

STILLINGSVERN OG AVTALERETT

Kandidatnummer: 595

Veileder: Stein Evju

Leveringsfrist: 25. november 2007

Til sammen 17 311 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillinger og aktualitet	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Noen rettskildemessige betraktninger	3
1.4	Bakgrunnsretten	5
1.4.1	Inngåelse av arbeidsavtaler	5
1.4.2	Gyldighetsspørsmål i arbeidsretten	6
1.5	Oversikt over den videre fremstilling	7
<u>2</u>	<u>OPPHØRSADGANG OG REGELVALG ETTER AVTALEINNGÅELSE, MEN FØR TILTREDELSE AV ARBEID.</u>	<u>8</u>
2.1	Innledning	8
2.2	Tiltredelse og arbeidstakerdefinisjonen i arbeidsmiljøloven	10
2.3	Rettspraksis	12
	Oslo tingrettsdom 13.11.03	13
2.3.1	NAD 1986.729	14
2.3.2	Rt. 2004.76	15
2.4	Teori	16
2.5	Konklusjon	18
2.6	Svensk rett	18

<u>3</u>	<u>GYLDIGHETSSPØRSMÅL FØR OG ETTER TILTREDELSE AV ARBEID</u>	<u>21</u>
3.1	Innledning	21
3.2	Rt. 1988.766	22
3.3	Rt. 2004.76	24
3.3.1	Problemstilling	24
3.3.2	Saksforholdet	24
3.3.3	Nærmere om Høyesteretts resonnement	26
3.4	Annen relevant rettspraksis vedrørende gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse	36
3.4.1	RG 2004.1069	37
3.4.2	RG 2003.268	38
3.5	Svensk rett	41
<u>4</u>	<u>TILBAKEKALL AV OPPSIGELSE MM.</u>	<u>45</u>
4.1	Rettslige grunnlag	45
4.1.1	Tilbakekall etter re integra-prinsippet	47
4.1.2	Ugyldighet etter avtaleloven § 36	48
4.2	Tilbakekall fra arbeidstaker	48
4.3	Tilbakekall fra arbeidsgiver	54
4.4	Svensk rett	56
<u>5</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>60</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>62</u>

1 Innledning

1.1 Problemstillinger og aktualitet

Fellesnevneren for oppgavens problemstillinger er samspillet mellom arbeidsretten og avtaleretten. Et arbeidsforhold reguleres i første rekke av arbeidsmiljøloven, men er samtidig basert på en arbeidsavtale, slik at alminnelige avtalerettslige regler også kommer til anvendelse. Dette samspillet gjør seg gjeldende i ulike situasjoner, men jeg skal særlig behandle tre problemstillinger: opphørsadgang før arbeidstakers tiltredelse, gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse, og tilbakekall av oppsigelse.

Det første hovedemnet er opphørsadgang og regelvalg etter avtaleinngåelse, men før tiltredelse av arbeid. Det vil ofte gå en viss tid fra arbeidsavtalen inngås til arbeidstakers tiltredelse skjer. I denne tidsperioden kan det tenkes tilfeller der en av partene ønsker å si opp eller heve avtalen. Opphøret skyldes ikke at det er noen mangler ved selve avtalen, men andre forhold på arbeidstakers eller arbeidsgivers side.

Det kan stilles spørsmål om partene i det hele tatt har adgang til ensidig å bringe arbeidsavtalen til opphør før tiltredelsen har funnet sted, eller om dette må avvendes til arbeidstaker faktisk har tiltrådt stillingen. Under forutsetning av at det er opphørsadgang for partene før tiltredelsen, er problemstillingen videre hvilket regelverk som regulerer opphørsadgangen.

De aktuelle regelverk er arbeidsmiljøloven og alminnelig avtalerett. Om reglene i arbeidsmiljøloven må anvendes, oppstilles det en rekke krav til oppsigelse eller avskjed. Om arbeidsmiljøloven ikke kommer til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen, vil opphørsadgangen følge alminnelige kontraktsrettslige regler for opphør av kontrakter.

Det andre hovedemnet er gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse. En arbeidsavtale kan, i likhet med andre avtaler, tenkes å være ugyldig etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

Rettstilstanden har vært usikker når det gjelder spørsmålet om arbeidsmiljølovens opphørsregler kommer til anvendelse når en arbeidsavtale hevdes å være ugyldig etter avtalerettslige regler, eller om det er tilstrekkelige å gjøre avtalerettslige ugyldighetsregler gjeldende.¹ Her gir dommen i Rt. 2004.76 en viktig avklaring, og arbeidstakers tiltredelse står sentralt i betydningen for regelvalget.

Det siste hovedemnet er tilbakekall av oppsigelse mm. Dette emnet er særlig aktuelt i forhold til arbeidstaker, men kan være aktuelt også for arbeidsgivers vedkommende. Utgangspunktet er at en oppsigelse anses som et bindende påbud når innholdet i denne er kommet til mottakerens kunnskap, men i visse tilfeller kan denne tilbakekalles under henvisning til at den ikke er bindende eller gyldig som en viljeserklæring.

1.2 Avgrensninger

De alminnelige arbeidsrettslige regler gjelder også i det alt vesentligste for offentlige tjenestemenn. Men forvaltningsloven² kommer til anvendelse ved oppsigelse, avskjed og suspensjon av offentlig ansatte arbeidstakere, da slike beslutninger er enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 2. Er vedtaket truffet på sviktende faktisk grunnlag, vil det kunne bli kjent ugyldig. Vedtaket kan også anses ugyldig om det er i strid med saksbehandlingsregler eller på grunn av myndighetsmisbruk. I dommen i Rt. 2004.76, som skal drøftes ytterligere nedenfor, fant Høyesterett det ikke nødvendig å ta stilling til om det forelå en oppsigelse, idet vedtaket uansett led av personell kompetansemangel og materielle saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven.³

¹ Evju (2004) s. 14

² Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 10. februar 1967

³ Jakhelln og Aune (red.) (2006) s. 780

Høyesterett fastslår i dommen at tiltredelsen som hovedregel er skjæringstidspunktet for når arbeidsmiljølovens regler skal anvendes ved ugyldige arbeidsavtaler. Dette synspunktet må gjelde både i relasjon til avtalerettslige og forvaltningsrettslige ugyldighetsregler. Hensynene bak reglene taler for at arbeidstaker skal bli beskyttet av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler, uavhengig om man er ansatt i privat eller offentlig sektor.

Jeg vil i punkt 1.4.2 kort redegjøre for de ulike ugyldighetsgrunner etter avtaleloven. Ugyldighetsgrunnene etter forvaltningsloven faller utenfor oppgavens tema om stillingsvern og avtalerett.

Jeg vil ikke foreta en generell utredning av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 15, men knytte stillingsvernet opp mot de aktuelle problemstillingene for temavalget.

1.3 Noen rettskildemessige betraktninger

Det er først og fremst arbeidsmiljøloven⁴ og avtaleloven⁵ som er de aktuelle lover for oppgavens tema.

Arbeidsmiljøloven av 2005 viderefører i stor grad det samme stillingsvernet som arbeidsmiljøloven av 1977. Der det ikke er tilsiktet noen realitetsendring, er rettspraksis og forarbeider knyttet til den tidligere loven fortsatte relevante for forståelsen av stillingsvernsreglene.⁶

⁴ Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. 17. juni. Nr. 62. 2005.

⁵ Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai. Nr. 4. 1918.

⁶ Fougner og Holo (2006) s. 780-781

De problemstillinger som reises er ikke uttrykkelig regulert i arbeidsmiljøloven eller i dens forarbeider, slik at det stort sett er andre rettskilder som må vurderes for å avklare gjeldende rett.

Sentrale høyesterettsdommer har gitt viktig avklaring i forhold til noen av oppgavens emner. Jeg har vist til en del underrettspraksis i denne oppgaven. Underrettspraksis anses tradisjonelt å ha mindre rettskildemessig vekt, men de er relevante faktorer når det, som her, foreligger begrenset rettspraksis fra Høyesterett.

Svensk rett har relevans som rettskildefaktor både vedrørende avtalerett og stillingsvernet, og vil derfor bli drøftet gjennomgående i denne oppgaven. Den svenske avtaleloven⁷ og den norske er i hovedtrekk sammenfallende, da de er resultat av et nordisk lovsamarbeid.

Det kan begrunnes i et historisk perspektiv at svensk rett har relevans vedrørende stillingsvernet. Lagen om anställningskydd (LAS) trådte i kraft i 1974 og innebar en skjerpelse av stillingsvernsreglene. En av målsetningene bak arbeidsmiljøloven av 1977 var å få i stand et sterkere oppsigelsesvern, da arbeidervernlovens oppsigelsesvern hadde visse mangler og ikke kunne sies å være tidsmessig. I arbeidsmiljølovens nye bestemmelser om oppsigelse og avskjed, ble LAS sine regler brukt som forbilde og mønster.⁸

Dansk og finsk rett vil ikke bli drøftet i denne oppgaven, da de ikke på samme måte har vært mønster for de norske stillingsvernsreglene.

⁷ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

⁸ Fougner og Holo (2006) s. 722-723

1.4 Bakgrunnsretten

1.4.1 Inngåelse av arbeidsavtaler

For at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal komme til anvendelse, må det foreligge et arbeidsforhold.⁹ Et arbeidsforhold kommer normalt i stand ved en ansettelse, som innebærer at det blir inngått en arbeidsavtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. En arbeidsavtale kan defineres som en gjensidig forpliktende avtale hvor arbeidstakeren forplikter seg til å stille sin arbeidskraft til disposisjon for å utføre nærmere bestemte arbeidsoppgaver mot at arbeidsgiveren betaler lønn.¹⁰

En arbeidsavtale blir inngått på samme måte som andre avtaler, ved tilbud og aksept, se avtaleloven § 2 flg. At spørsmålet om bindende avtale er inngått beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper, kommer til uttrykk i kjennelsen i Rt. 1988.766. Kjennelsen vil bli mer grundig gjennomgått senere i denne oppgaven.

Tilbudet om ansettelse kan som hovedregel ikke trekkes tilbake etter at det har kommet til mottakerens kunnskap, jfr. avtaleloven § 7. Men i visse unntakstilfeller kan tilbudet likevel trekkes tilbake selv om det har kommet til mottakerens kunnskap, ifølge re- integra prinsippet utledet av avtaleloven § 39. Vilkårene som må være oppfylt, er at det foreligger ”særlige grunner”, det må ha gått kort tid fra tilbudet ble gitt til tilbakekallet fant sted, samt at mottakeren ikke må ha innrettet seg etter tilbudet i noen særlig grad.

