontraktsklausuler	12
2.10.3	Lojalitetsplikten	13
<b><u>3</u></b>	<b><u>FORMKRAV VED OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>15</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>OPPSIGELSESFRISTER</u></b>	<b><u>17</u></b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>OPPSIGELSESVERNET I AML. § 15-7 (1)</u></b>	<b><u>19</u></b>
<b>5.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>19</b>
<b>5.2</b>	<b>De lege lata</b>	<b>19</b>
<b>5.3</b>	<b>De lege ferenda</b>	<b>28</b>
<b>5.4</b>	<b>Annet egnet arbeid, §15-7 (2)</b>	<b>30</b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>TVIST OM OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>32</u></b>
<b>6.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>32</b>
<b>6.2</b>	<b>Drøftelsesmøte</b>	<b>32</b>
<b>6.3</b>	<b>Retten til å kreve forhandlinger</b>	<b>33</b>
6.3.1	Innledning	33
6.3.2	Retten til å kreve forhandlinger med arbeidsgiver	33
6.3.3	Retten til å kreve forhandlinger med arbeidstaker	35
<b>6.4</b>	<b>Retten til å fortsette i stillingen</b>	<b>36</b>
6.4.1	Innledning	36
6.4.2	Retten til å fortsette i stillingen	37
6.4.3	Vurdering av retten til å stå i stillingen	41

<b>6.5</b>	<b>Søksmålsfrister</b>	<b>41</b>
<b>6.6</b>	<b>Meddommerutvalg og rettens sammensetning</b>	<b>43</b>
<b>7</b>	<b><u>SANKSJONER</u></b>	<b><u>46</u></b>
<b>7.1</b>	<b>Innledning</b>	<b>46</b>
<b>7.2</b>	<b>Ugyldighet</b>	<b>46</b>
7.2.1	Innledning	46
7.2.2	Arbeidsmiljølovens §15-12 (1)	46
7.2.3	Arbeidsmiljølovens §15-5 (1)	48
7.2.4	Vurdering av ugyldighetsreglene	49
<b>7.3</b>	<b>Erstatning</b>	<b>50</b>
7.3.1	Innledning	50
7.3.2	Arbeidsmiljølovens §15-12 (2), med forutsetning om at §15-12 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen.	50
7.3.3	Arbeidsmiljølovens §15-12 (2), med forutsetning om at §15-12 (1) får anvendelse fra tiltredelse.	52
7.3.4	Arbeidsmiljølovens §15-5 (2)	52
7.3.5	Vurdering av erstatningsreglene	54
<b>8</b>	<b><u>SÆRLIGE REGLER</u></b>	<b><u>55</u></b>
<b>8.1</b>	<b>Fortrinnsrett</b>	<b>55</b>
<b>8.2</b>	<b>Krav på attest</b>	<b>58</b>
<b>8.3</b>	<b>Oppsigelse i prøvetiden</b>	<b>59</b>
8.3.1	Innledning	59
8.3.2	De særlige oppsigelsesgrunnlagene i §15-6	60
8.3.3	Den kortere oppsigelsesfristen	62
8.3.4	Retten til å fortsette i stillingen i prøvetiden	64
	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>67</u></b>

## 1 Innledning

### 1.1 Problempresentasjon

Temaet i denne oppgaven er oppsigelse av ansettelsesavtaler i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Med ansettelse menes tidspunktet hvor arbeidstaker og arbeidsgiver inngår en bindende arbeidsavtale, se lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, 31 mai. Nr. 4. 1918 (avtl.) §§ 7, 2 og 3. Med tiltredelse forstås det tidspunktet hvor arbeidstakeren faktisk begynner i arbeidet. Fra ansettelse til tiltredelse vil det normalt gå noe tid, vanligvis fra en til fire måneder.

Det er usikkert hvilke regler som skal anvendes på dette tidspunktet i avtaleforholdet, altså før tiltredelse. Usikkerheten knytter seg til om det er alminnelige kontraktsrettslige regler om oppsigelse i løpende kontraktsforhold, eller om stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven skal legges til grunn. Når jeg i det følgende kun henviser til paragraf uten lovhenvising, siktes det til arbeidsmiljøloven, 17 juni. Nr. 61. 2005.

### 1.2 Avgrensninger

I denne oppgaven vil jeg kun behandle oppsigelse av ansettelsesavtaler i den ovennevnte perioden. I tillegg til oppsigelse finnes det flere andre opphørsmåter, både arbeidsrettslige og kontraktsrettslige. Som eksempler på disse kan nevnes, avskjed, heving, opphør etter læren om bristende forutsetninger eller med grunnlag i avtl. §§33 eller 36. Ettersom andre hensyn gjør seg gjeldende ved disse særlige opphørsmåtene, samt at det ville sprengte rammene for denne avhandlingen, avgrenses det i det følgende mot dette. Av samme årsaker behandler jeg kun den ordinære oppsigelsesregelen i arbeidsmiljøloven §15-7, samt de formelle og prosessuelle regler som er aktuelle i denne sammenheng. Ettersom det ikke kan utelukkes at løsningen for disse bestemmelsenes vedkommende kan bli annerledes, avgrenses det mot å behandle de mer spesielle oppsigelsesreglene i loven, henholdsvis

§§15-2 (masseoppsigelser), 16-4 (virksomhetsoverdragelse), 15-8 (sykdom), 15-9 (svangerskap, etter fødsel eller adopsjon) og 15-10 (militærtjeneste).

Rettsforholdet jeg vil redegjøre for er de rent privatrettslige forhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Jeg avgrenser mot å behandle arbeidsmiljølovens offentligrettslige reglers anvendelse, eksempelvis kap.10 om arbeidstid. Grunnen til dette er at andre hensyn der vil gjøre seg gjeldende.

Med dette avgrenses det mot andre spørsmål enn oppsigelse, eksempelvis arbeidstakers lojalitetsplikt, arbeidsgiverens styringsrett og sakelighetskravet. Jeg vil imidlertid behandle lojalitetsplikten hvor den er aktuell i tilknytning til spørsmålet om oppsigelse av ansettelsesavtaler.

### 1.3 Metode

Fordi jeg senere vil behandle noen svenske og danske dommer, vil jeg i dette avsnittet kort si noe om disse avgjørelsens rettskilderelevans og vekt ved løsning av norske rettsspørsmål. Forutsetningen er at disse dommene enten er avsagt av svensk eller dansk høyesterett eller arbeidsrett.

Tradisjonelt har nordiske dommer, normalt svenske og danske, blitt tillagt noe rettskildevekt også i Norge.<sup>1</sup> Hvor stor vekt disse avgjørelsene har, vil blant annet variere etter hvilket rettsområde vi har å gjøre med. Ved for eksempel straffelovgivning vil det som følge av legalitetsprinsippet, dersom avgjørelsen er til borgerens ugunst, ikke være anledning til å vektlegge utenlandske dommer. Men dersom vi befinner oss på privatrettens område, vil også utenlandske dommer kunne tillegges rettskildevekt ved løsning av norske rettsspørsmål. Den konkrete vekten vil blant annet avhenge av om den norske lovgivningen er et resultat av et felles nordisk lovgivningsprosjekt, slik at lovgivningen er lik for de nordiske landene. Arbeidsmiljølovgivningen er imidlertid i utgangspunktet ikke et resultat

---

<sup>1</sup> Eksempelvis Rt-1931-97 og Rt-1957-778.

av et slikt lovgivningssamarbeid. Imidlertid er flere av bestemmelsen et resultat av EU-rettslig lovgivning, men dette gjelder ikke direkte det generelle oppsigelsesvernet.

#### 1.4 Videre fremstilling

Jeg starter i pkt. 2 med å gi en kort oversikt over de aktuelle arbeidsrettslige og avtalerettslige regler. Deretter drøfter jeg formkrav, oppsigelsesfrister og oppsigelsesvernet i pkt. 3–5. Etter dette tar jeg for meg reglene som er aktuelle ved tvist om oppsigelse i pkt. 6. Under pkt. 7 behandler jeg sanksjonene ugyldighet og erstatning. Avslutningsvis under pkt. 8 behandles enkelte særlige regler. Jeg har valgt å drøfte de mest sentrale bestemmelsene i arbeidsmiljøloven *de lege ferenda*. Dette gjelder det materielle oppsigelsesvernet, ugyldighetsreglene, retten til å stå i stillingen og erstatningsreglene.

## 2 De avtalerettslige og arbeidsrettslige regler ved oppsigelse

### 2.1 Innledning

Som nevnt ovenfor er det usikkert om, og eventuelt i hvilken utstrekning avtalerettslige eller arbeidsrettslige oppsigelsesregler kommer til anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Det er derfor interessant å se hvilke forskjeller det eventuelt er mellom disse reglene. I det følgende, pkt. 2.2–2.8, blir det gitt en kort oversikt over disse reglene. Under pkt. 2.9 behandler jeg kort rettstilstanden i Sverige og Danmark, før jeg avslutningsvis i pkt. 2.10 tar for meg noen særlige spørsmål.

### 2.2 Oppsigelsesreglene

Først behandler jeg oppsigelse etter de alminnelige kontraktsrettslige regler, deretter behandler jeg oppsigelse etter arbeidsmiljøloven.

Det er sikker rett at det etter alminnelige kontraktsrettslige regler i utgangspunktet eksisterer en rett til å si opp kontrakten ved løpende avtaler.<sup>2</sup> Som eksempel på et slikt kontraktsforhold kan nevnes et abonnement på en avis. Det må kunne konstateres at et arbeidsforhold normalt er å anse som et slikt løpende kontraktsforhold. Oppfyllelsen vil jo her nettopp foregå løpende over tid. Det er heller ikke normalt at slike kontrakter skal vare livet ut.

Etter §15-7 (1) må en oppsigelse være ”*saklig begrunnet*”, for at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstakeren. Det er med andre ord et krav om god grunn. Det må foretas en konkret

---

<sup>2</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett s.229.

vurdering jfr. Rt-1989-508. Når det gjelder arbeidstakerens oppsigelse, kreves ikke saklig grunn eller liknende for at arbeidstakeren skal kunne si opp sin stilling.

Både oppsigelse etter arbeidsmiljøloven og oppsigelse etter alminnelige avtalerettslige regler er normale opphørsmåter. På den annen side så er det en vesentlig forskjell. Når det gjelder arbeidsgiverens adgang til å si opp arbeidstakeren, så er det som nevnt ovenfor et krav om sakelig grunn. Tilsvarende krav følger ikke av oppsigelse etter de alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette gjør det vesentlig vanskeligere for arbeidsgiveren å komme seg ut av arbeidsforholdet, enn hva forholdet hadde vært etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

### 2.3 Formkrav

Arbeidsmiljøloven §15-14 oppstiller formkrav ved oppsigelser. For arbeidstaker kreves skriftlighet, for arbeidsgiver kreves i tillegg til skriftlighet at oppsigelsen inneholder opplysninger om arbeidstakers rettigheter, samt krav om spesiell leveringsmåte.

Ved oppsigelse etter de alminnelige avtalerettslige regler er det ikke tilsvarende formkrav.<sup>3</sup> Dette innebærer at det er adgang til å si opp avtalen muntlig. Skriftlighet er imidlertid å anbefale av notoritetshensyn.

Arbeidstaker vil komme dårligere ut dersom ikke formkravene i arbeidsmiljøloven får anvendelse. Konsekvensen kan bli at arbeidstakeren ikke blir kjent med sine rettigheter, og at de dermed blir stående ubenyttet. Alternativt kan det tenkes at arbeidstakeren må engasjere advokat for å bringe klarhet i sin rettsstilling.

---

<sup>3</sup> Jfr. prinsippet om formfrihet.

## 2.4 Oppsigelsesfrister

Arbeidsmiljølovens §15-3 oppstiller krav om gjensidig oppsigelsesfrist. Der fremgår det at oppsigelsesfristen må være minimum ”en måned”, se første ledd, og at den løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted, se fjerde ledd.

Dersom de strenge vilkårene i avtl. §36 er oppfylt, vil en eventuell oppsigelse etter alminnelige kontraktsrettslige regler kunne settes til side. Dette må innebære at det oppstilles krav om en rimelig oppsigelsesfrist.<sup>4</sup> Når det gjelder lengden på denne oppsigelsesfristen, vil jeg anta at arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler vil bli brukt som referanseramme ved urimelighetsvurderingen.

Forskjellene ved de ulike oppsigelsesfristene er at fristene etter arbeidsmiljøloven er presist angitt, mens etter de alminnelige kontraktsrettslige regler må oppsigelsesfristen fastlegges etter konkrete vurderinger. Det er også retten som har det avgjørende ord ved urimelighetsvurderingen etter de alminnelige kontraktsrettslige regler.

## 2.5 Prosessuelle regler

Arbeidsmiljølovens §15-1 stiller krav om at arbeidsgiveren må drøfte oppsigelsesspørsmålet med arbeidstakeren før beslutning om oppsigelse fattes. Tilsvarende gjelder ikke etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Videre gjelder det en rett til å kreve forhandlinger etter §17-3. Denne forhandlingsretten kommer i stedet for ordinær behandling i forliksrådet, se §17-1 (3). Etter §15-11 følger det også en rett til å stå i stillingen ved tvist om uriktig oppsigelse. Tilsvarende gjelder ikke etter alminnelige avtalerettslige regler.

Arbeidsmiljøloven inneholder flere prosessuelle særregler. Dersom disse ikke får anvendelse før tiltredelse, vil alminnelige prosessuelle regler alternativt få anvendelse fram til tiltredelsen, se §17 (1) og tvistemålsloven §§53 og 54. Det følger av aml. § 17-1 at

---

<sup>4</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett s.231.

særreglene i arbeidsmiljøloven skal utfylles av de alminnelige reglene i domstolsloven og tvistemålsloven.

Når det gjelder rettens sammensetning, er det enkelte forskjeller. Etter aml. §17-7(2) oppnevnes meddommerne etter ”*forslag*” fra partene. Dermed kan det sørges for at både arbeidsgiver- og arbeidstakerinteresser blir ivaretatt på en betryggende måte. Disse meddommerne har også en særlig arbeidsrettslig kompetanse, se lovens §17-7(2). Dette gjør blant annet at de stiller sterkere ved mange av de vanskelige vurderingene som må foretas etter arbeidsmiljøloven. Av §17-4 fremgår det at særlige søksmålsfrister får anvendelse i arbeidsforhold. De korte fristene er for usaklig oppsigelse begrunnet i hensynet til partene. Hovedregelen ved usaklig oppsigelse er at arbeidstakeren skal tre inn i stillingen igjen. Det er derfor nødvendig at et eventuelt søksmål behandles raskt.

## 2.6 Særlige regler

Etter §14-2 har arbeidstakeren, dersom vilkårene der er oppfylt, fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet. Arbeidsmiljølovens §15-15 gir arbeidstakere som fratrer på riktig måte en rett til attest. For innholdskravet i slike attester, se §15-15 første ledd, andre pkt.

Arbeidsmiljølovens §15-6 gir partene adgang til ansettelse på prøvetid. I denne perioden vil arbeidstakers oppsigelsesvern være svakere enn ved ordinær ansettelse jfr. § 15-6 (1). Det gjelder også en særlig oppsigelsesfrist som er kortere enn den ordinære oppsigelsesfristen jfr. §15-11 (3). I tillegg begrenses arbeidstakers rett til å stå i stillingen jfr. §15-3 (7).

## 2.7 Sanksjoner

### 2.7.1 Erstatningsregler

I det følgende blir de alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler sammenliknet med de særlige erstatningsrettslige reglene i arbeidsmiljøloven. Jeg begrenser meg til å behandle erstatningsregler som er aktuelle i forbindelse med oppsigelse.

For at erstatning skal kunne tilkjennes etter alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler, er det krav om ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng.

Av arbeidsmiljøloven følger det flere særlige erstatningsregler. Disse er imidlertid ikke uttømmende regulert der, og må derfor utfylles av alminnelige erstatningsrettslige regler. Dette innebærer at dersom særreglene i arbeidsmiljøloven ikke er anvendelige, må man se hen til de alminnelige avtalerettslige erstatningsregler.<sup>5</sup>

Arbeidsmiljølovens §15-12 (2) lyder som følger: ”Arbeidstaker kan kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med §§15-6 til 15-11”. Etter ordlyden er det ikke et krav om skyld for å statuere et erstatningsansvar. Det som kreves er derimot at oppsigelsen er skjedd i strid med reglene i de nevnte paragrafer, med andre ord en uriktig oppsigelse. Dette er også gjeldende rett, jfr. eksempelvis Rt-1991-236.

Videre følger det av §15-5 (2) at erstatning kan kreves ved ugyldig oppsigelse, samt ved mangelfull oppsigelse hvor ugyldighet ikke kreves, eller anses åpenbart urimelig. Disse bestemmelsene opererer med objektive vilkår, slik at det i motsetning til alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler ikke er nødvendig å påvise skyld. Her slipper altså arbeidstakeren å påvise at arbeidsgiveren har utvist skyld. Slik at disse reglene er mer gunstig for arbeidstakeren, enn de alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler.

Dersom en oppsigelse eksempelvis er usaklig eller uriktig, og arbeidsrettslige erstatningsregler ikke gjelder, må arbeidstakeren alternativt påberope seg alminnelige kontraktsrettslige regler. Usaklige og uriktige oppsigelser vil kunne innebære et kontraktsbrudd, som blant annet kan gi grunnlag for et erstatningskrav og/eller heving.