Arbeidsmiljøloven § 14-5 stiller krav om skriftlig arbeidsavtale. Skriftlighetskravet er ikke et gyldighetskrav, og en muntlig arbeidsavtale er også bindende for begge parter.

Arbeidsmiljøloven § 14-6 oppstiller videre visse minimumskrav til hva arbeidsavtalen må inneholde. Også denne bestemmelsen er en ordensforskrift og ikke en gyldighetsregel.

⁹ Jakhelln og Aune (red.) (2006) s. 52

¹⁰ Storeng, Beck og Due Lund (2006) s. 51

Arbeidsgiveren må imidlertid som utgangspunkt ha risikoen for mangelfullt innhold og manglende klargjøring.¹¹

1.4.2 Gyldighetsspørsmål i arbeidsretten

En arbeidsavtale kan, i likhet med andre avtaler, være ugyldig etter alminnelige avtalerettslige regler. Det sentrale i ugyldighetsbegrepet når det gjelder avtaler, er at avtalen ikke er rettslig bindende. Normalt skal avtalen oppfylles etter sitt innhold, men i ugyldighetstilfellene vil det foreligge en eller annen svikt ved løftet eller påbudet som fører til at ingen av de normale virkningene inntre.¹²

Det er mange slags forhold som kan lede til ugyldighet. De viktigste ugyldighetsgrunnene står i avtalelovens kapittel 3 om ugyldige viljeserklæringer. Men en ansettelsesavtale kan også være ugyldig om den er i strid med et lovbud. Et eksempel kan være at en utenlandsk arbeidstaker ikke får forlenget sin tidsbegrensede arbeidstillatelse i henhold til utlendingsloven. Arbeidsavtalen kan også hevdes å være ugyldig om det er gitt uriktige opplysninger eller det er foretatt en bevisst fortielse av forhold som er av vesentlig betydning for arbeidsavtalens inngåelse, se avtaleloven § 30.¹³ Ugyldighet kan også begrunnes i den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

Om en arbeidsavtale opphører ved en oppsigelse eller avskjed må stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven følges. Om arbeidsavtalen anses å være ugyldig etter avtaleloven har denne ikke tilsvarende vern for arbeidstaker. Den normale rettsvirkningen av ugyldighet er at avtalen ikke lenger anses å eksistere.

¹¹ Jakhelln og Aune (red.) (2006) s. 685

¹² Woxholth (2005) s. 303

¹³ Dege (2003) s. 87

Om ugyldigheten påberopes før arbeidstaker har tiltrådt stillingen vil ikke arbeidsgiveren eller arbeidstakeren være forpliktet til å oppfylle arbeidsavtalen. Arbeidstakeren behøver ikke stille sin arbeidskraft til disposisjon, og arbeidsgiveren trenger ikke å utbetale lønn.

Om arbeidsforholdet allerede er påbegynt, blir ikke arbeidsforholdet ansett ugyldig med tilbakevirkende kraft, men kun for fremtiden. Arbeidsgiveren plikter for eksempel å betale lønn for det arbeid som arbeidstaker har utført. Både ved ugyldighetstilfeller som oppdages før og etter tiltredelse kan den som er ansvarlig for ugyldigheten være forpliktet til å erstatte den negative kontraktsinteresse.

Dersom arbeidstakeren ikke tiltrer stillingen på grunnlag av en uriktig påstand om ugyldighet, vil dette være et kontraktsbrudd som kan føre til erstatningsansvar. Dersom arbeidsgiverens kommer med en uriktig påstand om ugyldighet, kan dette forholdet være straffbart og gi arbeidstakeren rett til erstatning. Arbeidsgiveren vil etter alminnelige regler bære risikoen for at det faktisk foreligger avtalerettslig ugyldighet. Gjør det ikke det, vil det være tale om en form for nektelse av å motta noen sin tjeneste, som kan være erstatningsbetingende og rammes av straffeloven § 410.¹⁴

1.5 Oversikt over den videre fremstilling

I kapittel 2 vil jeg drøfte problemstillingen ”opphørsadgang og regelvalg etter avtaleinngåelse, men før tiltredelse av arbeid”. Jeg vil her se på arbeidsmiljølovens virkeområde og arbeidstakerbegrep. Jeg vil også trekke inn relevant, norsk rettspraksis og teori vedrørende problemstillingen. Til slutt ser jeg på svensk rett.

I kapittel 3 vil jeg drøfte problemstillingen ”gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse av arbeid”. Her vil jeg særlig se nærmere på Rt. 2004.76. Deretter vil jeg trekke inn annen relevant rettspraksis. Til slutt ser jeg på svensk rett.

¹⁴ Evju (2004) s. 15

I kapittel 4 vil jeg redegjøre for tilbakekall av oppsigelse mm. Rettspraksis vil i stor grad være med å belyse dette temaet.

Jeg vil foreta noen avsluttende bemerkninger i kapittel 5.

2 Opphørsadgang og regelvalg etter avtaleinngåelse, men før tiltredelse av arbeid.

2.1 Innledning

Tiltredelse er vanligvis neste trinn etter at arbeidsavtale er inngått. Tiltredelsen kan sies å ha funnet sted når den ansatte har møtt opp til avtalt tid og sted og stilt sin arbeidskraft til disposisjon. Normalt tiltrer den ansatte som avtalt, og spørsmålet om partenes opphørsadgang og regelverk kommer således opp først en gang etter tiltredelsen. Men det kan oppstå et ønske om å bringe en arbeidsavtale til opphør også før tiltredelse. Jeg forutsetter at opphøret ikke skyldes at det er noen mangler ved avtalen, men at opphør ønskes av andre grunner.

Tilfeller der partene kan ønske å si opp arbeidsavtalen allerede før tiltredelsen, kan skyldes at det ikke lenger er behov for arbeidskraften eller at arbeidsgiver eller arbeidstaker angrer på avtalen av andre grunner. Arbeidstaker vil for eksempel fri seg fra avtalen fordi han har fått tilbud om en bedre stilling et annet sted. Et annet tilfelle er at arbeidstaker vil bli værende hos nåværende arbeidsgiver, da han har fått tilbud om bedre betingelser om han blir værende. Partene kan bli enige om at arbeidsavtalen har falt bort, men opphørsadgangen blir satt på spissen ved uenighet.

Det kan først stilles spørsmål ved om partene i det hele tatt har adgang til å ensidig bringe arbeidsavtalen til opphør før tiltredelsen har funnet sted. Svaret beror på hvilket regelverk som regulerer opphør før tiltredelse.

Arbeidsmiljøloven regulerer normalt opphør av arbeidsforhold. Et annet spørsmål er om arbeidsmiljøloven regulerer opphør før tiltredelse, eller om opphørsadgangen kun beror på en tolkning av kontrakten på dette stadiet.

Det er viktig å avklare hvilket regelverk som regulerer opphørsadgangen før tiltredelse, da vilkårene og rettsvirkningene av de to ulike regelsett er svært forskjellige.

Om arbeidsmiljøloven regulerer opphørsadgangen før tiltredelsen, må oppsigelsen eller avskjeden følge dens bestemmelser. For arbeidsgivers vedkommende stilles det en rekke krav i loven. En oppsigelse må være ”saklig”, og det stilles krav til form og fremgangsmåte for denne. Arbeidsgivers avskjed er ikke rettmessig med mindre arbeidstakeren har gjort seg skyldig i et grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen. Dersom retten finner at oppsigelsen eller avskjeden er ulovlig skal den kjennes ugyldig. Arbeidstakeren kan i tillegg kreve erstatning. Arbeidstaker har oppsigelsesadgang så lenge oppsigelsesfristen overholdes. Men om oppsigelsesfristen ikke overholdes vil dette kunne utløse erstatningsansvar for arbeidstaker.

Dersom arbeidsmiljøloven regulerer opphørsadgangen, er det ikke adgang til å forhåndsavtale en mindre gunstig opphørsadgang for arbeidstaker enn den loven fastslår. Om arbeidsavtalen ikke gir arbeidstaker samme rettigheter som loven, må denne klausulen i avtalen settes til side. Arbeidsmiljøloven kan ikke fravikes ved avtale til ugunst for arbeidstaker med mindre det er særskilt fastsatt, jfr. aml. § 1-9.

Om det kun er alminnelige avtalerettslige regler som regulerer opphøret på dette stadiet, må avtalen i så fall studeres for å fastslå hvilken opphørsadgang den har. Arbeidsavtalen kan være mer eller mindre detaljert, men fastslår normalt en dato for tiltredelse. Hvis

arbeidstaker ikke tiltrer som avtalt, vil dette i utgangspunktet være et kontraktsbrudd. I de tilfelle avtalen ikke selv uttrykkelig nevner dens opphørsadgang og regelvalg, må den tolkes og utfylles etter alminnelige avtalerettslige prinsipper. Også her kan en bli erstatningsansvarlig om grunnlaget ikke er godt nok, men det er i så fall andre erstatningshjemler.

For å avklare om arbeidsmiljøloven regulerer opphør av arbeidskontrakten før tiltredelsen har funnet sted, er det nødvendig å ta stilling til når et arbeidsforhold oppstår i lovens forstand i forhold til opphørsreglene. Arbeidsmiljølovens virkeområde og arbeidstakerbegrep må således tolkes. Rettspraksis og teori kan også være med på å belyse problemstillingen.

2.2 Tiltredelse og arbeidstakerdefinisjonen i arbeidsmiljøloven

Problemstillingen her er når et arbeidsforhold oppstår etter arbeidsmiljøloven. Er ansettelseskontrakten synonymt med et arbeidsforhold eller oppstår arbeidsforholdet først ved tiltredelsen?

Det følger av arbeidsmiljølovens virkeområde i § 1-2 at loven ”gjelder for virksomhet som sysselsetter arbeidstaker, med mindre annet er uttrykkelig fastsatt i loven”. ”Sysselsetter” står i presens og synes således å forutsette at tiltredelsen har funnet sted. Likevel oppstilles det intet uttrykkelig vilkår i lovteksten om at tiltredelse må ha funnet sted for at loven skal komme til anvendelse. For å tolke bestemmelsen ytterligere må det avklares hva som ligger i arbeidstakerbegrepet.

Arbeidstaker er definert i § 1-8 (1) og sier følgende: ”Med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste.” Begrepet ”utfører” står også i presens, som kan tilsi en forutsetning om at tiltredelse har skjedd. Videre forutsetter ”utfører arbeid” en form for aktivitet, som ikke er tilstede før arbeidstakers tiltredelse. Om en ser på lovens ordlyd alene, kan denne tale for at tiltredelse må ha funnet sted.

Forarbeidene sier at en person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet. Det oppstilles noen kriterier i forarbeidene, men betydningen av tiltredelse nevnes ikke særskilt her. Disse kriteriene er derimot ikke uttømmende med hensyn til hvilke momenter som kan være relevante, men kun en rettesnor for vurderingen av om det foreligger et arbeidstakerforhold.¹⁵

Det første kriteriet som nevnes i forarbeidene, er om arbeidstakeren har plikt til å stille sin personlige arbeidskraft til rådighet og ikke kan bruke medhjelpere for egen regning. Denne forpliktelsen er pådratt allerede fra arbeidsavtalens inngåelse. Noen av de andre kriteriene som forarbeidene nevner er blant annet om arbeidstakeren har plikt til å underordne seg arbeidsgiverens ledelse og kontroll av arbeidet, og ellers om arbeidsgiveren stiller til rådighet arbeidsrom, maskiner, redskap, arbeidsmaterialer eller andre hjelpemidler som er nødvendige for arbeidets utførelse. Disse kriteriene passer ikke særlig godt på tilfellet når det er kun en avtale som er inngått, da de først er aktuelle etter tiltredelsen. Det samme gjelder kriteriet om at arbeidstakeren får vederlag i en eller annen form for lønn.

Det er således momenter som taler både for og i mot at det foreligger et arbeidstakerforhold før tiltredelsen. Men ved tolkingen av arbeidstakerbegrepet må de reelle hensyn som ligger bak stillingsvernreglene trekkes inn i vurderingen. Spørsmålet bør løses ut fra en vurdering om arbeidstaker har behov for stillingsvern allerede fra kontraktsinngåelsen, eller om det er slik at disse vernehensyn ikke gjør seg særlig gjeldende før etter arbeidstakers påbegynnelse i arbeidet.

En av arbeidsmiljølovens målsettinger er å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker.¹⁶ De formkravene som knytter seg til en oppsigelse eller

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kap. 6.

¹⁶ NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget kap. 15

avskjed, skal ivareta klarhetsbehovet og arbeidstakers behov for informasjon om deres rettigheter mv., slik at de kan bli i stand til å ivareta sine interesser.¹⁷

Arbeidstaker vil normalt ha begrunnede forventninger etter inngåelse av arbeidsavtalen, og vil innrette seg på en fremtidig tiltredelse. Dette tilsier at arbeidstaker har behov for vern allerede fra kontraktsinngåelsen. Behovet for vern kan selvfølgelig variere fra person til person, og det er kanskje ikke like sterkt i alle tilfeller. Dermed kunne en vært fristet til å la løsningen avhenge av en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle. Hensynet til forutberegnelighet taler likevel for at en bør ha en klar regel i hvilke tilfeller arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse.

Hvis en ser på arbeidstakerbegrepet i sammenheng med de reelle hensyn loven bygger på, taler disse faktorene for at den ansatte anses å være arbeidstaker i lovens forstand helt fra kontraktsinngåelsen.

2.3 Rettspraksis

Det er lite rettspraksis vedrørende opphørsadgang og regelverk før tiltredelsen, men jeg har funnet et par underrettsdommer som behandler spørsmålet. Dommene omhandler arbeidstakers adgang til å si opp arbeidsavtalen før tiltredelse, og begge konkluderer med at arbeidsmiljøloven regulerer opphørsadgangen.

Jeg vil også vise til Rt. 2004.76, som jeg primært skal gjennomgå i neste kapittel om gyldighetsspørsmål. Det kan reises spørsmål om det kan utledes noe av denne vedrørende problemstillingen om opphørsadgang og regelvalg før tiltredelse.

¹⁷ Jakhelln (2006) s. 228

Oslo tingrettsdom 13.11.03

I Oslo tingrettsdom av 13. november 2003 (03-004712TVI-Otir/04) ble arbeidstaker dømt til å betale kr 75 000 i erstatning til sin nye arbeidsgiver fordi han en måned før avtalt tiltredelse urettmessig trakk seg fra stillingen han hadde akseptert.

Dommen fastslår at arbeidstaker ikke kan trekke seg fra arbeidsavtalen uten å følge oppsigelsesfristen. Han kan da bli erstatningsansvarlig. Videre fastslås det i dommen at oppsigelsesfristen begynner å løpe fra den ble gitt, og ikke først ved tiltredelsen.

Sakens faktum var at en arbeidstaker, Hellener, sa opp sin stilling den 28. juni 2002. Den 29. juli undertegnet han en ansettelsesavtale som salgssjef i et firma med navn Brasbell. Tiltredelsen skulle finne sted 1. oktober, og oppsigelsestiden var ifølge kontrakten tre måneder. I brev av 25. august meddelte Hellener at han trakk seg fra ansettelseskontrakten fordi han ville bli værende hos sin opprinnelige arbeidsgiver. Brasbell ville ikke akseptere at han brøt kontrakten med dem og fremmet et erstatningskrav mot Hellener for tapt salgssinntekt. Retten kom til at vilkårene for erstatning var oppfylt. Ved drøftelsen om erstatningsutmålingen var det avgjørende når oppsigelsesfristen kunne løpe fra siden tiltredelsen ikke hadde funnet sted. Brasbell hevdet at de hadde krav på erstatning for fire måneder, da Hellener ikke ville hatt anledning til å si opp før første dag etter tiltredelsen. Hellener hevdet at det maksimum kunne være tale om erstatning for tap i en to måneders periode fra den avtalte tiltredelse for det måtte legges til grunn at oppsigelsesfristen løp fra 1. september, idet brevet av 25. august måtte anses som en oppsigelse. Retten sa følgende om spørsmålet: ” Retten legger til grunn at en arbeidstaker har rett til å si opp sitt ansettelsesforhold på ethvert tidspunkt. Retten kan ikke se at det foreligger holdepunkter i teori eller rettspraksis for at arbeidstaker er fratatt muligheten til å terminere et inngått ansettelsesforhold forut for tiltredelse. Hellener hadde etter dette plikt til å jobbe hos Brasbell i to måneder, idet oppsigelsesfristen i henhold til arbeidsmiljøloven § 58 nr. 4 løp fra 01.09.02.”

Det er praktisk å avklare når oppsigelsesfristen kan løpe fra i et slikt tilfelle. Rettens konklusjon om at oppsigelsesfristen løper fra den blir gitt, er i samsvar med lovens ordlyd og de reelle hensyn.

Arbeidsmiljøloven § 15-3 (4) sier følgende: ”Oppsigelsesfrister som er fastsatt i første til tredje ledd løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted”.

Lovteksten oppstiller intet vilkår om at tiltredelsen må ha funnet sted før oppsigelsesfristen kan begynne å løpe. Forarbeidene problematiserer ikke tiltredelsens betydning for oppsigelsesfristens lengde.¹⁸

Oppsigelsesfristen er ment å ivareta begge parter interesser i forbindelse med avslutning av arbeidsforholdet. Arbeidsgiver er interessert i å få en overgangsperiode slik at arbeidet kan videreføres uten for store ulemper. Arbeidstaker trenger tid til å områ seg ved arbeidsgivers oppsigelse. Ingen av partene kan derfor ensidig avslutte arbeidsforholdet med en kortere frist enn den som er avtalt.¹⁹

Også de reelle hensyn taler for at oppsigelsesfristen løper fra den første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted, uavhengig av tiltredelsen. Om oppsigelsesfristen først begynte å løpe etter tiltredelsen, ville den bli vesentlig lenger enn det som er tilsiktet etter arbeidsmiljøloven.

2.3.1 NAD 1986.729

I NAD 1986.729 Ringerike var situasjonen også slik at arbeidstaker ønsket å fri seg fra arbeidsavtalen før tiltredelsen hadde funnet sted. Retten legger uten videre til grunn at det er opphørsadgang etter arbeidsmiljøloven for arbeidstaker også før tiltredelsen.

Arbeidstaker må i utgangspunktet arbeide ut oppsigelsestiden for å ikke komme i et erstatningsansvar. Men om arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til rådighet i oppsigelsestiden, og arbeidsgiver avviser arbeidstaker, foreligger det ikke et kontraktsbrudd fra arbeidstakers side. Tvilsrisikoen om arbeidstaker har tilbydd sin arbeidskraft eller ikke, påhviler arbeidsgiver.

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) kap. 18

¹⁹ Fougner og Holo (2006) s. 755

Saken gjaldt en arbeidstaker som i januar inngikk en arbeidsavtale som ”sales manager” i en bedrift, hvor tiltredelsen først skulle finne sted i april. Den 10. mars meddelte imidlertid arbeidstakeren per telefon om at han takket nei til stillingen fordi han hadde fått en annen stilling. Bedriften varslet arbeidstaker om at den anså forholdet som misligholdt, og at den ville kreve erstatning. Arbeidstaker tilbød seg da å arbeide fra 1. april og ut oppsigelsestiden på tre måneder, men bedriften avsto. Arbeidsgiver hevdet at han ikke hadde ment å avslå arbeidstakers tilbud om å stå i stillingen, men at det for han var usikkert etter telefonsamtalen den 10. mars hva arbeidstaker tilbød seg. Retten fastslo at det er arbeidsgivers ansvar selv å avklare situasjonen og til å kjenne til de nødvendige arbeidsrettslige bestemmelser for sitt område. Når arbeidsgiveren ikke gjorde dette må han selv må bære risikoen for det videre hendelsesforløp og det tap som ved dette har oppstått for arbeidsgiveren. Retten konkluderte med at det ikke forelå noe erstatningsgrunnlag, da arbeidstakeren hadde opptrådt redelig i situasjonen.

2.3.2 Rt. 2004.76

Dommen i Rt. 2004.76 skal bli grundig gjennomgått i neste kapittel. Høyesterett tar i denne standpunkt til regelvalget ved ugyldighet i arbeidsforhold, og gir en avklaring om at arbeidstakers tiltredelse er avgjørende for regelvalget. *Før* tiltredelsen er det en viss adgang til å anvende avtalerettslige ugyldighetsregler på arbeidsavtaler, men denne adgangen er i all hovedsak avskåret når tiltredelsen har skjedd.

Dommen berører ikke hvilke regler som får anvendelse dersom man ønsker å bringe et arbeidsforhold til opphør *før* tiltredelse, der det er inngått en gyldig arbeidsavtale.²⁰ Det kan likevel stilles spørsmål ved om det kan utledes av denne at alminnelige avtalerettslige regler også skal brukes ved andre opphørsgrunner enn ugyldighet før tiltredelsen. Hittil i kapittelet taler rettskildene for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler som utgangspunkt må anvendes ved opphør både før og etter arbeidstakers tiltredelse.