### 2.7.2 Erstatningsutmålingen

Nedenfor er det foretatt en sammenlikning mellom erstatningsutmålingen etter de alminnelige kontraktsrettslige regler, og utmålingen etter særreglene i arbeidsmiljøloven.

---

<sup>5</sup> Eksempelvis Rt-1997-1506.

Etter alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler, er det den positive kontraktsinteresse som kan kreves erstattet. Dette innebærer at kreditor skal kompenseres økonomisk som om avtalen ble oppfylt etter sitt innhold.

Dersom særreglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse, fremgår utmålingen av §15-12 (2). Dette gjelder også dersom §15-5 (2) kommer til anvendelse jfr. henvisningen i andre ledd. Av §15-12 (2) andre pkt. følger det at: *”Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.”* Av forarbeidene til tidligere tilsvarende bestemmelser fremgår det at kompensasjonen skal innebære en *”billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold skal tas i betraktning”*, jfr. Ot.prp. nr.41 (1975.1976). Det fremgår av den tidligere lovs forarbeider at *”erstatningen må i et hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidd”* forutsatt at *”arbeidstaker ikke er særlig å bebreide”*, jfr. Ot.prp.nr.41 (1975-1976) s.75.<sup>6</sup> Kort og noe upresist kan det sies at arbeidstakeren for det første kan kreve erstattet sitt økonomiske tap, dette vil normalt innebære erstatning for lønnstap. I tillegg til dette skal det normalt tilkjennes arbeidstakeren en kompensasjon for den urett han som følge av den uriktige oppsigelsen ble offer for. Som et eksempel kan det nevnes at arbeidstakeren i Rt-2003-1071 blant annet ble tilkjent 50 000 kroner i erstatning for ikke-økonomisk tap.

Disse utmålingsprinsippene skiller seg i stor grad fra erstatningsutmålingen etter alminnelige kontraktsrettslige erstatningsregler. Etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kan arbeidstakeren også få oppreisning, hvilket innebærer erstatning for ikke-økonomisk tap. Derimot er det kun det økonomiske tap som i utgangspunkt kan kreves erstattet etter de alminnelige erstatningsrettslige regler. Reglene om erstatning for ikke-økonomisk tap i lov om skadeserstatning, 13 juni. Nr. 26. 1969 (skl.) er strenge, og får bare anvendelse i

---

<sup>6</sup> Se Jakhelln/Aune, arbeidsrett.no s.942.

unntakssituasjoner, se skl.§ 3-5. Dette innebærer at arbeidstakeren vil være tjent med at de arbeidsrettslige regler får anvendelse.

### 2.7.3 Ugyldighet

I det følgende er tema ugyldighet hjemlet i arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Avslutningsvis blir det foretatt en sammenlikning mellom ugyldighet etter arbeidsmiljøloven og ugyldighet etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

I §15-4 oppstilles det flere formkrav for oppsigelser.<sup>7</sup> Dersom disse formkravene ikke følges, og det anlegges søksmål innen fire måneder etter at oppsigelsen fant sted, fremgår det av §15-5 (1) at oppsigelsen i utgangspunktet skal kjennes ”*ugyldig*”. Som hovedregel vil dette bety at arbeidstakeren har rett til å gjeninntre i stillingen. Av forarbeidene følger det at arbeidstakeren også har krav på lønn for den tiden han som følge av den ugyldige oppsigelsen har vært uten arbeid.<sup>8</sup>

Av §15-12 (1) følger det at hvis oppsigelsen er i strid med blant annet §15-7, skal retten, etter påstand fra arbeidstaker, i utgangspunktet kjenne oppsigelsen ugyldig. Også her innebærer ugyldighet at arbeidstakeren har rett til å gjeninntre i stillingen.

Etter de alminnelige avtalerettslige regler eksisterer det ikke tilsvarende særlige ugyldighetsgrunnlag. Imidlertid finnes det flere avtalerettslige generelle grunnlag som kan statuere ugyldighet. Det mest nærliggende eksempelet vil her være avtl.§ 36. Dette er en streng unntaksbestemmelse. Det kan allikevel ikke utelukkes at bestemmelsen kan være anvendelig for situasjoner som tilsvarer de tilfelle hvor de arbeidsrettslige ugyldighetsreglene kommer til anvendelse – altså dersom forutsetningen er at de aktuelle arbeidsrettslige reglene ikke får anvendelse før etter tiltredelse, og arbeidstakeren blir oppsagt før tiltredelse. Etter urimelighetsvurderingen i avtl. §36, kan det godt tenkes at ugyldighetsreglene etter arbeidsmiljøloven vil bli anvendt som referanseramme. Dette kan

---

<sup>7</sup> Se pkt.2.3.

<sup>8</sup>Se Ot.prp.nr.41(1975-76) s.69.

innebære at oppsigelser uten form eller saklig grunn også antakelig kan kjennes ugyldige etter de alminnelige avtalerettslige regler. Imidlertid kan man i utgangspunktet ikke få dom for naturaloppfyllelse i arbeidsforhold, slik at arbeidstakeren ikke får rett til å tiltre.<sup>9</sup>

Etter de alminnelige avtalerettslige regler er det imidlertid usikkert om ugyldighet vil statueres i disse situasjonene. Etter de arbeidsrettslige reglene skal ugyldighet statueres, dersom ikke unntaksreglene får anvendelse. Disse er strenge og krever at situasjonen anses ”åpenbart urimelig”, dersom ugyldighet ikke skal statueres, se §§15-5 (1) og 15-12 (1). De avtalerettslige regler har normalt heller ikke den samme grad av automatikk som de arbeidsrettslige ugyldighetsregler. Etter arbeidsrettslige ugyldighetsregler vil også arbeidstakeren som hovedregel få rett til å gjeninntre. Her ser vi at arbeidstakeren er best tjent med at de arbeidsrettslige ugyldighetsregler får anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen.

## 2.8 Oppsummering med fokus på de viktigste forskjellene

Dersom ikke §15-7 (1) kommer til anvendelse før tiltredelse, innebærer dette at arbeidstakeren i denne perioden får en vesentlig svakere stilling før, sammenliknet med situasjonen etter tiltredelse. Som nevnt vil arbeidstakeren også komme bedre ut erstatningsmessig, dersom særreglene i arbeidsmiljøloven får anvendelse. Dette gjelder både mht. erstatningsrunnlaget, og erstatningsutmålingen. Arbeidstakeren vil også være best tjent med at de arbeidsrettslige ugyldighetsregler kommer til anvendelse.

## 2.9 Utenlandsk rett

### 2.9.1 Kort innledning

I det følgende blir rettstilstanden i Sverige og Danmark kort beskrevet.

### 2.9.2 Sverige

Også i Sverige er det usikkert om arbeidsrettslige oppsigelsesregler kommer til anvendelse ved oppsigelse før tiltredelse. Dette spørsmålet er verken regulert i svensk lov eller

---

<sup>9</sup> Se Hagstrøm, Obligasjonsrett s.364 flg og Falkanger, Tvangsfullbyrdelse s.12.

forarbeider. Det finnes heller ingen klargjørende rettsavgjørelser, dog noe juridisk teori som konkluderer med at spørsmålet er usikkert.<sup>10</sup>

### 2.9.3 Danmark

Etter dansk rett er situasjonen imidlertid en annen. Flere rettsavgjørelser legger til grunn at oppsigelsesreglene i funktionærloven, som inneholder mange tilsvarende bestemmelser som arbeidsmiljøloven, kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt.<sup>11</sup> Etter hva jeg kan se, så er disse dommene ikke begrunnet. Det er imidlertid en vesentlig forutsetning etter dansk rett at tiltredelse faktisk skjer. Dette innebærer at partene ikke har anledning til å si opp, dersom fratredelsestidspunktet kommer før tiltredelsestidspunktet jfr. U-54-394-SH: Før tiltredelsen hos A meddelte B at han ønsket å bli løst fra avtalen. A var her berettiget til å heve avtalen med B, samt å kreve erstatning. Dette innebærer at dette spørsmålet har en klarere løsning etter dansk rett enn etter norsk rett.

## 2.10 Særlige spørsmål

### 2.10.1 Innledning

I det følgende vil jeg kort behandle et par særlige spørsmål. I pkt. 2.10.2 skriver jeg om kontraktsklausuler, deretter under pkt. 2.10.3 om lojalitetsplikten.

### 2.10.2 Kontraktsklausuler

Problemstillingen her, er om det skal tillegges betydning hvorvidt partene har tatt stilling til regelvalget i kontrakten i den aktuelle perioden.

Arbeidsmiljøloven er preseptorisk jfr. §1-9, slik at loven ikke kan fravikes ”*til skade*” for arbeidstakeren. Men fordi det kan være uklart om loven, eller deler av den, gjelder før arbeidstakeren har tiltrådt, kan det reises spørsmål om partene har adgang til å regulere dette selv. Hvis svaret er bekræftende, vil dette kunne gi partene en større grad av

---

<sup>10</sup> Se Lunning/Toijer, Anstillingsskydd s.178.

<sup>11</sup> Jfr. Eksempelvis, U-82-1190-ØL, U-47-1006-SHD og U-53-394-SHD.

forutberegnelighet. Imidlertid vil det være betenkelig om partene skal kunne avtale seg bort fra ufravikelige regler. I praksis vil arbeidstakeren, grunnet sin vanligvis svake posisjon, sett i forhold til arbeidsgiveren, ha små muligheter til å påvirke avtalereguleringen. Dette vil normalt medføre at det alternativet som er mest gunstig for arbeidsgiveren, blir avtalt.

Etter en avveining, hvor hovedvekten er lagt på det betenkelige i at partene skal kunne avtale seg bort fra preseptorisk lovgivning, har jeg kommet til at arbeidsgiver og arbeidstaker ikke har adgang til å regulere seg bort fra arbeidsmiljøloven i kontrakten.

### 2.10.3 Lojalitetsplikten

Problemstillingen i det følgende, er om en oppsigelse før tiltredelse kan være i strid med lojalitetsplikten, eller eventuelt læren om bristende forutsetninger. Forutsetningen i det følgende er at lojalitetsplikten gjelder fra avtaleinngåelsen.

Både etter alminnelige kontraktsrettslige og arbeidsrettslige regler gjelder det en lojalitetsplikt.<sup>12</sup> Temaet for dette avsnittet, er om en oppsigelse før tiltredelse i enkelte situasjoner kan innebærer et brudd på denne lojalitetsplikten. Dersom svaret er bekreftende, kan den annen part gjøre misligholdsvirkninger gjeldende. Først vil jeg forsøke å illustrere dette ved et eksempel fra dansk rettspraksis.<sup>13</sup>

A var i denne saken ansatt hos arbeidsgiver B. A søkte ny jobb hos arbeidsgiver C. A fikk tilbud om den nye jobben hos arbeidsgiver C, og ansettelsesavtale ble inngått mellom A og C. Før tiltredelsen hos C, ga A beskjed om at han ikke ville tiltre allikevel. As opprinnelige arbeidsgiver B hadde øket lønnen til A, da han ble kjent med forholdet mellom A og C. A brukte her arbeidsforholdet med C kun for å presse opp lønnen sin hos B. Retten ga C medhold i å heve avtalen med A, samt at A måtte betale en erstatning til C, Landsretten

---

<sup>12</sup> Jfr.eksempelvis Rt-1988-1078(alminnelige kontraktsforhold), Rt-1990-607 og Rt-1997-1128(arbeidsforhold).

<sup>13</sup> Se U-1982-1190Ø.

uttalte: ”Den omstændighed, at appellanten kun var ansat på prøve, kunne ikke fritage ham for at tiltræde stillingen hos indstævnte og loyalt at indstille sig på at prøve mulighederne for et samarbejde.”

Norsk Høyesterett har ikke hatt tilsvarende saker til behandling, og det er dermed usikkert om og eventuelt i hvilken grad oppsigelser før tiltredelse kan innebære et brudd med lojalitetsplikten.

Hvor arbeidstakeren alt ved signeringen av ansettelsesavtalen ikke har til hensikt å tiltrede overhodet, vil dette antakelig i utgangspunktet måtte anses som en illojal handling, eller en handling som rammes av læren om bristende forutsetninger. Mer normalt vil det nok være at arbeidstakeren ved kontraktsinngåelsen er forberedt på å tiltre arbeidet, men at det inntreffer omstendigheter etter dette som medfører at arbeidstakeren ombestemmer seg. Som eksempel kan det tenkes at arbeidstakeren får et nytt jobbtillbud som frister mer.

Etter at arbeidstakeren har tiltrådt, er det sikker rett at en oppsigelse fra arbeidstakers side normalt ikke anses som en illojal handling. En løsning som innebærer at arbeidstakeren ikke har anledning til å si opp sin stilling før tiltredelse, og derfor først må tiltre for deretter å si opp, kan oppfattes som urimelig. Her vil arbeidstakeren bli tvunget til å tiltre, for så å fremme sin oppsigelse, med de uheldige konsekvenser dette kan innebære.

Fordi en rekke ulike situasjoner kan oppstå, må det vurderes konkret om en eventuell oppsigelse før tiltredelse rammes av lojalitetsplikten.

### 3 Formkrav ved oppsigelse

Problemstillingen i det følgende, er om reglene om formkrav i §15-4 kommer til anvendelse ved oppsigelse fremsatt før tiltredelse. Forutsetningen er at §§15-7 (1), 17-3 og 15-11 gjelder fra avtaleinngåelsen.

Kort og upresist går bestemmelsen ut på at det oppstilles visse formkrav for oppsigelser. For arbeidstakers vedkommende gjelder kun et krav om skriftlighet, mens for arbeidsgiver kreves det i tillegg at oppsigelsen inneholder visse opplysninger samt krav om spesiell leveringsmåte.

Lovens ordlyd fastslår kategorisk at for ”*oppsigelse*”, skal formkravene følges, se §15-4 (1). Ordlyden peker altså i retning av at formkravene gjelder allerede fra avtaleinngåelsen. På den annen side så er dette ikke drøftet i lovens forarbeider, slik at det er usikkert om dette er lovgivers ønske. Spørsmålet har ikke vært behandlet av Høyesterett.

Ett av formålene med reglene om formkrav er å sørge for at arbeidstaker faktisk får informasjon om sine rettigheter etter loven. Videre kan formkravene bidra til at oppsigelsen blir mer gjennomtenkt, slik at stillingsvernet effektiviseres. Formkravene bidrar også til å skape klarhet om oppsigelsen, som kan være til hjelp for eksempel ved utregning av oppsigelsesfristen. Videre medfører formkravene at domstolene får et hensiktsmessig utgangspunkt for kontroll og etterprøving.<sup>14</sup>

Selv om arbeidstakeren ikke har tiltrådt arbeidet, vil han normalt ha et like stort behov for å bli gjort oppmerksom på sine rettigheter. Arbeidstakeren vil også ha behov for stillingsvern

---

<sup>14</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.185.

før tiltredelse.<sup>15</sup> Konsekvensen av at formkravene ikke skulle gjelde før tiltredelse, vil for eksempel kunne bli at arbeidstakeren må kontakte advokat for å bringe klarhet i sin rettsstilling, eller at han ikke får benyttet sine rettigheter etter loven.

Dersom det oppstår tvist om en oppsigelse fremsatt før tiltredelse, vil domstolene for å kunne foreta en betryggende prøvelse, være tjent med disse dokumentbevisene som er en direkte følge av reglene om formkrav.

Formkravene bør normalt ikke være ukjente for arbeidsgiveren, som uansett må forholde seg til disse ved oppsigelse fremmet etter tiltredelse. Det er derfor ikke spesielt byrdefullt for arbeidsgiveren å følge reglene også før tiltredelse.

Jakhelln hevder at arbeidsmiljølovens formregler burde legges til grunn ved ugyldighet. Dette begrunner han med at realiteten i disse situasjonene er at en inngått arbeidsavtale bringes til opphør.<sup>16</sup> Etter mitt syn taler dette argumentet for en tilsvarende løsning også ved oppsigelse.

Jeg har lagt avgjørende vekt på at hensynene bak formkravene også gjør seg gjeldende før tiltredelse. Konklusjonen blir at formkravene gjelder allerede fra avtaleinngåelsen.

---

<sup>15</sup> Se pkt.5.2.

<sup>16</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.229.

#### 4 Oppsigelsesfrister

Problemstillingen i det følgende er om reglene om oppsigelsesfrister i §15-3 kommer til anvendelse ved oppsigelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Nedenfor forutsettes det at §15-7 (1) kommer til anvendelse ved kontraktsinngåelsen.

Arbeidsmiljølovens §15-3 (1) lyder som følger: ”*Hvis ikke annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale, gjelder en gjensidig oppsigelsesfrist på en måned.*”<sup>17</sup> Etter ordlyden gjelder bestemmelsen absolutt, men det er usikkert om det er lovgivers hensikt at bestemmelsen skal gjelde allerede fra avtaleinngåelsen, ettersom spørsmålet ikke er drøftet i lovens forarbeider. Problemstillingen er heller ikke avgjort av Høyesterett.

Både arbeidsgiver og arbeidstaker kan bli rammet hardt av en oppsigelse før tiltredelse. Dersom en oppsigelse skulle ha umiddelbar virkning, ville det for arbeidstakers del kunne resultere i at han for en periode måtte gå uten jobb og inntekt. For arbeidsgivers vedkommende, kan det føre til at en stilling må stå ubesatt, med den konsekvens at nødvendige arbeidsoppgaver ikke vil bli utført for en periode.

Dersom det ikke skulle gjelde oppsigelsesfrister før tiltredelse vil det kunne stimulere arbeidsgivere til å fremme oppsigelsene for eksempel dagen før tiltredelse. Dette er ikke i overensstemmelse med arbeidsmiljølovens formål om å ”*sikre trygge ansettelsesforhold*”, jfr. §1-1 bokstav b). Imidlertid kan det da tenkes at oppsigelsen ville blitt satt til side med

---

<sup>17</sup> Se pkt.2.4.

hjemmel i avtl. §36.<sup>18</sup> Det er ikke omtvistet at arbeidsmiljøloven skal utfylles med alminnelige kontraktsrettslige regler.<sup>19</sup>

For partene kan et krav om oppsigelsesfrist i denne perioden normalt heller ikke komme som en stor overraskelse. De har i denne situasjonen undertegnet en gyldig ansettelsesavtale, og det er naturlig at inngåelsen medfører visse rettsvirkninger. Etter alminnelige kontraktsrettslige regler er det også normalt et krav om oppsigelsesfrist ved løpende avtaler.<sup>20</sup>

Jeg har lagt avgjørende vekt på at hensynene bak reglene om oppsigelsesfrister også gjør seg gjeldende hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse. Konklusjonen er at reglene om oppsigelsesfrister også gjelder dersom oppsigelse fremmes før tiltredelse.

---

<sup>18</sup> Se note 17.

<sup>19</sup> Jfr. eksempelvis Rt-1997-1506.

<sup>20</sup> Se pkt.2.4.

## 5 Oppsigelsesvernet i aml. § 15-7 (1)

### 5.1 Innledning

Under pkt. 5.2 behandler jeg problemstillingen om oppsigelsesvernet i § 15-7(1) gjelder i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Deretter under pkt. 5.3 drøfter jeg spørsmålet *de lege ferenda* og avslutningsvis under pkt. 5.4 behandler jeg §15-7 (2).

### 5.2 De lege lata

Problemstillingen i det følgende, er om oppsigelsesvernet i §15-7 (1) gjelder også før arbeidstakeren har tiltrådt.

Av §1-2 følger det at: ”Loven gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven.” Problemstillingen i det følgende, er når loven kommer til anvendelse på et arbeidsforhold? Er det tilstrekkelig at arbeidstaker er ansatt, eller må han ha tiltrådt arbeidet?

Forarbeidene presiserer ikke innholdet i begrepet ”*sysselsette*” nærmere. Etter en naturlig språklig forståelse av begrepet, kan det forstås som å ha i arbeid. Når man i dagligtalen hører om en person som sysselsetter en annen, er det nærmest å forstå det i retning at arbeidstakeren faktisk utfører arbeid rent fysisk. Imidlertid har lovgiver ikke tatt stilling til spørsmålet i lovens forarbeider, slik at det er usikkert hva som er lovgivers hensikt. Det er vel heller en presumsjon i retning av at dersom lovgiver skulle ha tatt stilling til spørsmålet, så er det rimelig å anta at lovgiver kort ville ha presisert dette i loven eller i lovens forarbeider. Det hadde ikke tatt særlig mye mer plass enn en setning. Etter dette ser vi at begrepet ”*sysselsette*” ikke gir særlig god veiledning.

Fordi reglene i arbeidsmiljøloven er begrunnet i ulike hensyn, så må spørsmålet om reglenes anvendelsesområde avgjøres etter en konkret vurdering av de enkelte regler.<sup>21</sup> Sagt med andre ord, så er arbeidstakerbegrepet relativt, slik at det kan ha ulikt innhold avhengig av i hvilken sammenheng det er benyttet.<sup>22</sup>

I det følgende blir spørsmålet hvorvidt uttrykket ”*arbeidstaker*” er egnet til å skape klarhet. Begrepet er nærmere presisert i §1-8(1). Bestemmelsen lyder som følger: ”*Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i en annens tjeneste*”. Etter en naturlig språklig fortolkning av ”*utfører arbeid*”, kan det se ut som at arbeidstaker må ha tiltrådt arbeide for at han skal være omfattet av loven. Det er jo først når arbeidstaker har tiltrådt, at arbeid vil bli utført. Forarbeidene gir heller ingen veiledning for den omhandlede problemstilling, slik at det er usikkert hva som er lovgivers hensikt.

Arbeidsmiljøloven §15-7 første ledd har følgende ordlyd: ”*Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*”. Bestemmelsen sier intet om tidspunktet for når man anses som ”*arbeidstaker*”. Definisjonen av ”*arbeidstaker*” i §1-8(1) er som nevnt ovenfor heller ikke oppklarende. Forarbeidene er tause om denne problemstillingen.

Etter dette blir spørsmålet om annen lovgivning i tilknytning til særlige arbeidsforhold kan gi veiledning. Sjømannsloven 30 mai. Nr. 18. 1975 (sjøml.) §1(1) lyder som følger: ”*Denne lov gjelder for den som har sitt arbeid på norsk skip, og som ikke bare arbeider ombord mens skipet ligger i havn*”. Som vi ser, er også denne bestemmelsen uklar med tanke på om loven gjelder allerede fra avtaleinngåelsen, eller først etter at sjømannen har tiltrådt. Dette er heller ikke presisert i lovens forarbeider. Sjømannsloven §19 om vern mot usaklig

---

<sup>21</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.32 flg.

<sup>22</sup> Etter svensk rett, så er imidlertid løsningen en annen. Her er arbeidstakerbegrepet likt uavhengig av lovbestemmelse. Se Sigeman, Arbetsretten s.28.

oppsigelse benytter termen ”[s]jømann”. Om man derimot anses som sjømann fra avtaleinngåelsen, eller først etter tiltredelsen er uklart. Av dette følger det at sjømannsloven ikke gir veiledning ved løsning av den aktuelle problemstillingen.

Lov om statens tjenestemenn m.m. 4 mars. Nr.3. 1983 (tjml.) §1 (1) har følgende ordlyd: ”*Denne lov gjelder arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste.*”. Etter en naturlig språklig forståelse av ”*tilsatt*” kan det se ut som at loven kommer til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. Oppsigelsesvernet er regulert blant annet i §9, som benytter termen ”*[f]ast tilsatt tjenestemann*”. Ordlyden kan også her, tas til inntekt for at vernet kommer til anvendelse allerede ved avtaleinngåelsen. På den annen side er det usikkert om dette er et bevisst valg fra lovgivers side. Dette er ikke kommentert i lovens forarbeider, og det hefter en del usikkerhet knyttet til liknende lovgivning. Det kan derfor ikke legges til grunn som sikkert at disse reglene gjelder allerede fra avtaleinngåelsen. Tjenestemannsloven gir dermed liten veiledning ved spørsmålet om oppsigelsesreglene i arbeidsmiljølovens anvendelsesområde.

Et noe liknende spørsmål ble behandlet i Rt-1988-766 (kjm. utv.).<sup>23</sup> Saken gjaldt spørsmålet om bindende arbeidsavtale var inngått. I denne saken hadde arbeidstakeren mottatt brev om at hun var ansatt i et fire måneders vikariat. Hun takket i brevs form ja til jobben, samtidig opplyste hun om at hun om en måneds tid ville søke om permisjon grunnet graviditet. Hun hadde ikke opplyst om graviditeten tidligere. Arbeidsgiveren anførte at avtalen var ugyldig grunnet bristende forutsetninger. Kjæremålsutvalget uttaler (på s.769, første avsnitt): ”*Etter kjæremålsutvalgets mening er det ikke noen uriktig tolkning av en lovforskrift at bristende forutsetninger fra kommunens side kunne medføre at den kjærende part etter omstendighetene ikke var tilsatt i stillingen.*”. Her anvendte altså kjæremålsutvalget avtalerettslige regler. Kjennelsen var enstemmig.

---

<sup>23</sup> Det er usikkert om resultatet i denne dommen hadde blitt det samme i dag, grunnet norsk likestillingslovgivning og EU- rettslige likestillingsregler.

I en senere dom gjengitt i Rt-2004-76 hvor saken gjaldt spørsmålet om arbeidsavtalen var gyldig, viste en enstemmig Høyesterett, i en obiter dictum-uttalelse til kjæremålsutvalgets avgjørelse. Dette styrker kjennelsens rettskildevekt. Førstvoterende uttaler ” *Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. At kommunen ville hatt en slik adgang, fremgår etter mitt syn forutsetningsvis av Høyesteretts kjennelse i Rt-1988-766.*”.

Kjennelsen i Rt-1988-766 gjaldt et tilfelle av opprinnelig ugyldighet. Selv om den første kjennelsen ikke er begrunnet, må det i alle fall etter henvisningen i dommens obiter dicta-uttalelse, anses klart at *rent avtalerettslige regler* skal anvendes på tilfeller av opprinnelig ugyldighet oppdaget før arbeidstaker har tiltrådt. Problemstillingen i det følgende, er disse avgjørelsens relevans og vekt for spørsmålet om *oppsigelse* av ansettelsesavtaler i perioden mellom ansettelse og tiltredelse.

Det er flere likhetstrekk mellom disse situasjonene. Begge forhold gjelder tvist mellom arbeidstaker og arbeidsgiver angående arbeidsforholdets opphør, på et tidspunkt hvor verken lov eller forarbeider bringer klarhet i hvilke regler som skal anvendes.

På den annen side gjaldt disse avgjørelsene særlige former for opphør av ansettelsesavtaler, opphør etter læren om bristende forutsetninger, eller alternativt avskjed. I motsetning til disse særlige opphørsformer, vil oppsigelse være å anse som en ordinær opphørsmåte. Det er helt normalt at ansettelsesavtaler sies opp. Ved ansettelsesavtalens inngåelse er det normalt ikke meningen at denne skal gjelde livet ut. Dette er å anse som en løpende avtale, som gjelder fram til den sies opp. Opphør etter læren om bristende forutsetninger skyldes at det oppdages særlige omstendigheter, som parten ikke har vært klar over. Slike opphørsmåter atskiller seg fra alminnelig oppsigelse.

Dersom vi tar for oss oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven og sammenlikner disse med opphør etter læren om bristende forutsetninger eller avskjed, er det også en annen forskjell. Oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven er ulikt utformet avhengig av om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som påberoper seg disse. Saklighetskravet for arbeidsgivers vedkommende innebærer at han trenger en god grunn for å si opp arbeidstakeren, mens arbeidstakeren kan si opp uten krav om grunn. Reglene om opphør etter læren om bristende forutsetninger eller avskjed, er i motsetning til oppsigelse, likt utformet for begge parter. Dette innebærer at regelvalget vil få større konsekvenser for partene i oppsigelsestilfellene.

Faktum i dommen fra 2004 gjaldt situasjoner hvor det forelå omstendigheter, allerede før avtaleslutningen, som medførte opphør av ansettelsesavtalen. Her var det altså ikke inngått noen gyldig ansettelsesavtale. Men i dommen fra 2004, fastslo Høyesterett at arbeidsrettslige regler skulle anvendes ettersom arbeidstaker hadde tiltrådt. Dette kan jo synes noe kunstig, altså at arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse i situasjoner hvor gyldig ansettelsesavtale egentlig ikke er inngått. I denne sammenheng, uttaler førstvoterende i avsnitt 46: ”*Det kan nok sies at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i og for seg bygger på en forutsetning om at det her er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, men jeg kan ikke se at en slik - mer teknisk betraktningssmåte her kan være avgjørende.*” Dette blir videre godt begrunnet i avsnitt 48 på følgende måte: ”*De hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, gjør seg i all hovedsak gjeldende også i disse tilfeller.*” Etter dette bemerkes det at arbeidsmiljølovens regler er tilstrekkelig fleksible, og at det derfor ikke er behov for å anvende de avtalerettslige regler. Her karakteriseres dette altså kun som et teknisk spørsmål. Spørsmålet i det følgende, er hvilken betydning dette skal tillegges. Dette er en ratio decidendi-uttalelse fra Høyesterett, men som nevnt ovenfor, er det vesentlige forskjeller mellom saksforholdet i dommen og problemstillingen vi står ovenfor. Forskjellen ligger i at arbeidstakeren ikke har tiltrådt, mens dette var tilfelle i dommen. I dommen ble resultatet som nevnt at arbeidsmiljøloven kom til anvendelse. Dette innebar at uttalelsen om at gyldighetsspørsmålet ble karakterisert

som teknisk, var i arbeidstakers interesse. Derimot blir dette motsatt i vår situasjon. Her vil det være i arbeidstakers interesse at gyldighetsspørsmålet tillegges betydning, som et moment i vurderingen av om arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse i den aktuelle perioden.

Som vi ser, er det flere forskjeller mellom faktum i disse avgjørelsene og for oppsigelsenes vedkommende. Avgjørelsene kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt.

Det er avsagt tre eldre avgjørelser av Høyesterett som kan være av interesse i vår sammenheng.<sup>24</sup> Disse avgjørelsene gjaldt arbeidsforhold hvor sjømenn, til tross for avtale eller lovnad om jobb, allikevel ikke fikk den aktuelle jobben. Tvistene dreide seg om hvorvidt erstatningen skulle utmåles etter alminnelige kontraktsrettslige regler, eller etter de tidligere normalerstatningsregler i sjømannslovgivningen som var gunstigere for arbeidstakeren. I disse avgjørelsene fastslo Høyesterett at avtaleinngåelsen skulle få avgjørende betydning for spørsmålet. Dersom partene hadde inngått en gyldig ansettelsesavtale, skulle de tidligere normalerstatningsreglene legges til grunn. Hvis dette ikke var tilfelle, skulle erstatningen utmåles etter alminnelige kontraktrettslige regler. Som vi ser valgte Høyesterett, for disse sakenes vedkommende, ikke å tillegge tiltredelsestidspunktet avgjørende betydning. Derimot ble avtaleinngåelsestidspunktet ansett som det avgjørende sondringspunkt.

Disse sakene gjaldt erstatningsrettslige spørsmål, ikke hvilke oppsigelsesregler som skulle anvendes. Til tross for dette kan de hensyn som ligger til grunn for avgjørelsene ha overføringsverdi når det gjelder løsningen av oppgavens problemstilling. På den annen side er avgjørelsene svært gamle, og det er derfor usikkert om Høyesterett hadde kommet til samme løsning i dag. Det er imidlertid snakk om en rekke av avgjørelser, og ikke kun en enkelt dom.

---

<sup>24</sup> Se Rt-1923-II-241, Rt-1939-417 og Rt-1939-291.

På den annen side har det vært en formidabel samfunnsutvikling siden disse avgjørelsene falt. Som nevnt ovenfor, gjaldt sakene erstatningsrettslige spørsmål. Konsekvensen av dommene var at arbeidsgiverne måtte betale et høyere erstatningsbeløp dersom ansettelsesavtale var inngått. Som vi ser, er det her utelukkende snakk om økonomiske konsekvenser. Når det gjelder spørsmålet om oppsigelsesvernet i arbeidsmiljøloven skal få anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen, vil regelvalget i tillegg til det økonomiske, også ha andre konsekvenser for partene. Som nevnt ovenfor under pkt. 2.3, så favoriserer oppsigelsesvernet arbeidstakeren. Selv om disse dommene var begrunnet i vernehensyn, som i den senere tid har blitt tillagt vesentlig mer betydning, vil det være å strekke disse dommene for langt, dersom de skulle tillegges avgjørende vekt for løsning av denne oppgavens problemstilling.

I det følgende blir spørsmålet om, og eventuelt i hvor stor utstrekning, vernehensynene som ligger til grunn for oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven gjør seg gjeldene før arbeidstakeren har tiltrådt.

Følgende avtalerettslig betraktningssmåte kan være aktuell. På tidspunktet hvor partene inngår en bindende arbeidsavtale, og fram til arbeidstakeren har tiltrådt, vil dette forholdet minne mest om et alminnelig avtaleforhold. Arbeidstakeren forplikter seg til å utføre arbeid etter tiltredelse, mens arbeidsgiveren forplikter seg til å betale lønn fra det samme tidspunkt – altså et rent kontraktsrettslig ytelser mot ytelser-prinsipp. Det er først etter tiltredelse de sterke mellommenneskelige forhold, som jo kjennetegner et arbeidsforhold, gjør seg gjeldende.

Konsekvensene av at arbeidsrettslige oppsigelsesregler ikke kommer til anvendelse, er at arbeidsgiveren kan si opp arbeidstakeren uten grunn før tiltredelse.<sup>25</sup> Er dette heldig?

Arbeidstakers oppsigelsesvern er begrunnet i den personlige tragedie det kan innebære for arbeidstaker å bli rammet av oppsigelse. I det følgende vil jeg kort beskrive hvordan arbeidsrettslige avtaleforhold vanligvis blir inngått. Slike kontraktsforhold starter normalt ved at arbeidstakeren søker på en utlyst stilling. Deretter vil han bli intervjuet av arbeidsgiveren. I denne perioden er det vanlig at arbeidstakeren har en annen stilling. Etter dette vil arbeidstakeren få et tilbud om jobb, som det forutsettes at han takker ja til. På dette tidspunktet er gyldig arbeidsavtale inngått. Det neste som skjer er at arbeidsgiveren nå sier opp sin opprinnelige stilling. Oppsigelsesfristen vil normalt være fra en til tre måneder, se §15-3. På dette stadiet er det også viktig med forutberegnelighet. Når arbeidstakeren har sagt opp sin opprinnelige stilling, har han i utgangspunktet ingen rettslig adgang til å trekke oppsigelsen tilbake.