Retten drøfter som sagt ikke denne problemstillingen, og jeg kan heller ikke se at det kan utledes av dommens resonnerement at tiltredelsen også skal være skjæringstidspunktet for regelvalget i en oppsigelse eller avskjed. Høyesterett viser til Simlenes-kjennelsen og reelle

²⁰ Evju (2004) s. 15

hensyn i sin begrunnelse for tiltredelse som skjæringstidspunkt. Simlenes-kjennelsen berører imidlertid ikke problemstillingen om opphørsadgang før tiltredelse i andre tilfeller enn ugyldighetstilfellene. De reelle hensyn taler for at arbeidsmiljøloven må regulere partenes opphørsadgang før tiltredelse, jfr. punkt 2.2. Når en bindende og gyldig arbeidsavtale er inngått, taler hensynet til trygghet og forutberegnelighet for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler regulerer opphøret.

Konklusjonen er at dommen ikke endrer det alminnelig utgangspunkt om at arbeidsmiljøloven regulerer opphør også før tiltredelsen, forutsatt at opphøret ikke skyldes ugyldighet. Denne konklusjonen har også støtte i teorien.²¹

2.4 Teori

Det har også blitt diskutert i teorien om når et arbeidsforhold oppstår og om definisjonen av arbeidstaker forutsetter tiltredelse. Det er noe uenighet vedrørende definisjonen av arbeidstaker, men ikke i forhold til at arbeidsmiljøloven også regulerer opphørsadgangen før tiltredelse.

Dege mener at hvis det blir inngått en arbeidsavtale med fremtidig tiltredelse, blir ikke den ansatte dermed ”arbeidstaker” hos sin fremtidige arbeidsgiver. Arbeidstaker anses en først å være ved tiltredelsen, og denne løsning hevder han kan begrunnes i definisjonen av arbeidstaker- og arbeidsgiver i arbeidsmiljøloven. Dege vektlegger at den nye arbeidsgiver ikke kan utøve noen myndighetsutøvelse over arbeidstaker før tiltredelsen. Arbeidstaker har heller ingen plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon mot vederlag før tiltredelsen.²²

²¹ Evju (2004) s. 15

²² Dege (2003) s. 85-86

Videre mener Dege at arbeidsmiljøloven ikke uten videre regulerer alle tilfeller av opphør før arbeidstakers tiltredelse, men at det må skilles mellom de tilfeller der opphøret skyldes ugyldighet og bristende forutsetninger, og de tilfeller der det ikke er noen mangler ved selve avtalen, men hvor partene ønsker å si opp eller heve den av andre grunner. Han konkluderer med at i de oppsigelses- og hevingstilfellene som ikke skyldes ugyldighet eller bristende forutsetninger, er det naturlig at arbeidsmiljølovens regler for oppsigelse og avskjed skal anvendes. Begrunnelsen for dette er den sentrale betydning som reglene om oppsigelse og særlig saklighetskravet har i et arbeidsforhold. Disse reglene må komme til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. For arbeidstaker betyr dette at oppsigelsesfristene må overholdes. For arbeidstaker må det i tillegg foreligge saklig grunn for oppsigelse, eventuelt grunnlag for avskjed.²³

Jakhelln mener at det ikke kan legges for stor vekt på formuleringen av arbeidstakerbegrepet i § 1- 8 (1), slik at tiltredelse ikke må være et nødvendig ledd etter denne bestemmelse. En slik konsekvens av arbeidstakerdefinisjonen kan ikke ses å være tilsiktet, og er i alle fall ikke konsekvent gjennomført eller opprettholdt ved arbeidsmiljølovens regler. Jakhelln mener at det må avgjøres ut fra de reelle hensyn og ikke ut i fra bestemmelsens ordlyd hvorvidt arbeidsmiljøloven bør få anvendelse også for arbeidsforhold som ennå ikke er tiltrådt.²⁴

Jakhelln påpeker at alle rettigheter og plikter som utledes av et arbeidsforhold, i utgangspunktet aktualiseres ved tiltredelse, men at også mange av disse aktualiseres allerede fra avtaleinngåelsen. Han anser det klart at det saklighetskrav som gjelder i arbeidsretten ”må legges til grunn om arbeidsgiver skulle heve, kansellere eller på annen måte avslutte arbeidsforholdet før tiltredelsen har funnet sted, for eksempel ved å meddele at man likevel ikke får bruk for den ansattes tjeneste”.²⁵

²³ Dege (2003) s 88-91

²⁴ Jakhelln (2006) s. 223

²⁵ Jakhelln (2006) s. 225-227

Fanebust mener at hvis en av partene ønsker å gå fra avtalen og dette ikke kan skje etter prinsippene om tilbakekall re integra, må forholdet vurderes etter de regler som gjelder for oppsigelse. Når arbeidstaker har tiltrådt stillingen, må bedriften være avskåret fra å påberope re integra synspunkter. I alle fall må det fra dette tidspunktet være oppsigelsesreglene som skal følges.²⁶

2.5 Konklusjon

På bakgrunn av drøftelsen ovenfor synes det å være sikker rett at arbeidsmiljøloven regulerer opphør av arbeidsforhold, også der arbeidstaker ikke har tiltrådt stillingen. Dette synspunktet har støtte i en fortolkning av lovens ordlyd i samsvar med de reelle hensyn loven bygger på, rettspraksis og entydig teori. Jeg minner om at forutsetningen for denne drøftelsen er at opphøret ikke skyldes at det er noen mangler ved avtalen, men at partene ønsker opphør av andre grunner.

2.6 Svensk rett

Sverige har LAS²⁷ som regulerer opphør av arbeidsforhold og som skal verne arbeidstakers interesser. Avtalslagen og alminnelige kontraktsrettslige prinsipper regulerer arbeidskontrakter, i likhet med andre kontrakter. Tilsvarende problemstilling vedrørende opphørsadgang og regelvalg før tiltredelse oppstår således etter svensk rett.

Problemstillingen i det følgende er hvorvidt LAS regulerer opphørsadgangen før tiltredelse, forutsatt at det er en gyldig ansettelsesavtale.

²⁶ Fanebust (2002) s. 50

²⁷ Lag (1982:80) om anställningsskydd

I likhet med norsk rett, behandler verken LAS eller forarbeider problemstillingen vedrørende en parts mulighet til å si opp eller på annet måte befri seg fra arbeidsavtalen før tiltredelse har skjedd.²⁸

LAS § 1 fastslår dens virkeområde: ”Denna lag gäller arbetstagare i allmän eller enskild tjänst” I motsetning til arbeidsmiljøloven defineres ikke arbeidstaker noe nærmere i LAS.

Ut fra lovens ordlyd kan det ikke utledes hvilket tidspunkt et arbeidsforhold oppstår, men det stilles krav til at man må være ”arbetstagare”. Selv om loven ikke utdyper nærmere hva som kjennetegner ”arbetstagare” har forarbeidene, rettspraksis og litteraturen oppstilt noen kriterier.

Av forarbeidene til LAS fremgår det at arbeidstakerbegrepet må avgjøres ut ifra det sivilrettslige arbeidstakerbegrep. Det sivilrettslige arbeidstakerbegrepet bygger i prinsippet på noen grunnleggende kriterier som skal vektlegges i en helhetsvurdering. To av disse kriteriene utgjør kjernen i arbeidstakerbegrepet. Det skal for det første vektlegges om det er inngått en avtale om å utøve personlig arbeidskraft mot vederlag. Videre er det av betydning om arbeidet utføres for en annens regning og under en annens ledelse og kontroll.²⁹ Betydningen av tiltredelsen nevnes ikke særskilt i disse kriteriene.

De kriterier som oppstilles i forarbeidene kan både tale for og i mot at tiltredelsen må ha funnet sted for å anses som en ”arbetstagare” i lovens forstand. Kriteriet om at en arbeidsavtale har kommet i stand, er oppfylt, selv om tiltredelsen ikke har skjedd. Arbeidstakeren vil derimot ikke ”utføre” arbeid for en annens person før tiltredelsen har skjedd.

Jeg har funnet en avgjørelse som drøfter det sivilrettslige arbeidstakerbegrep, samtidig som den drøfter hvilket tidspunkt et arbeidsforhold kan anses å ha oppstått. Avgjørelsen er ikke

²⁸ Lunning och Toijer(2002) s. 152

²⁹ Kallström och Malmberg (2006) s. 27

knyttet opp til LAS, men opp mot medbestämmendelagen.³⁰ Det sivilrettslige arbeidstakerbegrep skal anses å være likt i disse lovene. I avgjørelsen i AD 1979 nr 80 tok retten stilling til *når* et arbeidsforhold kunne sies å ha oppstått, allerede ved inngåelsen av arbeidsavtalen eller først ved tiltredelsen. Retten konkluderte med at arbeidsforholdet oppsto allerede ved den muntlige aksepten av tilbudet om arbeidet.³¹

Også i teorien har det blitt hevdet at det er opphørsadgang før tiltredelse, og at LAS regulerer denne.

Lunning og Toijer påpeker at flere av lovens regler om opphør ikke tar sikte på denne situasjonen. Men på den annen side kan det ikke utledes av LAS eller forarbeidene at tiltredelsen skal være en betingelse for at LAS regulerer opphøret. Deres synspunkt har støtte ellers i teorien. Schmidt mener også at partene har adgang til å si opp før tiltredelsen, men at oppsigelsesfristen løper først fra tiltredelsen. Rettstilstanden vedrørende beregningen av oppsigelsesfristen er uklar, da det ikke finnes noen klargjørende rettspraksis om denne.³²

På bakgrunn av rettskildebildet er konklusjonen at LAS regulerer opphør også før tiltredelsen har funnet sted. Det er således mange likheter mellom norsk og svensk rett på området, da det i begge tilfeller gjelder et stillingsvern allerede fra avtaleinngåelsen. Det er likevel noe uklart om det kan være et avvik fra norsk rett ved beregningen av oppsigelsesfristen, da det i teorien er gitt uttrykk for at oppsigelsesfristen i slike tilfeller først løper fra tiltredelsen, og ikke fra oppsigelsen faktisk ble gitt.

³⁰ Lagen (1976:580) om medbästammande i arbetslivet

³¹ Lunning och Toijer (2002) s. 129

³² Lunning och Toijer (2002) s. 152

3 Gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse av arbeid

3.1 Innledning

Som jeg har nevnt innledningsvis har alminnelige kontraktsrettslige regler anvendelse ved inngåelsen av en arbeidsavtale. Dette har støtte i kjennelsen i Rt. 1988.766, som jeg skal redegjøre for nedenfor. En arbeidsavtale kan også være ugyldig slik som andre avtaler. Om en arbeidsavtale er ugyldig, oppstår spørsmålet om den kan settes til side etter alminnelige kontraktsrettslige regler eller om arbeidsmiljølovens opphørsregler må anvendes også i en slik situasjon.³³

Hvis arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern får anvendelse, må oppsigelse gis på den måte og med de opplysninger som arbeidsmiljølovens § 15-4 fastsetter. Videre må en eventuell tvist følge arbeidsmiljølovens prosessregler. I arbeidsmiljøloven reguleres også retten til å kreve forhandlinger, det gis frister for saksanlegg, osv. Om ikke arbeidsmiljøloven skal anvendes på tvisten er det de alminnelige kontraktsrettslige og prosessuelle regler som må legges til grunn.³⁴

Det har vært vanlig å hevde at avtalerettslige ugyldighetsregler kan anvendes på arbeidskontrakter, men med visse modifikasjoner.³⁵ En viss avklaring har kommet ved Høyesterettsdommen i Rt. 2004.76. Dommen bygger videre på standpunktene i kjennelsen i Rt. 1988.766.

³³ Eldøy (2004) s. 273

³⁴ Jakhelln (2006) s. 222

³⁵ Sundet (2004) s. 150-151, Eldøy (2004) s. 276 og Fougner (1999) s. 174

3.2 Rt. 1988.766

I den såkalte Simlenes-kjennelsen, i Rt. 1988.766, uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg at spørsmålet om en bindende arbeidsavtale er inngått, må avgjøres ut fra vanlige avtalerettslige prinsipper. Videre la kjæremålsutvalget til grunn at før tiltredelsen kan arbeidsgiver påberope bristende forutsetninger for ansettelsen, med det mulige utfall at en bindende arbeidsavtale ikke anses inngått. Arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler kommer da ikke til anvendelse.³⁶

Twisten dreide seg om en dame, Simlenes, som fikk tilbud om en fire måneders vikarstilling i en grunnskole i kommunen. Samtidig med hennes aksept av tilbudet og før tiltredelsen hadde funnet sted, opplyste hun om at hun søkte svangerskapspermisjon en måned inn i vikariatet. Det var ikke opplyst om at hun var gravid før nå. Skolen svarte med å sende et brev der det gikk frem at siden hun faktisk bare ville fungere i stillingen en måned ville de ansatte en annen i vikarstillingen, og at hun var ”friteken frå å begynne i stillinga”. Skolen benyttet seg ikke av arbeidsmiljølovens regler om opphør av arbeidsforhold. Simlenes reiste søksmål mot kommunen om at hun var ansatt som lærer slik det fremgikk av tilsetningsbrevet. I tillegg krevde hun at oppsigelsen var ugyldig og at hun skulle tilkjennes erstatning etter rettens skjønn.

Under saksforberedelsen var det uenighet om saken skulle fremmes etter de særlige prosessuelle regler i arbeidsmiljøloven. Kommunen gjorde gjeldende at det ikke forelå noen oppsigelse, slik at disse reglene ikke kom til anvendelse. I herredsretten ble søksmålet avvist som sak etter arbeidsmiljølovens prosessregler, da det ikke ble ansett å gjelde en ulovlig oppsigelse eller avskjed. Simlenes påkjærte kjennelsen til lagmannsretten, men de stadfestet herredsrettens kjennelse på samme grunnlag.

³⁶ Evju (2004) s. 15

Men det var dissens i lagmannsretten. Flertallet mente at det ikke var inngått en bindende arbeidsavtale da Simlenes svarbrev på tilbudet ikke måtte anses som en aksept, men et avslag med et nytt tilbud. Siden det ikke var inngått noen bindende arbeidsavtale var en oppsigelse ikke påkrevd, og søksmålet skulle ikke behandles etter de spesielle reglene i arbeidsmiljøloven. Mindretallet mente at arbeidsmiljølovens vern måtte komme til anvendelse fra det tidspunkt arbeidsgiveren var bundet av ansettelsen. Det var etter mindretallets mening et støtende fortolkningsresultat om personer som til og med hadde mottatt ansettelsesbrev ikke allerede fra da av skulle komme inn under lovens verneregler.

Simlenes påkjærte lagmannsrettens avgjørelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålsutvalget presiserer først at ”herredsretten og lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at spørsmålet om at det foreligger en oppsigelse eller avskjed av den kjærende part, skal avgjøres som et ledd i den prosessuelle avgjørelse av om saken skal fremmes etter arbeidsmiljøloven”. Kjæremålsutvalget sier videre: ”Utvalget kan ikke se at lagmannsretten har gjort seg skyldig i en uriktig lovtolkning av en lovforskrift når flertallet som utgangspunkt legger til grunn at det verken i arbeidsmiljøloven eller i lovgivingen for øvrig finnes uttrykkelige bestemmelser om når en arbeidsavtale på det foreliggende området er inngått med bindende virkning for begge parter, og at det derfor ved løsningen av dette spørsmål må falle tilbake på vanlige avtalerettslige prinsipper”.

Etter at kjæremålsutvalget har konkludert med at vanlige avtalerettslige prinsipper skal anvendes, fastslo kjæremålsutvalget at problemstillingen i dette tilfellet ikke omhandler avtaleloven § 6 om tilbud og aksept, men om det foreligger bristende forutsetninger som må lede til at kommunen her ikke har inngått en bindende arbeidsavtale. Kjæremålsutvalget konkluderte med at slike bristende forutsetninger forelå slik at Simlenes ikke var tilsatt i stillingen.

Resultatet av kjennelsen ville ikke blitt det samme i dag, da begrunnelsen for den bristende forutsetningen om graviditet, ville være i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2.

Kjennelsen er likevel aktuell ved at de underliggende prinsipper den er bygget på står fast.³⁷

3.3 Rt. 2004.76

3.3.1 Problemstilling

Det kan reises spørsmål ved om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, slik at disse reglene ikke i det hele tatt skal anvendes på opphør av arbeidsforhold begrunnet i avtalerettslig ugyldighet. Eller er det slik at tiltredelsestidspunktet er det avgjørende skillet for når et ugyldig arbeidsforhold kan avsluttes utenfor arbeidsmiljølovens rammer?

I Simlenes-kjennelsen ble avtalerettslig ugyldighet påberopt av arbeidsgiver *før* tiltredelsen, og kjæremålsutvalget la til grunn at på dette tidspunkt kunne arbeidsgiver påberope bristende forutsetninger for ansettelsen.

I Rt. 2004.76 påberopte arbeidsgiver at det forelå ugyldighet først *etter* at arbeidstaker hadde tiltrådt stillingen. Høyesterett tar i dommen stilling til om arbeidsforholdet må bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om det er tilstrekkelig å gjøre avtalerettslig ugyldighet gjeldende.

3.3.2 Saksforholdet

Azari var født i Iran, men kom til Norge som flyktning i 1990. Han hadde arbeidet som lærer i Iran siden 1963. I Norge søkte han om godkjennelse av sin utdannelse fra Iran. Han fikk da opplyst om at han måtte avlegge en tilleggsprøve for almenlærere med utdanning

³⁷ Evju (2004) s. 15

fra utlandet. Han søkte om å avlegge en slik tilleggsprøve uten å angi om det gjaldt almennlærer- eller faglærerstilling. Han avla og besto tilleggsprøven for faglærere i 1994, selv om det var tilleggsprøven for almennlærere han behøvde. I juni 1999 søkte Azari, på grunnlag av en fellesutlysning av stillinger i Oslo-skolene, undervisningsstilling ved grunnskolene i Oslo.

I søknadsskjemaet hadde Azari opplyst om at han var godkjent som almennlærer. På bakgrunn av denne informasjonen ble han ansatt ved Tøyen skole. Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova) av 1998 fastslår at tilleggsprøven er en betingelse for å bli fast ansatt, og at personer som ikke oppfyller de kompetansekravene som følger av loven og forskriftene, bare kan ansettes midlertidig. Det var derfor klart at Azari ikke ville blitt ansatt som allmennlærer ved skolen om kompetansemangelen var kjent.

De uriktige opplysningene i søknadsskjemaet skyldtes en misforståelse fra Azaris side. Det var samtidig en mangelfull oppfølging fra kommunenes side da den ikke gjennomgikk vedleggene til søknaden. Rektor ved skolen innhentet ikke søknadspapirene fra kommunens skoleadministrasjon.

Først i februar/mars 2001 ble feilen oppdaget, og rektor tok opp dette muntlig med Azari. I tillegg ble det holdt et drøftelsesmøte om Azaris situasjon med de tillitsvalgte. Brev av 27. juni 2001 fra rektor ved Tøyen skole til Azari inneholdt en avtale der Azaris stilling ble endret fra almennlærer til faglærer. Azari nektet å signere avtalen da den gjaldt tilsetning i midlertidig stilling.

Azari fortsatte å virke som lærer ved skolen og fikk ved årskiftet 2001/2002 forlenget sitt engasjement ut skoleåret. Forlengelsen kom til uttrykk i brev av 21. januar 2002, men hvor det samtidig ble underrettet om at han ville være overtallig ved Tøyen skole fra 1. august 2002.

Skolen fastholdt sin påstand utover i 2002 om at ansettelsen av Azari var ugyldig og at hans ansettelse var gått over til en midlertidig stilling. Azari gikk da til søksmål mot kommunen 22. juli 2002. Hans påstand var at han var fast ansatt i undervisningsstilling ved skolen og at han hadde krav på erstatning for ikke- økonomisk tap. Azari tapte i tingretten, men vant frem i lagmannsretten (under dissens). En enstemmig Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom.

3.3.3 Nærmere om Høyesteretts resonnement

Høyesterett fastslår først hva hovedspørsmålet i saken var, nemlig om kommunen måtte bringe Azaris arbeidsforhold til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om det var tilstrekkelig å gjøre gjeldende avtalerettslig ugyldighet.

Retten tar utgangspunkt i arbeidsmiljøloven, men kommer frem til at denne ikke direkte løser problemstillingen. Retten bemerker at ”Det nok kan sies at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler i og for seg bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, men jeg kan ikke se at en slik - mer teknisk - betraktningssmåte her kan være avgjørende”.

Høyesterett fastslår at det heller ikke er uttalelser i forarbeidene til arbeidsmiljøloven som har direkte tilknytning til denne problemstillingen. Høyesterett nevner videre at problemstillingen er berørt i norsk og svensk litteratur, men at konklusjonene er usikre og vage på grunn av det foreliggende rettskildematerialet.