Et unntak fra dette er reglene i avtl. §39, men dette er unntaksregler som vanligvis ikke kommer til anvendelse.

Som vi ser, kan arbeidstakeren faktisk ha behov for den ekstra trygghet som vernereglene i arbeidsmiljøloven gir også på dette tidspunktet i avtaleforholdet. Jeg kan heller ikke se at arbeidsgiveren skulle ha noen stor berettiget forventning om at arbeidsmiljøloven ikke skulle gjelde i denne perioden. Arbeidsgiveren har her inngått en gyldig arbeidsavtale, og det vil ut fra dette være logisk at forholdet reguleres av arbeidsmiljøloven. Som vi ser, kan det være betenkelig at ikke arbeidstakeren også skal være beskyttet i denne fasen av avtaleforholdet.

På den annen side har dette ikke kommet uttrykkelig til uttrykk, verken i lov eller i forarbeider. Ut fra dette kan det være noe betenkelig å anvende særregler som atskiller seg

---

<sup>25</sup> Se pkt.2.2.

på flere punkter, fra alminnelige kontraktsrettslige regler. Arbeidsmiljøloven vil jo være ugunstig for arbeidsgiveren på mange områder.<sup>26</sup>

Før tiltredelse har arbeidstakeren normalt en minimal tilknytning til arbeidsplassen og kollegaer. Innrettelseshensynet står derfor ikke like strekt ved oppsigelse fremsatt før tiltredelse. Imidlertid er dette noe som kan vektlegges som et moment i saklighetsvurderingen, som er en individuell helhetsvurdering jfr. Rt-1989-508, hvor blant annet rimelighetsvurderinger er inkludert, jfr. Rt-1966-393. Som vi ser, er § 15-7 (1) en fleksibel bestemmelse hvor de særegne forhold som gjør seg gjeldende ved oppsigelse før tiltredelse, kan inngå som et moment i saklighetsvurderingen.

Jeg kan ikke se at dette spørsmålet er behandlet spesielt i juridisk teori. Etter hva jeg kan se, fremgår det av sammenhengen at Jakhelln i første rekke konsentrerer seg om ugyldighet, altså særlige opphørsformer, og ikke den mer normale opphørsmåten oppsigelse. Han konkluderer med at oppsigelsesvernet bør gjelde i disse situasjonene, begrunnet i arbeidstakers begrunnede forventninger om at et arbeidsforhold er inngått.<sup>27</sup> Etter mitt syn, gjør tilsvarende hensyn seg gjeldende ved oppsigelse.

I flere danske høyesterettsdommer er det lagt til grunn at oppsigelsesreglene i funktionærloven også kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt.<sup>28</sup> En av disse er gjengitt i U-52-18-H (ubegrunnet). A ble her ansatt hos B med tiltredelse den 1. juli 1950. A ble oppsagt av B den 26. juni, hvor fratredelsestidspunktet var 31. juli samme år. Danmarks høyesterett lot de alminnelige oppsigelsesreglene i funktionærloven få anvendelse, og dermed ikke alminnelige avtalerettslige regler. Nå er dette riktignok danske høyesterettsdommer slik at de ikke uten videre kan legges til grunn ved løsningen av

---

<sup>26</sup> Se pkt.2.

<sup>27</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.230.

<sup>28</sup> Se pkt. 2.9.3.

norske rettsspørsmål. Danmark har ikke generelle bestemmelser om stillingsvern, slik at oppsigelsesvernet ikke er like sterkt i Danmark som i Norge.<sup>29</sup> Danske dommer har i utgangspunktet liten vekt ved løsning av norske rettsspørsmål. Denne ulikheten bidrar til å svekke rettskildevekten ytterligere.

En løsning som innebærer å gi oppsigelsesvernet anvendelse allerede fra kontraktsinngåelsen, vil være best i overensstemmelse med lovens formål; ”å sikre trygge ansettelsesforhold”, se §1-1 bokstav b).

Jeg har lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren, også før tiltredelse, kan ha behov for det vernet som oppsigelsesregelen i arbeidsmiljøloven utgjør. Dessuten er § 15-7 (1) en fleksibel bestemmelse, hvor de særegne forhold ved oppsigelse før tiltredelse kan tillegges betydning. Konklusjonen blir at §15-7 (1) gjelder allerede fra kontraktsinngåelsen.

### 5.3 De lege ferenda

Nedenfor blir regelen som er lagt til grunn ovenfor, at §15-7 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen, vurdert.

Det er ikke naturgitt at §15-7 (1) skal komme til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. Betrakningsmåten kan være at før tiltredelse, er det de rent avtalerettslige forhold som dominerer, og at mange av de spesielle arbeidsrettslige hensyn først gjør seg gjeldende etter tiltredelse. Arbeidstakeren vil for eksempel normalt ikke ha noen sterk tilknytning til arbeidsplassen før tiltredelse.

Av forarbeidene til arbeidsmiljøloven fremgår det at ett av hensynene bak prøvetidsbestemmelsene er å senke terskelen for nyansettelser.<sup>30</sup> Dersom §15-7 (1) ikke gis anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt, vil dette kunne stimulere til nyansettelser.

---

<sup>29</sup> Se funksjonærloven §2 flg.

<sup>30</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.163.

Arbeidsgiver vil da i perioden mellom ansettelse og tiltredelse, kunne si opp arbeidstakeren uten krav om saklig grunn. Slik at arbeidsgiveren da i denne perioden lettere kan fri seg fra et ansettelsesforhold.

Som et annet alternativ kan foreslås en regel med et redusert oppsigelsesvern i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Altså at arbeidsgiveren ikke kan si opp arbeidstakeren i den aktuelle perioden uten grunn. Men at det i denne perioden ikke stilles like strenge krav til gyldig grunn, som etter tiltredelse. Det er her naturlig å trekke en sammenlikning til det reduserte oppsigelsesvernet som gjelder i prøvetiden.<sup>31</sup> I hvert fall dersom det forutsettes at reglene om prøvetid ikke kommer til anvendelse før tiltredelse, vil regelsamspillet harmonere dårlig. Da ville situasjonen bli hvor prøvetid avtales, at arbeidstakeren har et sterkere oppsigelsesvern før enn etter tiltredelse. Dette vil virke både urimelig og lite forutsigbart. Denne lite harmonerende løsning kan unngås ved å oppstille et redusert stillingsvern også før tiltredelse.

Reglene om oppsigelsesvern innebærer et inngrep i arbeidsgivers privatautonomi. Selv om det er arbeidsgiveren som har det økonomiske ansvaret for driften av sin virksomhet, kan han ikke råde over denne som han måtte ønske. Dette er begrunnet i den verdien det er for et menneske å ha en jobb, både rent inntektsmessig og som en verdifull tidssyssel i seg selv. Spørsmålet blir om det er rimelig at arbeidstakeren skal ha oppsigelsesvern også før tiltredelse. Før tiltredelse vil som nevnt arbeidstakeren normalt ha en svak tilknytning til arbeidsplassen. Men inntektshensynet vil normalt stå like sterkt her som ellers. Det er ikke unormalt at arbeidstakeren, etter å ha inngått en arbeidsavtale, sier opp sin gamle stilling. Også før tiltredelse vil en jobb innebære en positiv egenverdi i seg selv.

Som vi ser, har arbeidstakeren i hvert fall behov for stillingsvern hvor han har sagt opp sin gamle stilling. Men har arbeidstakeren behov for stillingsvern dersom han ikke har noe arbeid før han inngår en arbeidsavtale? Her vil en oppsigelse ikke ramme arbeidstakeren

---

<sup>31</sup> Se pkt.2.6 og 8.3.

like hardt som der hvor han sier opp en stilling som følge av arbeidsavtalen. I situasjonen hvor han ikke opprinnelig har en stilling, mister han kun den nye jobben. Mens hvor han opprinnelig har en jobb, mister han både den opprinnelige og den nye. Hvor arbeidstakeren opprinnelig ikke har noen stilling, vil et arbeid normalt også innebære en verdi for vedkommende. Jobben vil gi inntekt og innebære en positiv verdi i seg selv. Det er etter mitt syn ikke urimelig å kreve at arbeidsgiveren skal måtte ha en grunn for å fremme en oppsigelse.

#### 5.4 Annet egnet arbeid, §15-7 (2)

Problemstillingen i det følgende er betydningen av §15-7 (2) i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Forutsetningen nedenfor er at §15-7 (1) kommer til anvendelse ved kontraktsinngåelsen.

Arbeidsmiljølovens §15-7 (2) lyder som følger: ”*Skyldes oppsigelsen driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, er den ikke saklig begrunnet dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstaker*”. Dette innebærer en presisering av saklighetskravet. Det fremgår ikke av lov eller forarbeider hvorvidt plikten til å vurdere annet passende arbeid også gjelder før tiltredelse.

Hensikten med denne presiseringen er å styrke oppsigelsesvernet. Dette kan både ha som konsekvens at arbeidsgiveren unnlater å fremme oppsigelse, og at ved oppsigelse så kan arbeidstakeren få rett til en ny jobb. Som nevnt ovenfor, kan arbeidstakeren også før tiltredelse ha behov for stillingsvern.

Konsekvensen av at vurderingsplikten etter §15-7 (2) ikke skal gjelde før tiltredelse, vil innebære at det vil bli lettere for arbeidsgiveren å si opp arbeidstakeren før tiltredelse, enn etter tiltredelse – slik at en oppsigelse som fremmes dagen før tiltredelse anses saklig. Men dersom den hadde blitt fremmet rett etter tiltredelse hadde den blitt ansett som usaklig. Det kan være betenkelig å oppstille en regel som på denne måten kan stimulere arbeidsgiveren til å fremme oppsigelse allerede før tiltredelse.

På den annen side vil normalt ikke arbeidsgiveren kjenne arbeidstakeren på samme måte før tiltredelse. Det kan derfor by på praktiske problemer for arbeidsgiveren å ta stilling til hvilke andre arbeidsoppgaver arbeidstakeren eventuelt er i stand til å utføre.

En vurderingsplikt som nevnt i §15-7 (2) vil også bidra til å styrke tilknytningsforholdet mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren. Før tiltredelse vil dette tilknytningsforholdet normalt være av beskjeden karakter, slik at innrettelseshensynet ikke står like sterkt som ved oppsigelse etter tiltredelse. Ovenfor ble det lagt til grunn at §15-7 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen. Det vil derfor harmonere best med dette om også andre ledd får anvendelse fra avtaleinngåelsen.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren også før tiltredelse har behov for stillingsvern, har jeg under tvil kommet til at §15-7 (2) gjelder fra avtaleinngåelsen.

## 6 Tvist om oppsigelse

### 6.1 Innledning

Nedenfor vil reglene som er aktuelle i forbindelse med tvist om oppsigelse bli behandlet.

### 6.2 Drøftelsesmøte

Problemstillingen i det følgende er om drøftelsesplikten etter §15-1 gjelder hvor oppsigelse fremsettes før tiltredelse. Denne drøftelsesplikten henger nøye sammen med oppsigelsesvernsreglene i arbeidsmiljøloven, slik at forutsetningen i det følgende er at disse reglene kommer til anvendelse.

Arbeidsmiljølovens §15-1 lyder som følger: *”Før arbeidsgiver fatter beslutning om oppsigelse, skal spørsmålet så langt det er praktisk mulig drøftes med arbeidstaker og med arbeidstakers tillitsvalgte, med mindre arbeidstaker selv ikke ønsker det.”*

Av forarbeidene fremgår det at *”så langt det er praktisk mulig”* skal tolkes strengt, hvor forbeholdet hovedsakelig vil være beregnet på forhold på arbeidstakers side.<sup>32</sup> Dette er i realiteten derfor nesten en ren plikt for arbeidsgiveren til å gjennomføre drøftelser.

Også før arbeidstakeren har tiltrådt vil vi ha å gjøre med en *”oppsigelse”*, slik at dette rent språklig er omfattet av ordlyden. På den annen side så er det usikkert om dette er et bevisst valg fra lovgivers side, siden problemstillingen ikke er behandlet i lovens forarbeider eller i rettspraksis.

---

<sup>32</sup> Jfr.Ot.prp.nr.50(1993–94) s.183.

Hovedhensynet bak denne drøftelsesplikten er at partene skal finne fram til rett faktum. Før tiltredelse vil det også være viktig å finne fram til korrekt faktum. Drøftelsesplikten gir arbeidstakeren mulighet til å argumentere for sitt syn før beslutning om oppsigelse treffes av arbeidsgiveren. Dette kan for eksempel bidra til at arbeidsgiveren innser at en eventuell oppsigelse i realiteten er usaklig etter §15-7. Arbeidstakeren kan også bli rammet hardt av en oppsigelse før tiltredelse, slik at han kan ha behov for den mulighet til å påvirke beslutningsprosessen som drøftelsesplikten innebærer.<sup>33</sup> Imidlertid vil normalt ikke arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen være like sterk før han har tiltrådt, slik at innrettelseshensynet står svakere i denne perioden. En drøftelsesplikt innebærer også et inngrep i arbeidsgivers privatautonomi. Denne plikten er på den annen side ikke sterkt inngripende.

Etter dette blir konklusjonen at drøftelsesplikten gjelder fra avtaleinngåelsen.

### 6.3 Retten til å kreve forhandlinger

#### 6.3.1 Innledning

Nedenfor drøftes problemstillingen om retten til å kreve forhandlinger gjelder ved tvist om oppsigelse fremmet før tiltredelse.

#### 6.3.2 Retten til å kreve forhandlinger med arbeidsgiver

Problemstillingen i det følgende er om §17-3 kan påberopes også før arbeidstakeren har tiltrådt. I det følgende er det forutsatt at §15-7 kommer til anvendelse ved kontraktsinngåelsen.

Arbeidsmiljøloven §17-3(1) lyder som følger: ”Arbeidstaker som vil gjøre gjeldende at en oppsigelse eller avskjed er ulovlig... ) kan kreve forhandlinger med arbeidsgiver.”

---

<sup>33</sup> Se ovenfor under avsnitt 5.2.

Dersom det forutsettes at arbeidsmiljølovens materielle oppsigelsesregler også kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt, vil ordlyden i §17-3(1) også omfatte oppsigelse som finner sted før arbeidstakeren har tiltrådt, jfr. ”*oppsigelse*”. Imidlertid er det usikkert om lovgiver har hatt til hensikt at også oppsigelse før tiltredelse skal være omfattet. Dette er ikke drøftet i lovens forarbeider. Bestemmelsens anvendelsesområde er heller ikke presisert i rettspraksis, og etter hva jeg kan se, heller ikke behandlet i juridisk teori.

Denne forhandlingsretten kommer i stede for behandling i forliksrådet etter tvistemålsloven, 13 aug. Nr.6 (tvml.), se aml. § 17-1 (3). Slik at dette vil være alternativet dersom forhandlingsretten ikke kommer til anvendelse før tiltredelse.

Av forarbeidene fremgår det at formålet med forhandlingsretten er å klarlegge de faktiske forhold i tvisten. Dette vil kunne ha minst to virkninger. Visshet om rett faktum kan føre til enighet om en løsning, eller lette behandlingen for en eventuell senere rettslig tvist.<sup>34</sup> Det vil også være viktig å bringe klarhet i de faktiske forhold hvor arbeidstaker sies opp før tiltredelse. Dersom arbeidsgiveren eksempelvis har lagt feil faktum til grunn, kan det være stor sannsynlighet for at oppsigelsen ikke anses saklig etter §15-7. Som nevnt ovenfor under pkt. 5, så vil en oppsigelse kunne ramme arbeidstakeren hardt også før tiltredelse.

Alternativet til en forhandlingsrett, er som nevnt ovenfor ordinær behandling i forliksrådet. Sammenliknet med en forliksrådsbehandling vil en forhandlingsrett av flere grunner normalt være å foretrekke for arbeidstakeren. En forhandlingsrett vil være gratis for arbeidstakeren dersom han velger å møte alene. Forhandlingsretten vil også være en enklere prosess, fordi det normalt er tyngre å iverksette en rettslig prosess.

På den annen side søker også arbeidsmiljølovens regler generelt, og forhandlingsretten spesielt, å sikre arbeidsforholdet. Dette er blant annet for å beskytte den sterke tilknytningen som arbeidstakeren normalt har til sin arbeidsplass. Imidlertid vil denne tilknytningen vanligvis være av en svak karakter før arbeidstakeren har tiltrådt, slik at

---

<sup>34</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–1994) s.206.

innrettelseshensynet står svakere enn ved oppsigelse etter tiltredelse. Å pålegge arbeidsgiveren en forhandlingsplikt vil også innebære et inngrep i hans privatautonomi, selv om dette inngrepet er av svak karakter. Arbeidsmiljøloven presiserer ikke nærmere hva som ligger i ”forhandlinger”. Av Rt-1997-1425 følger det at det i hvert fall må kreves at det er et møte. Dette møtet vil normalt ikke ta lang tid, men det må som et minstekrav kunne kreves at arbeidstakeren får fremmet sitt syn overfor arbeidsgiveren, slik at formålet med forhandlingsretten kan realiseres. Med andre ord vil dette normalt ikke være noen sterkt inngripende plikt for arbeidstakeren.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på at flere av de hensynene bak forhandlingsretten også gjør seg gjeldende hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse, er jeg kommet til at den gjelder allerede fra kontraktsinngåelsen.