3.3.3.1 Betydningen av arbeidstakers tiltredelse - en vurdering av de reelle hensyn

Høyesterett tar utgangspunkt i tiltredelsen og betydningen av denne for opphørsadgangen og regelvalget. Høyesterett sier at dersom Azaris manglende kompetanse hadde blitt

avdekket *før* han tiltrådte stillingen, var det ”klart” at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler.

At de avtalerettslige regler kan brukes før tiltredelsen, begrunner retten todelt. Retten sier at denne løsningen fremgår ”forutsetningsvis” av Høyesteretts kjæremåls kjennelse i Rt. 1988.766, da det i en slik situasjon vil det være de ”rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”. Videre mener retten at det ikke foreligger ”reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller”.

Etter at arbeidstakeren har begynt i arbeidet, kommer imidlertid dette spørsmålet i en annen stilling, ifølge Høyesterett. ”Reelle hensyn taler for at arbeidsforholdet da må avvikles etter arbeidsmiljølovens regler. De hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, gjør seg i all hovedsak gjeldende også i disse tilfeller. Stillingsvernsreglene synes å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering hvor arbeidstakeren, til tross for opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen.”

Høyesterett konkluderer med at tiltredelsen i utgangspunktet må være avgjørende for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler her skal anvendes. Høyesterett nevner ikke uttrykkelig hvilke hensyn som ligger bak arbeidsmiljøloven som kan begrunne denne konklusjonen, muligens fordi disse anses å være allmen kjente.

Det er allment kjent at arbeidsmiljøloven er en vernelov som særlig skal ivareta arbeidstakers interesser. Arbeidsmiljølovens bestemmelser er som hovedregel ufravikelige, og dens kapittel 15 om opphør av arbeidsforhold er detaljrikt regulert. Arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler angir ikke direkte hvilke hensyn som ligger bak reglene, men lovens formålsbestemmelse og forarbeider gir en anvisning på hvilke hensyn loven er ment å ivareta.

Høyesterett nevner ikke selv uttrykkelig lovens formål i sine premisser, men de sluttet seg til lagmannsrettens dom, og lagmannsrettens flertall har vist til arbeidsmiljølovens § 1 nr. 2 i sitt resonnement. Arbeidsmiljølovens § 1 nr. 2 sier at loven har det formål ”å sikre trygge ansettelsesforhold”. Lagmannsretten flertall mener at på bakgrunn av denne bestemmelsen må arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler også anvendes når det foreligger avtalemessig ugyldighet.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven angir at de hensyn som ligger bak loven, blant annet er å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker.³⁸ Høyesterett har som sagt ikke nevnt uttrykkelig hvilke hensyn som begrunner at arbeidsmiljøloven må anvendes etter tiltredelsen. Det kan da være relevant å se på de uttalelser lagmannsrettens flertall knyttet til de reelle hensyn.

Flertallet uttaler følgende: ”Arbeidsmiljøloven bygger på en forutsetning om klarhet i standpunkter hos partene, og den setter bestemte formkrav og frister for at standpunktene skal gjøres gjeldende f.eks. i form av oppsigelse. Man må derfor være varsom med å åpne for løsninger på siden av arbeidsmiljøloven og som kommer i tillegg til lovens system. Det vil skape uoversiktlig og uforutsigbarhet. Løsninger som er i strid med lovens ordlyd og dens formål er det ingen grunn til å åpne for.” Hensynet til klarhet og forutberegnelighet er særlig vektlagt i lagmannsrettens begrunnelse.

Det er riktig at de reelle hensyn stillingsvernsreglene bygger på, gjør seg særlig gjeldende etter at arbeidstaker har tiltrådt stillingen. Når tiltredelsen har funnet sted, vil det være et etablert arbeidsforhold, hvor partene i en større grad enn tidligere har innrettet seg etter det nye arbeidsforholdet. I slike tilfelle taler reelle hensyn for at opphørsadgangen til partene bør være uttrykkelig regulert av gjennomtenkte og trygge regler, særlig i arbeidstakers favør, slik som i arbeidsmiljøloven. Dette gjelder uansett opphørsgrunn, også ved ugyldighetstilfellene.

³⁸ NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget kap. 15

Det har vært hevdet i teorien før denne dommen at det er av betydning for regelvalget hvor lenge arbeidstaker har vært i stillingen.³⁹ Høyesterett bemerker at løsningen ikke kan avhenge av hvor lang tid arbeidstakeren har vært i arbeid. Et slikt tidsmessig skille ville være i strid med hensynet til forutberegnelighet og klare retts tekniske hensyn. Om disse skal ivaretas, er det viktig at man har klare regler, med klare følger.

Høyesteretts konklusjon innebærer likevel ikke at de avtalerettslige ugyldighetsinnsigelser knyttet til avtaleinngåelsen settes helt ut av spill, men bare at disse kan ikke begrunne opphør alene etter at arbeidstaker har begynt i arbeidet.⁴⁰ Disse forholdene kan være momenter i vurderingen av om det foreligger saklig grunn for oppsigelse eller gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven.

3.3.3.2 Reservasjonen om re integra- prinsippet

Høyesteretts konklusjon er at tiltredelsen i utgangspunktet må være avgjørende for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler i dette tilfellet skal anvendes. Høyesterett gjør likevel en reservasjon fra denne hovedregelen. Førstvoterende sier følgende: ”Om det her likevel må gjelde et slags utvidet re integra- prinsipp for tilfeller hvor forholdet oppdages få dager etter at arbeidsforholdet er tiltrådt, har jeg ikke foranledning til å ta stilling til.”

Høyesterett utelukker altså ikke at det er et mulig unntak hvis ugyldigheten oppdages kort tid *etter* tiltredelsen. Dette betyr at det i visse unntakstilfeller kan være tilstrekkelig å bruke alminnelige avtalerettslige regler på ugyldige arbeidskontrakter også der arbeidstakers tiltredelse har funnet sted. De nærmere vilkår for dette mulige unntaket utdypes ikke av Høyesterett.

³⁹ Fougner (1999) s. 176

⁴⁰ Evju (2004) s. 15

Re integra- prinsippet er et unntak fra hovedregelen i avtaleloven § 7 om at et løfte ikke kan tilbakekalles etter at det er kommet til adressatens kunnskap. Prinsippet innebærer at løftet likevel kan tilbakekalles dersom det har gått kort siden det ble avgitt, det foreligger særlige grunner, og adressaten ikke har innrettet seg etter løftet. Re integra- prinsippet er fremkommet ved en analogi med avtaloven § 39 annet punktum.⁴¹

Det mulige unntaket innebærer en utvidelse av de tilfeller hvor arbeidstaker ikke er underlagt vernereglene i arbeidsmiljøloven. Videre lemper det mulige unntaket på vilkårene etter re integra- prinsippet, for om arbeidstaker har tiltrådt stillingen, har han normalt i større grad ”innrettet seg” etter avtalen.

Høyesteretts begrunnelse for det mulige unntaket må være at det i visse tilfeller kan forsvares at arbeidsavtalen kan falle bort etter avtalerettslige regler, også etter at tiltredelsen har skjedd. Det mulige unntaket vil trolig komme til anvendelse ved særlige grove og kritikkverdige forhold hos arbeidstakere som oppdages svært kort tid etter tiltredelsen har funnet sted. Men om så er tilfelle, vil forholdet sannsynligvis også gi grunnlag til avskjed, og i begge tilfeller vil arbeidsavtalen falle bort med øyeblikkelig virkning. Etter avtaleloven stilles det ikke ytterligere betingelser til hevingen, men ved avskjed stilles det krav til formen og prosessregler.

I teorien har det blitt hevdet at Høyesterett ikke tok noe uttrykkelig standpunkt til om det faktisk eksisterer et slik unntak, og et eventuelt unntak vil uansett være av liten praktisk betydning.⁴²

Jeg er enig i at Høyesterett ikke tar noe uttrykkelig standpunkt til om det faktisk eksisterer et slikt unntak. Førstvoterende mener han ikke har ”foranledning” til å ta stilling til spørsmålet, og stiller det åpent om det skal gjelde en slik reservasjon.

⁴¹ Woxholth (2003) s. 74-75.

⁴² Eldøy (2004) s. 276

Om det foreligger et slikt unntak, mener jeg at unntaket kan ha praktisk betydning i den forstand at en ugyldighetsinnsigelse like godt kan avdekkes få dager etter tiltredelsen som før eller senere. Men om det kan forsvares at arbeidsmiljøloven må vike i disse tilfellene er jeg mer tvilsom til. Arbeidstaker har normalt et særlig behov for stillingsvern når tiltredelsen har skjedd, selv om det kun har gått få dager fra tiltredelsen fant sted.

Spørsmålet om det faktisk eksisterer et slik unntak har, så langt jeg kan se, ikke vært oppe for domstolene ennå. Dersom retten i fremtiden fastslår at unntaket faktisk eksisterer, taler hensynene bak stillingsvernreglene for at dette er en snever unntaksregel i så fall. Reservasjonen bør brukes bare i de tilfeller der det kan forsvares at arbeidstaker ikke får det stillingsvern han har krav på etter arbeidsmiljøloven, og der det er åpenbart urimelig at arbeidsgiver ikke kan påberope seg avtalerettslig ugyldighet.

3.3.3.3 Betydningen av Høyesteretts obiter dictum uttalelse

En enstemmig Høyesterett har i Rt. 2004.76 satt tiltredelsen som et klart skille for regelvalget ved gyldighetsspørsmål i arbeidsforhold. Det kan således ikke anses å være usikkert lenger at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler som hovedregel må anvendes *etter* arbeidstakers tiltredelse.

Det kan likevel reises spørsmål ved om dommen skal anses å være et prejudikat for at avtalerettslige ugyldighetsregler alltid skal anvendes på ugyldige arbeidsavtaler *før* tiltredelsen, eller hvilke ugyldighetsinnsigelser uttalelsen i Rt. 2004.76 kan overføres til.

Uttalelsen til Høyesterett som gjenstand for fortolkning er: ”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”.

Dette synspunktet begrunnes forutsetningsvis av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 1988.766, da det i en slik situasjon vil være ”de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”. Videre begrunnes uttalelsen i de reelle hensyn. Førstvoterende sier at det på dette stadium ikke foreligger ”reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljøloven stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller”.