### 6.3.3 Retten til å kreve forhandlinger med arbeidstaker

Problemstillingen i det følgende er om arbeidsgivers rett til å kreve forhandlinger med arbeidstaker etter §17-3(4) kommer til anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. I det følgende er det forutsatt at §§15-7 og 17-3(1) kommer til anvendelse fra kontraktsinngåelsen.

Av §17-3(4) følger det at: ”*Dersom arbeidstaker reiser søksmål eller underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist uten at forhandlinger har vært holdt, kan arbeidsgiver kreve forhandlinger med arbeidstaker.*”. Det fremgår verken av lovtekst eller forarbeider om dette gjelder allerede fra avtaleinngåelsen. Rettspraksis har heller ikke avgjort spørsmålet. Etter hva jeg ser, er dette ikke behandlet i juridisk teori.

Flere av kommentarene fra forarbeidene, som jeg har behandlet ovenfor under pkt. 9.1, er også aktuelle for spørsmålet om arbeidsgivers rett til å kreve forhandlinger, og jeg viser til behandlingen av dette ovenfor.

Når det gjelder arbeidsgivers rett til å kreve forhandlinger, skiller innholdet i denne retten seg fra arbeidstakers rett til å kreve forhandlinger. For arbeidsgivers vedkommende kan

forhandlinger kun kreves dersom arbeidstakeren ”reiser søksmål eller underretter arbeidsgiver om at søksmål vil bli reist uten at forhandlinger har vært holdt”. Denne begrensingen er naturlig, fordi det vil være i disse situasjonene hvor arbeidsgiveren har behov for forhandlinger med arbeidstakeren.

For arbeidsgiveren vil det også være viktig å finne fram til korrekt faktum, slik at han for eksempel kan vurdere om han har en god sak. Det er selvsagt fint om dette fører fram til enighet, slik at saken er ute av verden. Dersom enighet ikke oppnås, vil forhandlingsretten kunne lette behandlingen av en eventuell senere rettssak. Sammenliknet med en alternativ forlikrådsbehandling, kan en slik forhandlingsrett være å foretrekke for arbeidsgiveren. Det vil normalt være enklere for han å forholde seg direkte til arbeidstakeren, uten å gå veien om forlikrådsbehandling.

Lovgiver har vurdert at denne forhandlingsretten skal fungere i stedet for en ordinær forlikrådsbehandling.<sup>35</sup> Forhandlingsretten og forlikrådsbehandling vil da være to alternative fora, hvor det å finne fram til korrekt faktum vil være en sentral oppgave. Det er betenkelig om disse sakene skal behandles i ulike fora avhengig av om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som ønsker forhandlinger. Disse foraene er såpass ulike at det ikke kan utelukkes at dette kan øve innflytelse på resultatet. Hensynet til rettsenhet taler for å gi §17-3 (4) anvendelse fra avtaleinngåelsen.

Konklusjonen blir at §17-3(4) gjelder allerede fra avtaleinngåelsen.

## 6.4 Retten til å fortsette i stillingen

### 6.4.1 Innledning

Under pkt. 6.4.2 er problemstillingen om retten til å stå i stillingen gjelder ved oppsigelse fremmet før tiltredelse. Avslutningsvis blir regelen vurdert under pkt. 6.4.3.

---

<sup>35</sup> Se ovenfor.

#### 6.4.2 Retten til å fortsette i stillingen

Problemstillingen i det følgende er om retten til å fortsette i stillingen etter §15-11 kommer til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. Fordi arbeidstakeren ikke har tiltrådt jobben, vil denne retten, dersom den gjelder før tiltredelse, normalt innebære en rett for arbeidstakeren til å begynne i arbeide til avtalt tid. Nedenfor er det forutsatt §15-7 får anvendelse ved avtaleinngåelsen. Forutsetningen i det følgende er at ugyldighetsreglene §§15-5 (1) og §15-12 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen. Dersom §15-11 skulle komme til anvendelse uten at ugyldighetsreglene får anvendelse, vil dette resultere i følgende situasjon: Dersom arbeidstakeren benytter seg av retten til å stå i stillingen, vil han uansett måtte fratrukke ved rettskraftig dom. Dette vil innebære en nærmest meningsløs situasjon. Hovedhensynet bak retten til å stå i stillingen er jo at det skal være mulig for arbeidstakeren ved ugyldighetsdom og få rett til å gjeninntre.

Arbeidsmiljølovens §15-11(1) lyder som følger: ” *Ved tvist om et arbeidsforhold lovlig er brakt til opphør etter reglene i §15-7 kan arbeidstakeren fortsette i stillingen så lenge forhandlinger pågår etter §17-3.*” Dersom vilkårene etter andre ledd er oppfylt, kan arbeidstakeren også fortsette i stillingen fram til rettskraftig dom. Følger det av ”*fortsette i stillingen*” at bestemmelsen ikke gjelder før tiltredelse, fordi det da ikke vil være snakk om å fortsette men å begynne? Denne retten innebærer også en rett til gjeninntreden dersom arbeidstakeren har fratrukket, jfr. §15-11 (5). Denne fortolkningsmåte kan derfor ikke uten videre legges til grunn. Ordlyden gir dermed liten veiledning om bestemmelsens anvendelsesområde. Problemstillingen er heller ikke drøftet i lovens forarbeider eller avgjort i rettspraksis.

Av forarbeidene fremgår det at retten til å fortsette i stillingen, blant annet er begrunnet i å hindre at det i praksis blir tilnærmet umulig å fortsette i stillingen hvor oppsigelsen blir kjent ugyldig.<sup>36</sup> Tilsvarende hensyn vil også gjøre seg gjeldende dersom arbeidstakeren blir

---

<sup>36</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.192.

oppsagt før tiltredelse. Det kan også på dette tidspunktet bli en lang rettssak, og det vil normalt bli like vanskelig, om ikke vanskeligere, å tiltre for arbeidstakeren sammenliknet med situasjonen hvor arbeidstaker først fratrer, for så å tiltre. Det kan bli tilsvarende problematisk å tiltre dersom arbeidsgiveren eksempelvis har tilsatt en ny.

På den annen side er retten til å fortsette i stillingen begrenset i prøvetiden, se §15-11(3). Av forarbeidene fremgår det at dette er begrunnet i at arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen normalt vil være liten i denne perioden. Lovgiver har funnet at det da ikke er like rimelig som ellers å pålegge arbeidsgiveren denne utgiften, som ofte kan bli en økonomisk belastning for han.<sup>37</sup> Før tiltredelse vil arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen normalt være minimal, og ofte atskillig svakere enn for ansatte som er tilsatt og som arbeider i prøvetiden.

Imidlertid er retten til å fortsette i stillingen også begrunnet i å verne arbeidstakerens inntekt.<sup>38</sup> Selv om arbeidstakeren ikke har tiltrådt kan en eventuell rettssak bli langvarig, og arbeidstakeren kan ha behov for den trygghet som lønnsdekningen innebærer.

Retten til å fortsette i stillingen bygger på prinsippet om at arbeidsforholdet består inntil endelig dom er avsagt.<sup>39</sup> Dette innebærer også at evnen til å kunne utføre arbeid, anses som en positiv verdi i seg selv. Dette vil også gjøre seg gjeldende før arbeidstakeren har tiltrådt. Dersom retten til å fortsette i stillingen ikke skulle gjelde fra før tiltredelse, vil dette innebære at arbeidstakeren ikke kan møte opp på jobben til avtalt tiltredelsestidspunkt, og dermed ikke få utført noe arbeid. Det kan også tenkes at arbeidstakeren har vanskelig for å finne seg en ny jobb, eller at det var snakk om ”drømmejobben” for arbeidstakeren.

---

<sup>37</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.164.

<sup>38</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.192.

<sup>39</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.192.

Retten til å fortsette i stillingen kan ha svært byrdefulle konsekvenser for arbeidsgiveren. Økonomisk kan denne retten bli betydelig, fordi det ofte kan ta svært lang tid før rettskraftig dom foreligger. At arbeidstakeren til tross for oppsigelse fra arbeidsgiver fortsetter i arbeidet, kan også tære på samarbeidsforholdene på arbeidsplassen, samt bidra til alliansebygging og liknende. Det kan oppfattes både urimelig, tilfeldig og lite forutberegnlig å gi denne regelen anvendelse. Lovgivers hensikt er i tillegg uklart.

Det er ikke omtvistet at retten til å fortsette i stillingen er en omdiskutert regel som kan ha flere uheldige konsekvenser. Dette vil derfor tale mot å gi den anvendelse på et tidspunkt hvor det er usikkert om lovgiver har ønsket at den skal gjelde. Forholdene jeg bemerker i det følgende er kommentert i lovens forarbeider.<sup>40</sup> Retten til å fortsette i stillingen kan bidra til at arbeidsgiveren tjener på å kjøpe seg ut slik at konflikt unngås. Dette kan være tilfelle også der arbeidsgiveren har en god sak, og ville ha fått medhold i en eventuell rettssak. Denne retten kan også ha som konsekvens at oppsigelse tar svært lang tid, hvilket selvsagt kan være uheldig for partene. Den kan også føre til at arbeidsgivere blir tilbakeholdne med å tilsette nye folk, ettersom retten til å fortsette i stillingen som nevnt ovenfor kan bli svært byrdefull for arbeidsgiveren. Videre er det hevdet at bestemmelsen stimulerer arbeidstaker til å reise søksmål, også hvor han har en dårlig sak. Unødvendige prosesser er selvsagt uheldig. Ved og ikke å gi bestemmelsen anvendelse før tiltredelse, innsnevres bestemmelsens virkeområde og ditto de uheldige virkningene.

På den annen side kan det tenkes at en løsning som innebærer at retten til å fortsette i stillingen ikke gjelder før tiltredelse, vil stimulere arbeidsgiveren til å fremme oppsigelse før tiltredelse. Som nevnt ovenfor, kan denne retten ofte bli byrdefull for arbeidsgiveren, slik at arbeidsgiveren da vil komme bedre ut dersom oppsigelse fremsettes før, enn etter tiltredelse. Denne reduksjonen av arbeidstakers oppsigelsesvern må i tilfelle begrunnes i hans normalt svake tilknytning til arbeidsplassen i denne perioden.

---

<sup>40</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.192.

I motsetning til situasjonene hvor §15-12 (1) får anvendelse, kan det godt tenkes at oppsigelsen er saklig når §15-11 får anvendelse. I de tilfellene ville det ikke være noe å bebreide arbeidsgiveren.

Dersom retten til å stå i stillingen ikke skulle gjelde før etter tiltredelse, ville §§15-5 (1) og 15-12 (1) antakelig miste sin praktiske betydning. Begrunnelsen bak retten til å stå i stillingen er jo at uten denne retten, så vil det bli vanskelig å få rett til å gjeninntre.<sup>41</sup> En slik løsning vil være uheldig for samspillet mellom disse reglene.

Normalt vil retten til å stå i stillingen innebære at arbeidstakeren enten fortsetter eller gjeninntre i stillingen. Ved oppsigelse fremmet før tiltredelse blir imidlertid situasjonen en noe annen. Da vil det ikke være aktuelt å fortsette eller å gjeninntre i stillingen, men en rett til å tiltre – altså at arbeidsforholdet starter. Tiltredelse er jo noe annet og mer enn en fortsettelse eller gjeninntreden. De særlige forhold som kjennetegner oppsigelse fremmet før tiltredelse gjør det betenkelig å gi §15-11 anvendelse hvor lovgivers hensikt er usikker.

Jakhelln hevder at retten til å fortsette i stillingen neppe gjelder før tiltredelse har funnet sted. Etter hva jeg kan se, begrunner han dette i at forholdene før tiltredelse er spesielle.<sup>42</sup> Imidlertid er Jakhellns forutsetning, i motsetning til forutsetningen for denne drøftelsen, at ugyldighetsreglene ikke får anvendelse før etter tiltredelse. Jakhellns synspunkter om dette blir derfor ikke avgjørende her.

---

<sup>41</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993-94) s.192.

<sup>42</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.232.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på de særlige forhold som gjør seg gjeldende ved oppsigelse fremmet før tiltredelse, og at retten til å stå i stillingen er begrenset hvor prøvetid er avtalt, er jeg under tvil kommet til at retten til å stå i stillingen gjelder fra tiltredelse.

#### 6.4.3 Vurdering av retten til å stå i stillingen

Nedenfor blir retten til å stå i stillingen vurdert. I det følgende er det forutsatt at §§15-5 (1) og 15-12 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen.

Er det rimelig at arbeidstakeren skal kunne påberope seg retten til å stå i stillingen hvor oppsigelse fremsettes før tiltredelse?

Ved oppsigelse etter tiltredelse innebærer retten til å stå i stillingen enten at arbeidstakeren fortsetter i jobben, eller at han gjeninntre. Hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse vil det derimot være tale om en rett til å tiltre. Dette vil være noe annet og mer enn en rett til å fortsette eller gjeninntre. Det vil ikke da være tale om å verne en eksisterende tilstand, men derimot å etablere noe nytt. Før tiltredelse vil arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen normalt være av beskjeden karakter. Han vil ikke ha noe forhold til øvrige ansatte, eller til arbeidet som utføres. Men også før tiltredelse vil som nevnt inntektshensynet og egenverdien i det å ha et arbeid gjøre seg gjeldende. Som nevnt vil denne retten normalt utgjøre en stor belastning for arbeidsgiveren. Dersom arbeidstakeren ikke skulle ha rett til å stå i stillingen, innebærer dette at arbeidstakers stillingsvern reduseres. Uten en rett til å stå i stillingen vil det være vanskeligere for arbeidstakeren å få ugyldighetsdom. Dette vil muligens også redusere effekten av §§15-4 og 15-7. Imidlertid vil det kunne ha en oppdragende effekt dersom eventuell erstatningssum økes.

Vurderingen er etter mitt syn vanskelig, men min mening er at det er mindre rimelig enn ellers om arbeidstakeren skulle ha en slik rett ved oppsigelse fremmet før tiltredelse.

#### 6.5 Søksmålsfrister

Problemstillingen i det følgende er om §17-4 kommer til anvendelse ved tvist om oppsigelse fremsatt før tiltredelse. Nedenfor er det forutsatt at arbeidsmiljølovens øvrige

stillingsvernsregler og prosessuelle bestemmelser gjelder fra avtaleinngåelsen. Imidlertid kan det tenkes at særreglene om søksmålsfrister får anvendelse selv om materielle avtalerettslige regler skulle få anvendelse før tiltredelse.<sup>43</sup>

Ved tvist om oppsigelse gjelder de alminnelige reglene i domstolsloven og tvistemålsloven, se aml. §17-1 (1). Arbeidsmiljøloven inneholder flere særlige regler som skal anvendes i tillegg til disse, og §17-1 (1) fastslår at særreglene i kapittel 17 gjelder ved *”søksmål om rettigheter eller plikter etter denne lov”*. Videre bestemmer §17-4 (1) at de særlige søksmålsfristene gjelder *”[v]ed tvist om oppsigelse”*. Ordlyden sonderer ikke mellom oppsigelse fremsatt før og etter tiltredelse. Imidlertid er problemstillingen ikke drøftet i lovens forarbeider og det er usikkert hva som er lovgivers hensikt.

I Rt-1988-766 (med tilslutning i Rt-2004-76) anvendte Høyesterett alminnelige prosessuelle regler, ved opphør begrunnet i læren om bristende forutsetninger, (omstendighetene som førte til opphøret var inntruffet før avtaleinngåelsen, og de ble oppdaget før tiltredelsen).<sup>44</sup> Som nevnt ovenfor, er det forutsatt at de arbeidsrettslige reglene om virkninger av usaklig oppsigelse får anvendelse fra avtaleinngåelsen. Disse reglene står i nær sammenheng med særreglene om oppsigelsesfrister, se nedenfor. Dette er ikke tilfellet når det gjelder læren om bristende forutsetninger. Denne ulikheten innebærer at avgjørelsen ikke kan tillegges avgjørende vekt.

De særlige søksmålsfristene står i nær sammenheng med reglene om oppsigelsesvern. I særlig grad gjelder dette retten til å fortsette i stillingen. Av forarbeidene følger det at disse korte fristene faktisk er en forutsetning for retten til å stå i stillingen.<sup>45</sup> Med denne forutsetningen fra lovgiver er det betenkelig at ikke også de særlige søksmålsfrister skulle gjelde når det, som nevnt ovenfor, er forutsatt at §15-11 gjelder fra avtaleinngåelsen. Videre følger det av forarbeidene at reglene begrunnes av et behov hos begge parter for en

---

<sup>43</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.229.

<sup>44</sup> Se,pkt.5.2.

<sup>45</sup> Se,Ot.prp.nr.50(1993–94) s.206.

rask saksbehandling. Virkningene av en eventuell usaklig oppsigelse vil være de samme før og etter tiltredelse, slik at det også ved oppsigelse fremmet før tiltredelse er behov for en rask saksbehandling.

Av forarbeidene fremgår det også at en kort behandlingstid er nødvendig for å sikre et effektivt oppsigelsesvern.<sup>46</sup> Arbeidstakeren kan også ha behov for et effektivt stillingsvern før tiltredelse.<sup>47</sup> Det kan eksempelvis tenkes at han, etter å ha blitt utestengt fra arbeidsplassen, har behov for en rettslig kjennelse som gir han rett til å tiltre jfr. eventuell analogislutning fra §15-11 (5). Imidlertid vil arbeidstakeren normalt ha en beskjeden tilknytning til arbeidsplassen i denne perioden, slik at innrettelseshensynet sår svakere før enn etter tiltredelse.

Jakhelln mener de særlige prosessregler bør gjelde ved opphør begrunnet i særlige etterfølgende omstendigheter, eksempelvis avtl. §36.<sup>48</sup> Dette begrunner han blant annet med at realiteten i en slik situasjon er at arbeidsgiveren bringer et arbeidsforhold til opphør. Etter mitt syn gjør tilsvarende hensyn seg gjeldende ved oppsigelse.

Jeg har lagt avgjørende vekt på disse reglens nære sammenheng til reglene om oppsigelsesvern. Konklusjonen blir at de særlige søksmålsfrister også får anvendelse hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse.

## 6.6 Meddommerutvalg og rettens sammensetning

Problemstillingen i det følgende er om §§17-6 og 17-7 får anvendelse ved tvist om oppsigelse fremsatt før tiltredelse. Nedenfor er det forutsatt at de øvrige stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse.

---

<sup>46</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.206.

<sup>47</sup> Se,pkt.5.2.

<sup>48</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 229.

Jeg viser til behandlingen av §17-1 (1) ovenfor. Verken ordlyden i §§17-6 eller 17-7 er retningsgivende mht. bestemmelsenes virkeområde. Det er heller ikke drøftet i lovens forarbeider om bestemmelsene skal gis anvendelse ved tvist om oppsigelse fremmet før tiltredelse.

I Rt-1988-766 (med tilslutning i Rt-2004-76) anvendte Høyesterett alminnelige prosessuelle regler.<sup>49</sup> Det er som nevnt flere forskjeller mellom slikt opphør begrunnet i læren om bristende forutsetninger og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven.<sup>50</sup> Disse avgjørelsene kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt.

Reglene har til hensikt at rettens spesielle sammensetning vil gi en bred kompetanse innenfor de aktuelle arbeidsrettslige spørsmål. Dette er hensiktsmessig på grunn av de mange skjønsmessige vurderingene i arbeidsrettslige saker.<sup>51</sup> Dette vil føre til riktigere avgjørelser. Også hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse vil det være ønskelig med kvalitativt gode avgjørelser. Som nevnt har arbeidsforholdet stor betydning for partene også før tiltredelse. Vurderingene ved oppsigelse fremmet før og etter tiltredelse vil være rimelig like. Begge vil gjelde situasjoner hvor arbeidsgiver ønsker å bringe arbeidsforholdet til opphør. Derfor er det også ønskelig med spesiell kompetanse hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse.

Det vil harmonere best med konklusjonen under pkt. 7.4 at §§17-6 og 17-7 gis anvendelse fra tidspunktet hvor gyldig ansettelsesavtale er inngått. Sammen vil disse reglene bidra til en rask saksbehandling.

Jakhelln hevder at arbeidsmiljølovens prosessform bør benyttes ved opphør begrunnet i ugyldighet, for eksempel etter avtl. §36, i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Dette

---

<sup>49</sup> Se,pkt.5.2.

<sup>50</sup> Se pkt.5.2.

<sup>51</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.207.

begrunner han blant annet med at realiteten i disse situasjonene er at arbeidsgiver bringer en inngått arbeidsavtale til opphør.<sup>52</sup> Etter mitt syn, gjør tilsvarende hensyn seg gjeldende også ved oppsigelse.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på behovet for særlig fagkunnskap, blir konklusjonen at §§17-6 og 17-7 får anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse.

---

<sup>52</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, s.229.

## **7 Sanksjoner**

### **7.1 Innledning**

Først under pkt. 7.2 behandler jeg spørsmålet om de særlige ugyldighetsgrunnlag ved uriktig eller usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Deretter under pkt. 7.3 behandler jeg de særlige erstatningsregler ved uriktige oppsigelser i arbeidsmiljøloven. Problemstillingen er også her om de kommer til anvendelse før tiltredelse. Alternativt vil de avtalerettslige regler innebære at en usaklig oppsigelse anses som et kontraktsbrudd, som kan møtes med et krav om heving og/eller erstatning.<sup>53</sup>

### **7.2 Ugyldighet**

#### **7.2.1 Innledning**

Under pkt. 7.2.2 er problemstillingen om §15-12 (1) får anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Deretter under pkt. 7.2.3 er spørsmålet om §15-5 (1) får anvendelse før tiltredelse. Avslutningsvis under pkt. 7.2.4 blir reglene vurdert.

#### **7.2.2 Arbeidsmiljølovens §15-12 (1)**

Problemstillingen nedenfor er om §15-12 (1) kommer til anvendelse ved avtaleinngåelsen, eller først etter tiltredelse. Det er forutsatt at §15-7 gjelder fra avtaleinngåelsen. Dersom arbeidstakeren skulle ha rett til å stå i stillingen, uten også å kunne få dom for ugyldighet, ville dette innebære en meningsløs situasjon, fordi arbeidstakeren uansett måtte fratre etter rettskraftig dom. Forutsetningen er derfor at §15-11 ikke gjelder.

---

<sup>53</sup> Se pkt.2.7.1.

Normalt hvor arbeidstakeren får dom på ugyldighet, og rett til å gjeninntre, har han under sakens gang benyttet seg av retten til å stå i stillingen etter §15-11. Dersom det forutsettes at §15-11 ikke er anvendelig før tiltredelse, blir situasjonen en ganske annen. Da vil arbeidstakeren ikke stå i stillingen under rettsaken. Før det foreligger rettskraftig dom går det normalt atskillig tid, kanskje år. Jo lenger tid det går, dess vanskeligere vil det bli å gi arbeidstakeren dom på gjeninntredelse. Arbeidsgiveren vil da normalt måtte ansette en vikar mens han avventer på rettens resultat. Her kan det nevnes at lovgiver ønsker å redusere bruken av midlertidige ansettelser.<sup>54</sup> En slik situasjon vil være uheldig både for vikaren og arbeidsgiveren, antakelig også for arbeidstakeren. Dette er nok normalt ingen optimal måte å starte et arbeidsforhold. Situasjonen er også en annen enn for oppsigelse etter tiltredelse, hvor ugyldighet som hovedregel vil innebære en rett til å fortsette, eller en rett til å gjeninntre i stillingen. Hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse, vil det imidlertid være snakk om å tiltre, hvilket er noe annet og mer, enn det å fortsette eller gjeninntre i stillingen. Dette gjør det betenkelig å gi bestemmelsen anvendelse hvor det er usikkert hva som er lovgivers hensikt.

Det at retten skulle anvende unntaksbestemmelsen i disse situasjonene, kan muligens føre til unødvendige prosesser. Slik at det beste antakelig vil være og ikke gi denne bestemmelsen anvendelse etter tiltredelse.

Før tiltredelse vil arbeidstakeren normalt ha minimal tilknytning til arbeidsplassen og sine kollegaer. Det vil dermed være mindre rimelig enn ellers om arbeidstakeren på dette tidspunktet, skulle kunne få en slik ugyldighetsdom.

På den annen side har arbeidstakeren også behov for et effektivt stillingsvern før tiltredelse.<sup>55</sup> Men, som nevnt, er ikke vernebehovet like sterkt før som etter tiltredelse. Dersom §15-12 (1) ikke får anvendelse før tiltredelsen, vil dette svekke effektiviteten av

---

<sup>54</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.163.

<sup>55</sup> Se pkt.5.

§15-7, slik at arbeidsgiveren ved usaklige oppsigelser kun kan regne med et erstatningskrav.

Etter en vanskelig avveining mellom behovet for stillingsvern på den ene side, og de uheldige konsekvensene som rett til å gjeninntre uten rett til å stå i stillingen kan innebære på den annen side er jeg kommet til at §15-12 (1) får anvendelse etter tiltredelse.

En alternativ regel kunne for eksempel være en motsatt regel av §15-12 (1). En regel som innebærer at arbeidstakeren i utgangspunktet ikke har rett til å få en dom for ugyldighet, men at ugyldighetsdom unntaksvis kan kreves i særlige tilfeller.

### 7.2.3 Arbeidsmiljølovens §15-5 (1)

Problemstillingen er om §15-5 (1) kommer til anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Også her vil det innebære en meningsløs situasjon om arbeidstakeren skulle ha rett til å stå i stillingen, uten også å kunne kreve ugyldighetsdom. Forutsetningen er derfor at §15-11 ikke gjelder.

Flere av de samme hensyn, som nevnt under pkt. 7.2.2, vil også her være aktuelle. Her viser jeg til behandlingen om disse ovenfor (avveiningen mellom stillingsvernet på den ene siden, og de uheldige konsekvensene av at §15-11 ikke gjelder på den annen side).

Arbeidsmiljølovens §15-5 (1) lyder som følger: *”Dersom arbeidsgivers oppsigelse ikke er gitt skriftlig eller ikke inneholder opplysninger som nevnt i §15-4 og arbeidstaker går til søksmål innen fire måneder etter at oppsigelsen fant sted, skal oppsigelsen kjennes ugyldig, med mindre særlige omstendigheter gjør dette åpenbart urimelig.”* Ordlyden ser ut til å omfatte alle oppsigelser uavhengig av når de er fremsatt. Men problemstillingen er ikke drøftet i lovens forarbeider, og det er usikkert hva som er lovgivers hensikt. Spørsmålet er heller ikke behandlet i rettspraksis.

Dersom §15-5 (1) ikke skulle komme til anvendelse før tiltredelse, vil effektiviteten av §15-4 reduseres. Dette vil kunne ha som konsekvens at arbeidstaker ikke blir gjort oppmerksom på sine rettigheter etter loven, slik at disse blir stående ubenyttet, eller at arbeidstakeren må engasjere advokat for å få innsikt i sin rettsstilling. Dette vil innebære en svekkelse av stillingsvernet. Arbeidstakeren har også før tiltredelse behov for et effektivt stillingsvern.<sup>56</sup> Imidlertid vil arbeidstakeren normalt ha en minimal tilknytning til arbeidsplassen før tiltredelse, slik at innrettelseshensynet ikke står like sterkt som etter tiltredelse.

Konklusjonen blir at §15-5 (1) ikke kommer til anvendelse ved oppsigelse fremsatt før tiltredelse.

#### 7.2.4 Vurdering av ugyldighetsreglene

I det følgende blir det foretatt en kort vurdering av ugyldighetsreglene med hovedfokus på selve ugyldighetsvirkningen, som i utgangspunktet medfører at arbeidstakeren får rett til å gjeninntre.

Er det rimelig at arbeidstakeren ved oppsigelse fremsatt før tiltredelse skal få en ugyldighetsdom, som i utgangspunktet vil innebære en rett til å tiltre? Jeg starter med å skissere et eksempel på en tenkt situasjon. A (arbeidstaker) og B (arbeidsgiver) inngår en arbeidsavtale den 20. april 2002, avtalt tiltredelse er 01. juli 2002. B sier opp A 20. juni 2002. A tiltre derfor ikke til avtalt tid, men saksøker B med påstand om at oppsigelsen er ugyldig. Rettssaken starter 20. oktober 2002, men først 15. november 2004 foreligger det en rettskraftig avgjørelse. A får medhold i sin ugyldighetspåstand og tiltre 26. november 2004 hos B. En slik forhistorie vil neppe være noe gunstig utgangspunkt for et samarbeid. I motsetning til hvor oppsigelse fremmes etter tiltredelse, vil ikke A ha noen tilknytning verken til kollegaer eller arbeidsplass. En rettssak vil normalt ta så lang tid, at det kreves at A for å begrense tapet finner seg annet arbeid i denne perioden. Etter min mening er forholdene før tiltredelse så spesielle, at man ikke vil være tjent med en ugyldighetsdom i

---

<sup>56</sup> Se, pkt. 5.2.

disse tilfellene. Konsekvensen av dette blir at arbeidstakeren kun kan kreve erstatning hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse. Dette vil imidlertid innebære at effektiviteten av §§15-4 og 15-7 vil bli redusert. En mulig løsning kan være at man øker erstatningsutmålingen ved uriktige og usaklige oppsigelse fremsatt før tiltredelse. Dette vil kunne ha en oppdragende effekt, slik at arbeidsgiveren ikke fremsetter usaklige eller uriktige oppsigelse før tiltredelse.

Etter min mening er vurderingen vanskelig, men jeg er av den oppfatning at den beste regelen vil være at ugyldighetsreglene ikke får anvendelse før etter tiltredelse. Jeg har lagt avgjørende vekt på at de særegne forhold som gjør seg gjeldende, hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse.

## 7.3 Erstatning

### 7.3.1 Innledning

Først behandler jeg spørsmålet om §15-12 (2) kommer til anvendelse ved oppsigelse før tiltredelse. Under pkt. 7.3.2 er forutsetningen at §15-12 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen, mens forutsetningen under pkt. 7.3.3 er at §15-12 (2) gjelder fra tiltredelsen. Deretter blir problemstillingen om §15-5 (2) kommer til anvendelse ved oppsigelse før tiltredelse. Alternativt må arbeidstakeren påberope seg alminnelige avtalerettslige erstatningsregler, som innebærer en strengere bevisbyrde og lavere erstatningsutmåling.<sup>57</sup>

### 7.3.2 Arbeidsmiljølovens §15-12 (2), med forutsetning om at §15-12 (1) gjelder fra avtaleinngåelsen.

Problemstillingen i det følgende er om §15-12 (2) kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren blir sagt opp i strid med §15-7, og dette skjer før tiltredelse. I det følgende er det forutsatt at §§15-7 og 15-12 (1) kommer til anvendelse ved avtaleinngåelsen.

---

<sup>57</sup> Se pkt.2.7.

Bestemmelsen fastslår at: ”Arbeidstaker kan kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med §§15-6 til 15-11.”. Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden kan det se ut som at bestemmelsen også omfatter oppsigelse fremmet før tiltredelse. Imidlertid er dette ikke drøftet i lovens forarbeider, og det er dermed usikkert om dette har vært lovgivers hensikt. Problemstillingen er verken avgjort av Høyesterett eller behandlet i juridisk teori.

Erstatningsregelen er streng. Ansvarsgrunnlaget er objektivt, og man kan få en oppreisning i tillegg til erstatning for økonomisk tap.<sup>58</sup> Bestemmelsen er blant annet begrunnet i at det å straffe arbeidsgiveren i disse situasjonene, vil bidra til å effektivisere stillingsvernet. Dersom bestemmelsen ikke får anvendelse før tiltredelse, vil arbeidstakeren få et noe svekket stillingsvern i denne perioden. Effektiviteten av §15-7 vil nok på grunn av ugyldighetsregelen i første ledd fremdeles stå sterkt, men den vil nok kanskje bli noe svekket dersom de strenge erstatningsreglene ikke skulle få anvendelse før etter tiltredelse. Som nevnt ovenfor, kan arbeidstakeren også før tiltredelse ha behov for et effektivt stillingsvern.<sup>59</sup>

På den annen side vil en usaklig oppsigelse normalt ikke ramme arbeidstakeren like hardt før som etter tiltredelse. Han har da vanligvis ikke den samme tilknytningen til arbeidsplassen, slik at innrettelseshensynet står svakere enn etter tiltredelse.

Når forutsetningen er at §§15-7 og 15-12 (1) får anvendelse vil det harmonere best med dette dersom også §15-12 (2) gis anvendelse. Alternativt må arbeidstakeren påberope seg den alminnelige culparegelen. Dette vil innebære en noe tungvint løsning.

Konklusjonen blir at §15-12 (2) kommer til anvendelse fra avtaleinngåelsen.

---

<sup>58</sup> Se pkt.2.4.2 og 2.4.3.

<sup>59</sup> Se pkp.5.

### 7.3.3 Arbeidsmiljølovens §15-12 (2), med forutsetning om at §15-12 (1) får anvendelse fra tiltredelse

Problemstillingen i det følgende er om §15-12 (2) kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren blir sagt opp i strid med §15-7, og dette skjer før tiltredelse. Forutsetningen i det følgende er at §15-7 får anvendelse ved avtaleinngåelsen, men at §15-12 (1) først får anvendelse etter tiltredelse. Dette innebærer at arbeidstakeren alternativt må påberope seg avtalerettslig regler, som i utgangspunktet ikke gir arbeidstakeren rett til å tiltre.<sup>60</sup>

Jeg viser til behandlingen ovenfor under pkt. 7.3.2: flere av de samme hensyn vil også gjøre seg gjeldende her.

Dersom verken §15-12 første eller andre ledd skulle gjelde ved usaklig oppsigelse fremmet før tiltredelse, vil effektiviteten av §15-7 svekkes. Da ville arbeidstakeren kun ha anledning til å påberope seg alminnelige erstatningsrettslige regler, normalt med strengere bevisbyrde og en lavere erstatningsutmåling. Arbeidstakeren har også før tiltredelse behov for et effektivt stillingsvern.<sup>61</sup>

På den annen side vil arbeidstakerens tilknytning til arbeidsplassen normalt være beskjeden før tiltredelse, slik at innrettelseshensynet ikke står like sterkt som etter tiltredelse. Men jeg har ikke lagt avgjørende vekt på dette hensynet.