Uttalelsen kan anses å være et ”obiter dictum”, siden den ikke er nødvendig for å begrunne dommens resultat. Som regel er domstolene forsiktig med å komme med uttalelser som ikke har direkte betydning for avgjørelsen, men en obiter dictum-uttalelse er ofte på sin plass der det er tvilsomme og vanskelige spørsmål på det aktuelle rettsområdet som bør kommenteres. Disse uttalelsene har tradisjonelt blitt tillagt mindre vekt enn de uttalelser som begrunner dommens resultat.⁴³

Høyesteretts uttalelse knytter seg direkte til faktum i saken, og anser det ”klart” at om Azaris kompetansemangel var avdekket før tiltredelsen, kunne kommunen heve arbeidskontrakten på avtalerettslig grunnlag. Høyesterett foretar en interesseavveining av arbeidstakerens behov for stillingsvern kontra arbeidsgivers behov for å heve arbeidskontrakten på avtalerettslige grunnlag. I Rt. 2004.76 mente Høyesterett at hensynet til arbeidsgiver skulle vektlegges i størst grad. En lovbestemt kompetansemangel er en alvorlig ugyldighetsinnsigelse der arbeidsgiver har særlig behov for å heve arbeidsavtalen med øyeblikkelig virkning. Azari hadde ikke på dette stadiet, i samme grad som ellers, behov for det stillingsvern arbeidsmiljøloven gir.

Det kan hevdes at den samme interesseavveining kan føre frem, også i andre saker vedrørende tilblivelsesmangler og ellers ved opprinnelig ugyldighet. Simlenes-kjennelsen gir støtte til dette synspunkt, da også denne gjaldt en tilblivelsesmangel. Fellesnevneren i alle disse tilfellene er at det ikke har blitt inngått noen gyldig og bindende arbeidsavtale.

⁴³ Eckhoff (2000) s. 172

Ved etterfølgende ugyldighet derimot, som eksempelvis ved bristende forutsetninger, vil som regel ikke interesseavveiningen bli den samme. I slike tilfeller vil det være tale om å bringe en, i utgangspunktet, bindende arbeidsavtale til opphør. Videre skyldes den etterfølgende bristende forutsetning ofte forhold på arbeidsgivers side, slik at arbeidstaker har et større behov for stillingsvern. Det kan for eksempel tenkes at arbeidsgiver ønsker å heve kontrakten dersom det like før tiltredelsen oppdages at det ikke er nok arbeid til den ansatte. Om arbeidsgiver her har rett til å heve kontrakten på avtalerettslig grunnlag vil denne disposisjonen trolig ramme arbeidstaker hardt. Arbeidstaker har ikke hatt mulighet til å se denne forutsetningssvikten, og vil ha behov stillingsvern. Arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler bør derfor som utgangspunkt regulere etterfølgende ugyldighetsinnsigelser, også før tiltredelsen.

Jakhelln mener også at obiter dictum-uttalelsen til Høyesterett gjelder i de tilfeller der det er tale om ugyldighet ved avtaleinngåelsen. Situasjonen ved etterfølgende omstendigheter er av en annen karakter enn ved tilblivelsesmangler relatert til arbeidstakers forhold. Som oftest vil en slik etterfølgende ugyldighetsgrunn skyldes arbeidsgivers driftsmessige forhold, og arbeidstaker har således behov for et stillingsvern. Jakhelln konkluderer med at det er betenkelig å trekke et skille basert på tiltredelse ved etterfølgende ugyldighet, og at heller arbeidsmiljølovens formkrav og prosessform må anvendes uansett tidspunkt i slike tilfeller.⁴⁴

Sundet sier at det har vært vanlig å hevde at avtalerettslige ugyldighetsregler kan anvendes på arbeidsavtaler, men med visse modifikasjoner. Sundet mener at Rt.2004.76 har gitt en viss avklaring, og at utenfor tilfellene hvor det er tale om manglende formelle kvalifikasjoner for stillingen, ”må oppsigelses- og avskjedsreglene nok legges litt på strekk for å fange opp disse tilfellene”. Han mener at situasjonen fort kan bli som i Eidsivating lagmannsretts dom fra 2002, der arbeidsforholdet etter en avveining av partenes interesser,

⁴⁴ Jakhelln (2006) s. 228-229

måtte anses opphørt selv om kommunen ikke hadde fulgt formreglene for oppsigelse og avskjed.⁴⁵ Avgjørelsen skal jeg drøfte i punkt 3.4.2.

Storeng, Beck og Due Lund mener at selv om Høyesterett kom til at tiltredelsen var skjæringstidspunktet for regelvalget i Rt. 2004.76, kan det ikke oppstilles noen generell regel om dette. De mener det er av betydning at arbeidstakeren kunne bebreides for det inntrufne i Rt. 2004.76, og at Høyesterett ikke ville vært like snar med å fastslå at kun de avtalerettslige regler kommer til anvendelse frem til tiltredelse om Azari ikke kunne bebreides. De konkluderer med at regelvalget må vurderes konkret i hvert tilfelle, og det sentrale poeng i denne vurderingen er om arbeidstaker har behov for et særlig kontraktsvern. Tilslutt advarer de arbeidsgiver mot risikoen for at han kan bli bundet av de arbeidsrettslige reglene også ved tilfeller der arbeidstaker ikke har tiltrådt stillingen.⁴⁶

Jeg mener det er usikkert om, og eventuelt i hvilken grad, Høyesterett i Rt. 2004.76 har vektlagt de subjektive forhold for regelvalget. Høyesterett fastslår innledningsvis i dommen at det kan bebreides Azari som uaktsomt at han ga uriktige opplysninger i ansettelsesprosessen. Men kommunen var også å bebreide for den feiltakelse som skjedde, da de ville ha oppdaget feilen dersom de gjennomgikk vedleggene til søknaden. I det videre resonnement trekker ikke Høyesterett direkte inn de subjektive forhold i sin begrunnelse av regelvalget.

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor er oppfatningene er noe delte i teorien. Det synes likevel å være enighet om at obiter dictum-uttalelsen til førstvoterende ikke må gis et større anvendelsesområde enn hva som var tilsiktet og hva som kan forsvares ut i fra hensynene bak stillingsvernsreglene.

Min konklusjon er at dommen ikke skal anses å være et prejudikat for at avtalerettslige ugyldighetsregler alltid skal anvendes på ugyldige arbeidsavtaler *før* tiltredelsen, men at

⁴⁵ Sundet (2004) s. 150-151

⁴⁶ Storeng, Beck og Due Lund (2006) s. 53

uttalelsen i Rt. 2004.76 kan overføres til tilblivelsesmangler og andre ugyldighetsgrunner i kontraktsinngåelsen. Her må det foretas en interesseavveining av arbeidstakers behov for stillingsvern og arbeidsgivers behov for å heve avtalen på avtalerettslig grunnlag. Jeg mener det ikke kan utledes av uttalelsen til Høyesterett at skjæringstidspunktet ved tiltredelsen også gjelder ved etterfølgende ugyldighet. Her må antakelig arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler anvendes på ethvert stadium, ut fra de reelle hensyn bak stillingsvernsreglene.

3.3.3.4 Simlenes- kjennelsen

Høyesteretts obiter dictum-uttalelse begrunnes todelt, både i Simlenes-kjennelsen og i reelle hensyn. Her vil jeg redegjøre nærmere for hvorfor Høyesterett viste til Simlenes-kjennelsen. Jeg viser til punkt 3.2 vedrørende det nærmere resonnement i kjennelsen.

Det er noen grunnleggende likheter mellom Simlenes- kjennelsen og Azari- dommen, som kan begrunne at alminnelige avtalerettslige regler i begge tilfellene må anvendes ved opphør før tiltredelsen. I begge tilfellene var det arbeidsgiver som hevdet at arbeidsforholdet var ugyldig på bakgrunn av at avtalen var inngått under bristende forutsetninger knyttet til tilblivelsesmangler. Verken Simlenes eller Azari ville ha fått stillingen om arbeidsgiver var kjent med de reelle forhold.

På den annen side er det også noen grunnleggende forskjeller i avgjørelsene, særlig når det gjelder type tilblivelsesmangel. I Simlenes-kjennelsen hevdet kommunen at det var tale om en bristende forutsetning, da Simlenes ikke hadde opplyst i søknaden om vikariatet på fire måneder, at hun på grunn av svangerskapet bare ville kunne fungere i stillingen en måned. Denne opplysningen ville, om den var kjent, virket inn på avgjørelsen om ansettelse. Om kommunen måtte stå ved sitt tilbud om ansettelse ville Simlenes vært indisponibel i nesten hele vikariatet.

I Rt. 2004.76 skyldtes ugyldigheten en lovbestemt kompetansemangel. Azari hadde ved en misforståelse ikke tatt den nødvendige tilleggsprøve for allmennlærere, men opplyste om det motsatte i søknaden. Det var ikke adgang for kommunen å ansette Azari om den lovbestemte kompetansemangelen var kjent. Om forholdet ble avdekket før tiltredelsen, kunne ikke Azari lovlig tiltrådt stillingen.

Selv om det er noen grunnleggende forskjeller i type tilblivelsesmangel, har Høyesterett vektlagt at det i begge tilfeller er tale om mangler ved kontraktsinngåelsen som avdekkes før tiltredelse. Høyesterett mener da det kan forsvares at arbeidsmiljøloven stillingsvernsregler ikke kommer til anvendelse og at ”de rent avtalerettslige betraktninger” kommer i forgrunnen.

3.4 Annen relevant rettspraksis vedrørende gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse

Det er lite rettspraksis hvor arbeidsgiver eller arbeidstaker ønsker å bringe arbeidsforholdet til opphør etter alminnelige avtalerettslige regler, da det som regel er arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler som anvendes på opphør. Jeg har likevel funnet et par dommer, foruten de to vi allerede har sett på, som er relevante vedrørende problemstillingen gyldighetsspørsmål før og etter tiltredelse.

Dommene er interessante da de omhandler adgangen til å påberope bristende forutsetninger, før og etter tiltredelse. I begge tilfeller var forholdet at arbeidsgiver hevet arbeidskontrakten på grunn av bristende forutsetninger.

I RG 2004.1069 Oslo måtte en økonomimedarbeider gå på dagen, da bedriften fikk vite etter et par måneder at han hadde begått underslag hos tre tidligere arbeidsgivere. Denne dommen ble avsagt etter Rt. 2004.76 i tid og det kan diskuteres om den er i samsvar med Høyesteretts resonnement og konklusjon.

I RG 2003.268 Eidsivating ble en kommune rett før tiltredelsen kjent med at en nytilsatt økonomisjef tidligere var straffedømt for bl.a. underslag. Denne dommen samsvarer i større grad med det skjæringstidspunkt for regelvalg som Azari-dommen fastslår.

3.4.1 RG 2004.1069

Problemstillingen retten tok stilling til var om arbeidskontrakten kunne heves på avtalerettslig grunnlag.