Konklusjonen blir at §15-12 (2) får anvendelse fra avtaleinngåelsen.

### 7.3.4 Arbeidsmiljølovens §15-5 (2)

Problemstillingen i det følgende er om §15-5 (2) kommet til anvendelse i perioden mellom ansettelse og tiltredelse. Nedenfor er det forutsatt at §§15-4, 15-7 og 15-11 gjelder fra avtaleinngåelsen.

---

<sup>60</sup> Se pkt.2.7.3.

<sup>61</sup> Se pkt.5.

Dersom ”*oppsigelsen*” er ugyldig, kan arbeidstakeren kreve erstatning, se §15-5 (2) første pkt. Erstatning kan også kreves dersom oppsigelsen er mangelfull, uten at oppsigelsen kjennes ugyldig av retten, se §15-5 andre ledd andre pkt. Ordlyden er absolutt og sonderer ikke mellom ugyldig oppsigelse fremmet før eller etter tiltredelse. Problemstillingen er ikke drøftet i lovens forarbeider, slik at det er usikkert hva som har vært lovgivers hensikt. Spørsmålet har heller ikke vært behandlet av Høyesterett, eller drøftet i juridisk teori.

Erstatningsregelen er streng, og denne strengheten markerer at arbeidsgiver har handlet galt.<sup>62</sup> Bestemmelsen er praktisk og medfører at arbeidstakeren i flere situasjoner kan velge mellom ugyldighetsdom og erstatning, eller begge deler. Bestemmelsen har nok også en oppdragende virkning, og stimulerer arbeidsgivere til å følge formkravene. Dette innebærer at dersom §15-5 (2) ikke gis anvendelse, så vil effektiviteten av § 15-4 reduseres. Som nevnt ovenfor kan konsekvensen bli at arbeidstakeren ikke blir gjort oppmerksom på sine rettigheter, og dermed at de blir stående ubenyttet. Alternativt at arbeidstakeren må engasjere advokat for å få klarhet i sin rettstilling. Dette vil svekke stillingsvernet. Som nevnt har arbeidstakeren også behov for stillingsvern før tiltredelse.<sup>63</sup>

På den annen side vil arbeidstakerens tilknytning til arbeidsplassen normalt være mindre før tiltredelse, slik at innrettelseshensynet ikke står like sterkt i denne perioden.

Dersom konsekvensen av at §15-5 (2) ikke gis anvendelse før tiltredelse kan bli at arbeidstakeren velger å benytte seg av retten til å stå i stillingen, samt å kreve ugyldighetsdom og få rett til å gjeninntre, hvor han, dersom han hadde hatt mulighet til det, i stedet hadde nøyd seg med å kreve erstatning, vil dette kunne være uheldig, se pkt. 7.2.3.

Konklusjonen blir at §15-5 (2) får anvendelse fra avtaleinngåelsen.

---

<sup>62</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.188.

<sup>63</sup> Se pkt.5.2.

En alternativ regel kunne her for eksempel være at ved uriktig oppsigelse før tiltredelse, så kan man kreve erstatning tilsvarende som i §15-5 (2), men ikke ugyldighetsdom. Bestemmelsens første og andre ledd er såpass sammenhengende at det er vanskelig å strekke ordlyden til å inneholde en slik regel, i tilfelle må det trekkes en analogislutning fra bestemmelsen. Imidlertid innbyr ikke arbeidsmiljøloven med sin positivrettslige lovgivning til analogislutninger.<sup>64</sup>

### 7.3.5 Vurdering av erstatningsreglene

I det følgende, blir det foretatt vurdering av om erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven burde få anvendelse ved usaklig og/eller uriktig oppsigelse fremmet før tiltredelse.

Nedenfor er det forutsatt at §§15-4 og 15-7 får anvendelse ved avtaleinngåelsen.

Erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven har for det første en oppdragende effekt som bidrar til å stimulere arbeidsgiver til å følge reglene om form-og saklighetskrav ved oppsigelse. Under pkt. 3 og 5 ble det lagt til grunn at det også er viktig at disse reglene følges hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse. Når først §§15-4 og 15-7 gjelder før tiltredelse, og det er av stor betydning for arbeidstaker at disse reglene følges, mener jeg at den beste løsningen er at også erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven får anvendelse hvor oppsigelse fremsettes før tiltredelse. Dette gjelder etter min mening i særlig grad dersom forutsetningen skulle være at ugyldighetsreglene og retten til å stå i stillingen, ikke får anvendelse før etter tiltredelse.

Også ved oppsigelse før tiltredelse vil arbeidstakeren normalt ha en berettiget forventning om at tiltredelse, og videre arbeidsforhold skal finne sted. Slik at til tross arbeidstakers normalt svake tilknytning til arbeidsplassen i denne perioden, er jeg ikke av den oppfatning at det er urimelig å pålegge arbeidsgiveren et objektivt erstatningsansvar med høyere erstatningsutmåling i disse tilfellene.

---

<sup>64</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.229.

## 8 Særlige regler

### 8.1 Fortrinnsrett

Etter §14-2 følger det at arbeidstakeren, dersom han blir oppsagt på grunn av virksomhetens forhold, og de andre aktuelle vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, har fortrinnsrett til ny ansettelse i samme virksomhet. Problemstillingen i det følgende er om denne fortrinnsretten også kommer til anvendelse dersom arbeidstakeren oppsies før tiltredelse.

Av §14-2 (3) følger det at fortrinnsretten kun gjelder dersom arbeidstakeren *”har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder i de to siste år”*. To mulige tolkningsalternativer av begrepet *”ansatt”* gjør seg her gjeldende. For det første kan dette forstås slik at arbeidstakeren i denne sammenhengen først er å regne for ansatt etter tiltredelse. Dersom dette tolkningsalternativet legges til grunn som gjeldende rett, vil aldri denne retten aktualisere seg før tiltredelse. Dersom tolkningsalternativ to legges til grunn, at arbeidstakeren regnes som ansatt allerede fra avtaleinngåelsen, vil denne retten vanligvis heller ikke kunne påberopes i disse tilfellene. Årsaken til dette er at perioden fra avtaleinngåelsen og frem til tiltredelse normalt ikke kvalifiserer til *”minst 12 måneder”*. Imidlertid kan det motsatte tenkes å være tilfelle i minst to situasjoner. For det første dersom denne perioden unntaksvis er uvanlig lang. Eksempelvis kan nevnes en situasjon hvor en arbeidsgiver ansetter en flink student, som enda har to år igjen å studere. For det andre kan det tenkes at en arbeidstaker også tidligere har vært ansatt hos den samme arbeidsgiveren, slik at fristen er oppfylt sammenlagt. Det følger av *”til sammen”* at flere ansettelser kan legges sammen.

Etter en naturlig språklig forståelse av ”ansatt” kan det se ut til at beregningstiden begynner å løpe allerede fra avtaleinngåelsen. Imidlertid kan jeg ikke se at dette er drøftet i lovens forarbeider, slik at det er usikkert om dette er et bevisst valg fra lovgivers side.

Etter tjml.§13 fremgår det at det i bestemmelsen om fortrinnsrett for statstjenestemenn, er et krav om ”*minst ett års sammenhengende tjeneste*”. Det er nærliggende å forstå ”*sammenhengende tjeneste*” slik at det denne først starter etter at arbeidstakeren har tiltrådt. Imidlertid er dette ikke drøftet i lovens forarbeider, slik at det også for tjenestemenns vedkommende er usikkert om bestemmelsen gjelder før tiltredelse. Det finnes ingen Høyesterettsavgjørelser som avgjør dette spørsmålet.

Denne bestemmelsen har blant annet som formål å effektivisere stillingsvernet. Slik at det blir problematisk for arbeidsgiver å si opp en arbeidstaker begrunnet i for eksempel driftsinnskrenkninger, for deretter rett etterpå å ansette en ny arbeidstaker.<sup>65</sup> I de få tilfellene hvor arbeidstakeren faktisk oppfyller tolv måneders-kravet før tiltredelse, vil han kunne nyte godt av en fortrinnsrett. For det første kan regelen om fortrinnsrett ha som følge at arbeidsgiveren unnlater å gå til oppsigelse. Dette vil medføre at stillingsvernet blir styrket. Arbeidstakeren vil også før tiltredelse kunne nyte godt av et slikt styrket stillingsvern, fordi en oppsigelse også på dette tidspunktet kan ramme arbeidstakeren hardt.<sup>66</sup> For det andre, dersom arbeidsgiveren først skulle si opp arbeidstakeren før tiltredelse, vil han også på dette tidspunktet kunne ha behov for en fortrinnsrett. Både hvor arbeidstakeren forblir gående arbeidsledig, og hvor han får en ny jobb som han liker mindre enn den hos sin gamle arbeidsgiver, vil dette være tilfellet.

På den annen side kan det at lovgiver har valgt å oppstille et krav om tolv måneders ansettelse indikere at tilknytningen mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren skal ha en sentral betydning. Denne tilknytningen vil normalt ikke være like strek før tiltredelse, og

---

<sup>65</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.199.

<sup>66</sup> Se pkt.5.

det er vanligvis først etter tiltredelse at arbeidstakerens tilknytning til arbeidsplassen åpenbarer seg for fullt.

Det er her naturlig å trekke en sammenlikning til ansiennitetsregelen ved oppsigelse etter §15-7. Rettspraksis har lagt til grunn at som et moment i vurderingen av om oppsigelsen er ”*sakelig begrunnet*”, vil et ansiennitetsprinsipp være inkludert jfr. for eksempel Rt-1966-393, Rt-1972-1330 og Rt-1986-879. Slik jeg forstår disse dommene ble ansiennitetstiden her beregnet først fra tiltredelse. Prinsippet er blant annet begrunnet i rettferdighetsbetraktninger, hvor ansettelsestiden fra tiltredelse blir ansett som relevant i saklighetsvurderingen. Reglene om fortrinnsrett har også en sammenheng med oppsigelsesvernet i §15-7. Det følger av §14-2 (6) at dersom det er flere fortrinnsberettigede til samme stilling gjelder ”*de samme regler for utvelgelse som de som gjelder ved oppsigelser på grunn av driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak*”. Dette innebærer også en henvisning til ansiennitetsmomentet nevnt ovenfor. Hensynet til konsekvens og harmoni i regelsystemet taler for at begge disse ansiennitetsreglene utregnes på samme måte, altså at fristen i begge tilfeller starter å løpe ved tiltredelse.

Det følger av forarbeidene at denne fortrinnsretten er en videreføring av §15-7 (2).<sup>67</sup>

Ovenfor ble det konkludert med at denne regelen gjelder fra avtaleinngåelsen. Det vil bli best harmoni mellom disse om også §14-2 gjelder fra samme tidspunkt.

En løsning som innebærer å gi fortrinnsretten anvendelse fra avtaleinngåelsen vil være best i overensstemmelse med lovens formål om å ”*sikre trygge ansettelsesforhold*”, se §1-1 bokstav b).

Når det gjelder juridisk teori, hevder Jakhelln at tiltredelsestidspunktet formentlig må legges til grunn for utregning av fristen for om reglene om fortrinnsrett i §14-2 (3) kommer til anvendelse.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–1994) s.199.

<sup>68</sup> Se Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.226.

Jeg har lagt vesentlig vekt på at hovedhensynet bak fortrinnsretten også kan gjøre seg gjeldende før tiltredelse (driftsinnskrenkninger som påskudd for en ellers usaklig oppsigelse). Under tvil er jeg kommet til at fortrinnsretten gjelder fra avtaleinngåelsen.

## 8.2 Krav på attest

Problemstillingen i det følgende er om arbeidstakeren har krav på attest dersom arbeidsforholdet oppsies før tiltredelse. Forutsetningen er at arbeidstakeren ikke har tiltrådt arbeidet.

Arbeidsmiljølovens §15-15(1) lyder som følger: ”*Arbeidstaker som fratrer etter lovlig oppsigelse har krav på skriftlig attest av arbeidsgiver.*”. Bestemmelsen oppstiller også nærmere krav til innholdet i attesten. Etter en naturlig språklig forståelse av ”*fratrer*” taler dette for at arbeidstakeren må ha tiltrådt for å ha krav på en attest. Fratredelse er basert på en forutsetning om at arbeidstakeren har tiltrådt. På den annen side så er dette ikke drøftet nærmere i lovens forarbeider. Det er dermed uklart om lovgiver har vært oppmerksom på denne problemstillingen.

Spørsmålet i det følgende er om arbeidstakeren har behov for en attest dersom han ikke har tiltrådt. En attest har normalt til hensikt å dokumentere arbeidstakers kompetanse, hvilke arbeidsoppgaver han er i stand til å utføre, personlige egenskaper og liknende. En attest i denne betydningen kan vanskelig utstedes dersom arbeidstakeren ikke har tiltrådt arbeidet. Arbeidsgiveren vil da verken kjenne arbeidstakeren, eller vite hvilke arbeidsoppgaver han er i stand til å utføre osv. Det kan derfor ikke kreves at arbeidsgiveren skal utforme en ordinær attest i disse situasjonene.

Kan arbeidstakeren kreve en attest hvor det fremgår at han har vært ansatt, men uten å ha tiltrådt arbeide? Dette må i tilfelle begrunnes i analogibetraktninger fra §15-15. Imidlertid så vil vanligvis ikke en arbeidstaker ha noe behov for en slik attest. På den annen side kan det tenkes at det motsatte er tilfelle hvor en slik attest eksempelvis er en nødvendig

forutsetning for å kunne kreve dagpenger. Etter folketrygdloven 28 feb. Nr. 19 (ftl.)§4-9 følger det at det for de oppramsede alternativenes vedkommende gjelder en forlenget ventetid for rett til dagpenger. Dette innebærer at arbeidstakeren kan ha behov for å dokumentere at han for eksempel ikke er avskjediget eller oppsagt for forhold som kan bebreide han, for ikke å miste retten til dagpenger for en periode. For arbeidsgivers del er det heller ikke arbeidskrevende å utforme en slik attest. Dette kan gjøres ved en setning, hvor arbeidsgiveren bekrefter at arbeidstakeren har vært ansatt, men uten å ha tiltrådt, samt lengden på ansettelsestiden.

Konklusjonen blir etter dette at arbeidstakeren antakelig kan kreve en attest som beskrevet ovenfor.

### 8.3 Oppsigelse i prøvetiden

#### 8.3.1 Innledning

Etter §15-6 er det anledning til å avtale at arbeidstakeren skal være ansatt for en bestemt prøvetid. Dette innebærer blant annet at spesielle oppsigelsesregler kommer til anvendelse i denne perioden. Arbeidstakeren kan ikke sies opp dersom dette ikke er begrunnet i *”arbeidstakers tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet eller pålitelighet”*. Imidlertid vil arbeidstakeren også kunne sies opp dersom vilkårene etter §15-7 er oppfylt jfr. §15-6 (2). Dette innebærer at arbeidstakerens oppsigelsesvern innsnevres i prøvetiden.

Av §15-3 (7) følger det også at oppsigelsesfristen er kortere, minimum 14 dager, enn ved ordinær oppsigelse, som minimum må være en måned, se §15-3 (1). Utgangspunktene for beregning av fristene er også ulike. Dersom prøvetid er avtalt, vil fristen løpe fra dato til dato. Mens den ordinære oppsigelsesfristen løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelse fant sted, se §15-3 (4).

Arbeidstakeren har i utgangspunktet ikke rett til å stå i stillingen, dersom det oppstår tvist om oppsigelsens gyldighet, og prøvetid er avtalt, se §15-11 (3). Imidlertid kan retten ved

kjennelse bestemme at arbeidstakeren allikevel skal ha rett til å stå i stillingen jfr. §15-11 tredje ledd tredje pkt.

Dersom det legges til grunn at de alminnelige oppsigelsesreglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt, blir problemstillingen om også de særlige reglene §15-6 får anvendelse før tiltredelse. Dersom dette ikke er tilfelle, vil de særlige reglene i §15-6 først kunne påberopes etter at arbeidstakeren har tiltrådt. Fordi §15-6 i realiteten inneholder tre ulike elementer, blir disse behandlet enkeltvis nedenfor. Det materielle oppsigelsesgrunnlaget behandles i pkt. 8.3.2, oppsigelsesfristen i pkt. 8.3.3 deretter blir retten til å fortsette i stillingen behandlet i pkt. 8.3.4.

I det følgende forutsettes det at §§15-7, 15-5 (1) og 15-12 (1) kommer til anvendelse fra avtaleinngåelsen.

### 8.3.2 De særlige oppsigelsesgrunnlagene i §15-6

Problemstillingen i det følgende er om de særlige oppsigelsesgrunnlagene som følger av §15-6, kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt. Selve ordlyden, ”*oppsigelse*”, er ikke til hinder for at bestemmelsen også kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt. Imidlertid så er dette, etter hva jeg kan se, ikke drøftet i lovens forarbeider, og det er derfor uklart hva lovgiver har ment. Bestemmelsens virkeområde er heller ikke presisert i rettspraksis, eller behandlet i juridisk teori.

For arbeidsgivers vedkommende er bestemmelsen begrunnet i at han skal kunne prøve om arbeidstakeren er egnet til jobben, samt å avklare om arbeidstakeren har nødvendig kompetanse og forutsetninger for å utføre arbeidet. Bestemmelsene om prøvetid gir også arbeidstakeren en mulighet for å prøve ut forholdene på arbeidsplassen, slik som trivsel og liknende.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Se Jakhelln/Aune, arbeidsrett.no s.821.

Både for arbeidstakeren og for arbeidsgiveren vil disse forholdene normalt vanskelig la seg prøve før arbeidsforholdet har startet. Arbeidstakeren vil normalt ikke kunne teste om han trives, dersom han ikke først har tiltrådt arbeidet. Arbeidsgiveren vil på sin side vanskelig kunne prøve ut arbeidstakerens egnethet til stillingen før han har tiltrådt. Det er først på tiltredelsestidspunktet det er mulig å vurdere arbeidstakerens arbeidsprestasjon. På den annen side kan det tenkes å oppstå situasjoner hvor det motsatte unntaksvis er tilfelle. Det kan eksempelvis tenkes at arbeidstakeren allerede før tiltredelsen viser at han er upålitelig, for eksempel ved å møte opp for sent til avtaler og liknende. Det kan også oppstå situasjoner hvor arbeidsgiveren får informasjon, for eksempel fra tidligere arbeidsgivere, om at arbeidstakeren ikke har den nødvendige faglige dyktighet eller pålitelighet.

Det fremgår av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at prøvetidsreglene også har til formål å stimulere til nye ansettelser, departementet uttaler: ”*Etter departementets syn er det svært viktig at prøvetidsreglene utformes slik at arbeidsgiver tør å ta sjansen på å tilsette en arbeidstaker som det er noe usikkert om kan utføre arbeidet tilfredsstillende*”.<sup>70</sup> Dette hensynet gjør seg gjeldende også før arbeidstakeren har tiltrådt. Det er jo før ansettelse at arbeidsgiver bestemmer seg med tanke på nyansettelser.

Konsekvensen av at de særlige oppsigelsesgrunnlagene i §15-6 ikke skulle gjelde før tiltredelse vil blant annet bli følgende. I perioden mellom ansettelse og tiltredelse vil arbeidsgiveren kun anvende de alminnelige oppsigelsesreglene i §15-7, mens etter tiltredelse vil arbeidsgiveren i tillegg kunne påberope seg de særlige oppsigelsesgrunnlagene i §15-6. Er det rimelig at det skal være strengere oppsigelsesregler før tiltredelse enn etter tiltredelse? Bestemmelsene om oppsigelsesfrister bygger blant annet på et prinsipp om at jo lengre man har vært tilsatt, dess lengre blir oppsigelsesfristen. En regel som innebærer at oppsigelsesreglene blir strengere før enn etter tiltredelse, vil harmonere dårlig med dette. En slik regel vil også kunne oppfattes som urimelig og lite forutsigbar.

---

<sup>70</sup> Se, Ot.prp.nr.50(1993–94) s.163.

Prøvetidsreglen er også begrunnet i et ønske om å redusere misbruket av midlertidige ansettelser.<sup>71</sup> Også før tiltredelse vil dette hensynet gjøre seg gjeldende. Det er normalt på dette tidspunktet arbeidsgiveren avgjør hvilken ansettelsesform som skal benyttes.

Dersom disse særlige reglene ikke skulle få anvendelse før tiltredelse, vil dette som nevnt innebære at oppsigelsesvernet, der hvor prøvetid er avtalt, er sterkere før enn etter tiltredelse. Arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen er normalt svakere før enn etter tiltredelse, slik at innrettelseshensynet står svakere i denne perioden. Av disse årsaker vil det være urimelig om oppsigelsesvernet skulle være sterkere før enn etter tiltredelse.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på det uheldige ved et stillingsvern som vil være sterkere før enn etter tiltredelse, blir konklusjonen at de særlige oppsigelsesgrunnlagene kommer til anvendelse ved avtaleinngåelsen.

### 8.3.3 Den kortere oppsigelsesfristen

Problemstillingen i det følgende er om den kortere oppsigelsesfristen som følger av §§15-3 (7) jfr. 15-6, kommer til anvendelse før arbeidstakeren har tiltrådt. Forutsetningen er at arbeidstakeren og arbeidsgiveren skriftlig har avtalt prøvetid jfr. §15-6, og at §15-7 (1) kommer til anvendelse før tiltredelse.

Etter en naturlig språklig forståelse av ”*prøvetid*”, kan dette forstås slik at denne ikke starter å løpe før arbeidstakeren har tiltrådt. Det er først på dette tidspunktet arbeidstakeren får anledning til å prøve seg. På den annen side er dette ikke drøftet spesielt i arbeidsmiljølovens forarbeider. Derfor er det usikkert om lovgiver har tatt stilling til dette, og det kan ikke uten videre legges til grunn at det er et bevisst ordvalg i så måte.

---

<sup>71</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.163.

Før arbeidsmiljøloven av 1977 var det kun krav om en dags varsel, ved oppsigelse i prøvetiden. Med 1977 loven ble denne fristen forlenget til fjorten dager. Som vi ser anså lovgiver en frist på fjorten dager i prøvetiden som passelig. Fjortendagers-fristen er et resultat av en avveining mellom forutberegnelighet på den ene siden, og det uheldige i at arbeidstakeren går for lenge i en jobb hvor han for eksempel ikke strekker til.

Alternativet til å la fjortendagers-fristen gjelde før tiltredelse vil være at normal oppsigelsesfrist får anvendelse, dvs. minimum en måned, se §15-3 (1). Dette innebærer at dersom oppsigelse blir fremmet før tiltredelse, så er fristen 1 måned dersom ikke lengre frist er avtalt. Men dersom oppsigelsen fremmes etter at arbeidstakeren har tiltrådt, vil fristen kun være fjorten dager. En slik løsning vil blant annet ha som konsekvens at dersom arbeidstakeren sier opp dagen før tiltredelse, vil arbeidstakeren muligens måtte arbeide i nesten to måneder, dersom ikke lengre frist er avtalt. Dette fordi at oppsigelsen løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted jfr. §15-3 (4). Slik at dersom oppsigelse leveres i begynnelsen av en måned, vil fristen bli på bortimot to måneder, eller enda lengre dersom lengre frist er avtalt. Derimot hvis han venter med å si opp til etter at han har tiltrådt, vil oppsigelsesfristen være fjorten dager, slik at han kun trenger å jobbe i to uker og ikke i nesten to måneder. Dette vil kunne virke urimelig og lite forutsigbart for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Det vil for det første være en fordel for de som kjenner reglene, slik at oppsigelsen kan "times" til det rette tidspunktet. Antakelig vil det normalt være arbeidsgiverne som har best kjennskap til reglene i arbeidsmiljøloven, slik at disse kommer best ut etter en slik regel. Dette vil være i kontrast til ett av de grunnsyn som arbeidsmiljøloven er tuftet på, nemlig å oppveie et ulikartet balanseforhold mellom arbeidstakeren og arbeidsgiveren, som har resultert i en rekke bestemmelser som tilgodeser arbeidstakeren.

Det vil dessuten være uheldig om man skal måtte vente til arbeidstakeren har tiltrådt, før oppsigelse kan meddeles. Arbeidstakeren må da tiltre en stilling, for så umiddelbart å si opp eller bli oppsagt. I slike situasjoner vil det være unødvendig, tungvint og urimelig å tvinge arbeidstakeren til å tiltre.

Det følger av arbeidsmiljølovens forarbeider at ett av formålene med prøvetidsreglene er å redusere terskelen for nye ansettelser, slik at arbeidsgivere skal tørre å ansette nye medarbeidere.<sup>72</sup> Dette hensynet, som av departementet blir beskrevet som ”*særlig viktig*”, gjør seg gjeldende også i perioden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse.

Det følger også av forarbeidene at prøvetidsreglene blant annet har til hensikt å motvirke misbruk av midlertidige ansettelser.<sup>73</sup> Allerede fra avtaleinngåelsen vil dette hensynet gjøre seg gjeldende. Det er på dette tidspunktet at arbeidsgiveren foretar valg mellom ulike ansettelsesforhold.

Dersom det legges til grunn at oppsigelsesfristen på fjorten dager gjelder allerede fra avtaleinngåelsen, så harmonerer dette godt med konklusjonen ovenfor, at de særlige oppsigelsesgrunnlagene gjelder fra avtaleinngåelsen.

Fordi flere av hensynene bak bestemmelsene om prøvetid også gjør seg gjeldende før arbeidstakeren har tiltrådt, blir konklusjonen at fjortendagers-fristen kommer til anvendelse fra kontraktsinngåelsen.

#### 8.3.4 Retten til å fortsette i stillingen i prøvetiden

Arbeidsmiljøloves §15-11 (3) legger til grunn at retten til å fortsette i stillingen ikke gjelder ved ”*oppsigelse i prøvetiden*”. Retten kan imidlertid bestemme at arbeidsforholdet likevel skal fortsette, se tredje ledd annet pkt. Problemstillingen nedenfor er om dette også gjelder ved oppsigelser fremsatt før tiltredelse. I det følgende er det forutsatt at §§15-7, 15-5, 15-12 og 15-6 gjelder allerede fra kontraktsinngåelsen, og at prøvetid er gyldig avtalt jfr. §15-6.

Denne regelen begrenser retten til å stå i stillingen i prøvetiden. Dette innebærer at dersom forutsetningen skulle være at den ordinære retten til å stå i stilling ikke skulle få anvendelse før tiltredelse, kan heller ikke § 15-11 (3) gis anvendelse før etter tiltredelse. Grunnen til

---

<sup>72</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–1994) s.163.

<sup>73</sup> Se,note,76.

dette er at § 15-11 (3) er ment som en begrensning av retten til å stå i stillingen av lovgiver. Konsekvensen av at §15-11(3) skulle gjelde allerede fra avtaleinngåelsen, mens resten av §15-11 først skal komme til anvendelse ved tiltredelsen, vil bli som følger: Da ville arbeidstakeren få en tilfeldig fordel dersom prøvetid avtales etter §15-6. Retten ville da ved kjennelse kunne ”bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort”. Men dersom prøvetid ikke avtales, vil det ikke finnes noe grunnlag for en slik rett før arbeidstakeren har tiltrådt. En slik løsning vil også være klart i strid med viktige hensyn bak bestemmelsene om prøvetid, som fremgår av lovens forarbeider. Forutsetningen i det følgende er derfor at § 15-11 får anvendelse fra avtaleinngåelsen.

Problemstillingen nedenfor er om den særlige reguleringen av retten til å fortsette i stillingen, som fremgår av §15-11 (3), kommer til anvendelse allerede ved kontraktsinngåelsen.

Arbeidsmiljøloven §15-11 (3) lyder som følger: ”Retten til å fortsette i stillingen gjelder ikke ved tvist om[...] oppsigelse i prøvetiden[...] Etter krav fra arbeidstaker kan retten likevel bestemme at arbeidsforholdet skal fortsette inntil saken er rettskraftig avgjort.”

Lovens ordlyd gir her ikke veiledning for spørsmålet om regelen får anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. Spørsmålet er heller ikke behandlet i lovens forarbeider, eller avgjort i rettspraksis. Etter hva jeg kan se er dette ikke behandlet i juridisk teori.

Dersom begrensningene i §15-11 (3) ikke gjelder før tiltredelse, vil arbeidstaker få en tilfeldig fordel. Fordi situasjonen da vil bli at dersom prøvetid avtales, vil arbeidstaker før tiltredelse ha en alminnelig rett til å fortsette i stillingen etter §15-11, mens etter tiltredelse vil han i utgangspunktet ikke ha rett til å fortsette i stillingen jfr. §15-11 (3). Dette kan virke urimelig ettersom at arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen normalt er atskillig svakere før tiltredelse, enn etter at arbeidstaker har tiltrådt. Det følger også av lovens forarbeider at hensikten med begrensningen i §15-11 (3) er at arbeidstakeren normalt ikke har noen sterk tilknytning til arbeidsplassen i prøvetiden, slik at det da i utgangspunktet vil

være urimelig å pålegge arbeidsgiveren den store økonomiske belastningen som denne retten ofte medfører.<sup>74</sup> Når lovgiver har valgt å redusere innholdet i retten til å fortsette i stillingen i prøvetiden, vil det være logisk at denne retten også reduseres dersom tiltredelse ikke har funnet sted. Dette vil kunne karakteriseres som en fra det mer til det mindre tolkning, fordi arbeidstakers tilknytning til arbeidsplassen normalt er svakere før tiltredelse.

Det følger av forarbeidene at reduksjonen av retten til å fortsette i stillingen i prøvetiden, blant annet skyldes et ønske om å senke terskelen for nye ansettelser, slik at arbeidsgiver skal tørre å ansette nye medarbeidere.<sup>75</sup> Retten til å fortsette i stillingen kan ofte bli en stor økonomisk belastning for arbeidsgiveren og dersom denne i utgangspunktet ikke gjelder før etter utløpet av prøvetiden, kan dette bidra til å fremme nye ansettelser.

Det følger også av forarbeidene at reglene om prøvetid er begrunnet i et ønske om å hindre misbruk av midlertidige ansettelser.<sup>76</sup> Dette hensynet vil også gjøre seg gjeldende fra avtaleinngåelsen.

Slik jeg ser det, kan det godt oppstilles mothensyn mot at retten til å fortsette i stillingen reduseres i prøvetiden. Men i og med at det er en realitet at denne rettigheten er redusert i prøvetiden (et bevisst lovgivervalg), finner jeg ikke hensyn som skulle tale for at ikke denne begrensningen også skal gjelde før tiltredelse har funnet sted, når det uansett er klart at begrensningen gjelder etter tiltredelse og ut prøvetiden.

Etter å ha lagt avgjørende vekt på at arbeidstakeren normalt har en svakere tilknytning til arbeidsplassen før tiltredelse, samt lovgivers ønske om at disse reglene skal bidra til å senke terskelen for nyansettelser, blir konklusjonen at begrensningen i §15-11 (3) også gjelder hvor oppsigelse fremmes før tiltredelse.

---

<sup>74</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.164.

<sup>75</sup> Se ovenfor.

<sup>76</sup> Se Ot.prp.nr.50(1993–94) s.163.

## Litteraturliste

- Eckhoff, Rettskildelære  
Eckhoff, Torstein:  
Rtteskildelære. 5. Utg..  
Universitetsforlaget. Oslo, 2001
- Falkanger, Tvangsfullbyrdelse  
Falkanger, Thor:  
Tvangsfullbyrdelse. 2 utg..  
Universitetsforlaget. Oslo, 2000
- Fougner/Holo, Arbeidsmiljøloven  
Fougner, Jan og Holo, Lars:  
Arbeidsmiljøloven.  
Universitetsforlaget. Oslo, 2006
- Hagstrøm, Obligasjonsrett  
Hagstrøm, Viggo:  
Obligasjonsrett.  
Universitetsforlaget. Oslo, 2003
- Jakhelln/Aune, arbeidsrett. no  
Jakhelln, Henning og Aune,  
Helga: arbeidsrett. No. N. W.  
Damn & Søn AS. Oslo 2005.
- Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten  
Jakhelln, Henning: Oversikt  
over arbeidsretten. 4. utg.. N.  
W. Damn & Søn AS. Oslo,  
2006
- Lunning/Toijer, Anstillingsskydd  
Lunning, Lars og Toijer,  
Gudmund: Anstillingsskydd. 9.  
Utg.. Norstedts Juridik.  
Stockholm, 2006
- Paulsen, Afskedigelse  
Paulsen, Jens: Afskedigelse.  
GadJura. København, 1997
- Runhammar/Stare  
Runhammar, Urban og Stare,  
Peter: Handbok i arbetsrätt. 11

Svenning, Funktionærret

utg.. Stockholm 1998

Svenning Andersen, Lars:

Funktionærret. 3 utg.. Jurist- og

Økonomforbundets Forlag.

København, 2004

Woxholth, Avtalerett

Woxholth, Geir: Avtalerett. 2

utg.. Gyldendal. Oslo, 2003

### **Dommer**

Rt-1923/2-241 Rt-1988-766 Rt-1997-1506

Rt-1931-97 Rt-1988-1078

Rt-1939-291 Rt-1989-508

Rt-1939-417 Rt-1990-607

Rt-1957-778 Rt-1991-236

Rt-1966-393 Rt-1991-266

Rt-1972-1330 Rt-1997-1128

Rt-1986-879 Rt-1997-1425

### **Danske dommer**

U-47-1006-SHD

U-52-18-H

U-53-394-SHD

U-82-1190-ØL

### **Lover**

- Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer, 31 mai. Nr. 4. 1918 (avtaleloven)

- Lov 13 aug 1915 nr. 5 (domstolloven)
- Lov 13 aug 1915 nr. 6 (tvistemålsloven)
- Lov nr. 26/1969 (skadeerstatningsloven)
- Lov nr. 18/1975 (sjømannsloven)
- Lov nr. 3/1983 (tjenestemannsloven)
- Lov nr. 19/1997 (folketrygdloven)
- Lov 17 jun 2005 nr. 61 (arbeidsmiljøloven)

### **Forarbeider**

-Ot.prp.nr.41 (1975–76) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

-Ot.prp.nr.50 (1993–94) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