Sakens faktum var at en bedrift engasjerte en økonomimedarbeider, som fra først av hadde vært innleid i bedriften via Manpower. Bedriften fikk ca. tre måneder etter engasjementet vite at vedkommende hadde begått underslag hos tre tidligere arbeidsgivere, og han måtte gå på dagen. Bedriften fulgte ikke bestemmelsene i arbeidsmiljøloven vedrørende avskjed. Medarbeideren reiste senere erstatningssak, der det ble hevdet at det forelå en urettmessig avskjed og at han hadde krav på erstatning og oppreisning.

Det ble reist spørsmål om mannen var ansatt eller engasjert som selvstendig konsulent. Som konsulent ville han falle utenfor arbeidsmiljølovens regler, og engasjementet kunne heves etter avtalerettslige regler.

Retten mente det var mest nærliggende å betrakte avtalen som en konsulentavtale, men uttalte i et obiter dictum at: ”Bedømmelsen av forholdet ikke var avgjørende for utfallet av saken. Det er i begge tilfeller spørsmål om det ved avtaleinngåelsen forelå en slik fortielse fra As side av relevante forhold, underslag hos arbeidsgivere, at BCA kan påberope seg dette som hevningsgrunnlag eller avskjedsgrunn. Det dreier seg om spørsmål rundt selve avtaleinngåelsen, ikke de vanlige arbeidsrettslige spørsmål som oppstår under utførelsen av arbeidet, og som kan gjøre det berettiget å tre ut av avtalen”.

Det kan drøftes om lagmannsrettens obiter dictum uttalelse er forenlig med Rt. 2004.76. Lagmannsretten synes å legge til grunn at det hadde vært mulig å heve avtalen på grunn av

bristende forutsetninger, også om det var snakk om en arbeidstaker i arbeidsmiljølovens forstand. Det er ikke vist til Rt. 2004.76 i lagmannsrettsdommen, men den burde være kjent. Lagmannsrettens uttalelse må i så fall forankres i den mulige reservasjon om et utvidet re integra- prinsipp til Høyesterett i Rt. 2004.76, da hovedregelen er at tiltredelsen er skjæringstidspunktet for når arbeidsmiljøloven skal anvendes i slike ugyldighetstilfeller.

Reservasjonen går ut på det muligens gjelder ”et slags utvidet re integra- prinsipp” om forholdet oppdages få dager etter at tiltredelsen har funnet sted. I denne saken var arbeidstaker i arbeid i ca. tre måneder, da han tiltrådte stillingen 1.9.2001 og var i arbeid frem til 27.11.2001. Det har således ikke bare gått noen få dager mellom tiltredelsestidspunktet og til den bristende forutsetningen ble kjent. Reservasjonen kan ikke gi grunnlag for rettens uttalelse i RG 2004.1069, og arbeidsmiljøloven må da regulere forholdet. I og med at arbeidsmiljølovens formregler ikke var ivaretatt, så ville en avskjed etter arbeidsmiljølovens regler blitt ansett ugyldig.

Konklusjonen er at RG 2004.1069 sin obiter dictum uttalelse går lenger enn det er dekning for etter Høyesteretts resonnering i Rt. 2004.76.

3.4.2 RG 2003.268

Dommen i RG 2003.268 Eidsivating reiser også problemstillingen hvorvidt et arbeidsforhold kan heves med øyeblikkelig virkning på grunn av bristende forutsetninger. Også her ble arbeidsgiver kjent med at arbeidstaker hadde en kriminell fortid først etter at arbeidsavtalen var inngått. Dommens resultat og flertallets resonnering i denne dommen er i tråd med Høyesteretts konklusjon i Rt. 2004.76, da det slås fast at de alminnelige kontraktsrettslige regler ikke kan anvendes på opphøret etter tiltredelsen.

Sakens faktum var at en kommune rett før tiltredelsen ble kjent med at en nytilsatt økonomisjef tidligere var straffedømt for bl.a. underslag. Økonomisjefen fikk stillingen den 16. mars og det ble avtalt tiltredelse 1. juni. Den 30. mai fikk økonomisjefen tilbud om å

heve kontrakten, noe han ikke godtok. Kommunen ga han da beskjed om å ikke møte på arbeid den påfølgende dag. Den 5. juni ble det fattet vedtak i kommunens ansettelsesråd om at de hevet ansettelsesavtalen. Økonomisjefen krevde dom for usaklig avskjed/oppsigelse samt erstatning. I herredsretten ble kommunen frifunnet, men et flertall i lagmannsretten fant at arbeidsavtalen var gyldig og at kommunen ikke hadde adgang til å heve arbeidsavtalen. De eldre straffbare forhold var heller ikke avskjedsgrunn. Avskjeden var ikke rettmessig, men etter en avveining av partenes interesser måtte arbeidsforholdet likevel anses å ha opphørt.

Lagmannsrettens flertall sier følgende om tiltredelsens betydning for regelverket:

”Tidspunktet for tiltredelsen var passert på det tidspunkt kommunen fattet vedtak om at han ikke var ønsket i stillingen. At han ikke faktisk hadde begynt å fungere i stillingen, skyldtes at han av arbeidsgiveren var bedt å holde seg borte, først for en dag av rent praktiske grunner og dernest for at det skulle kunne bli vurdert om X kommune skulle stå ved ansettelsen. A hadde imidlertid stilt seg til rådighet for kommunen den avtalte tiltredelsesdag, og flertallet finner at det rettslig sett må sidestilles med at tiltredelsen var tiltrådt.”

Flertallet konkluderte med at kommunen ikke hadde adgang til å heve arbeidsavtalen på avtalerettslig grunnlag. Etter at tiltredelsen har funnet sted, må ansettelsesforhold bringes til avslutning innenfor rammen av arbeidsmiljølovens regler.

Mindretall mente at arbeidsforholdet kunne oppheves etter de avtalerettslige ugyldighetsregler. De la vekt på at arbeidstaker aldri begynte i stillingen, slik at det var tilstrekkelig å heve kontrakten etter de alminnelige kontraktsrettslige regler.

Mindretallet sa følgende: ”Det synes klart at reglene om bristende forutsetninger i gitte tilfelle kan komme til anvendelse også i forbindelse med inngåelse av arbeidsavtaler, slik at det ikke er nødvendig å bringe avtalene til opphør etter arbeidsmiljøreglenes stillingsvernregler. Av Rt. 1988.766 fremgår det at reglene om bristende forutsetninger kan

komme til anvendelse hvor arbeidsforholdet ikke er påbegynt. Etter mindretallets syn vil også reglene om bristende forutsetninger kunne komme til anvendelse selv om arbeidsforholdet er påbegynt, men det synes naturlig ettersom tiden går, at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler etter hvert trer i forgrunnen på bekostning av reglene om bristende forutsetninger.”

Mindretallets uttalelse om at avtalerettslige regler om bristende forutsetninger kan føre til heving av kontrakten også etter tiltredelsen, er ikke i samsvar med det skjæringstidspunkt for regelvalget som Høyesterett fastslår i Rt. 2004.76. Høyesterett fastslår at det ikke skal ha betydning hvor lenge vedkommende har vært i stillingen, men sier at det kan muligens foreligge en reservasjon fra hovedregelen i de tilfeller der ugyldigheten oppdages noen få dager etter at tiltredelsen har skjedd, i et slags utvidet re integra-prinsipp.

Det kan diskuteres om reservasjonen i Rt. 2004.76 kunne gjøre seg gjeldende på dette faktum, forutsatt at det forelå bristende forutsetninger i henhold til tilblivelsen slik mindretallet hevder.

Det faktum at arbeidstaker hadde en ukjent kriminell fortid, kan muligens være tilstrekkelig grunnlag for at det kan anses å foreligge ”særlige grunner” i saken. Videre har det gått svært kort tid fra tiltredelsestidspunktet til arbeidsforholdet ble hevet, ca. fem dager. Men vilkåret om innrettelse taler mot at re integra-prinsippet kunne anvendes her.

Økonomisjefen og hans familie hadde flyttet til kommunen hvor arbeidsplassen lå og skrevet under på en leieavtale av bolig der.

Vilkåret om innrettelse er etter høyesterettsdommen muligens ikke absolutt, da reservasjonen isåfall gjaldt et ”utvidet” re integra-prinsipp. Men om arbeidstaker har innrettet seg på dette vis, ved å faktisk flytte til et nytt sted, må det spesielt tungtveiende ”særlige forhold” til for å begrunne tilbakekall av arbeidskontrakten. I slike tilfeller er det klart at arbeidstaker har et behov for oppsigelsesvern.

3.5 Svensk rett

Ugyldige arbeidsavtaler er også kjent i svensk rett. Avtalslagen regulerer ugyldige avtaler i sin alminnelighet, mens LAS regulerer opphør av arbeidsforhold.

I punkt 2.6. ble partenes opphørsadgang før tiltredelse drøftet. Konklusjonen var at tiltredelsen ikke er en betingelse for at det skal anses å foreligge et arbeidsforhold, slik at LAS stillingsvernsregler regulerer opphør av arbeidsavtaler, både før og etter arbeidstakers tiltredelse. Problemstillingen her er om det gjelder unntak fra dette utgangspunktet ved ugyldige arbeidskontrakter, slik at disse, ihvertfall i visse tilfeller, istedenfor kan heves etter alminnelige avtalerettslige regler.

LAS regulerer ikke særskilt ugyldige arbeidsavtaler, men ser heller på partenes opphørsadgang i sin alminnelighet.

Forarbeidene til LAS sies det at en part kan med støtte i alminnelig avtalerettslige prinsipper om ugyldighet, fri seg fra en arbeidsavtale uten å måtte anvende LAS sine regler. Det anføres at det særlig ved tilblivelsesmangler er mest naturlig å bruke avtalerettslige regler, da LAS sine regler om opphør ikke tar sikte på andre tilfeller enn de som finner sted etter påbegynnelse av arbeidsforholdet. Selv om forholdet oppdages etter tiltredelsen, kan avtalen heves etter avtalerettslige regler, så lenge det er tale om en gyldighetsinnsigelse rundt avtaleinngåelsen.⁴⁷

Men i rettspraksis har den svenske Arbetsdomstolen vært varsom med å bruke avtalerettslige ugyldighetsregler på inngåtte arbeidsavtaler. Om en påbegynt ansettelse skal avsluttes på arbeidsgiverens initiativ, er utgangspunktet at arbeidstakerens interesse i å

⁴⁷ Lunning och Toijer (2002) s. 143

beholde stillingen skal tas til etterretning.⁴⁸ Det finnes likevel rettspraksis der retten har godtatt heving av arbeidskontrakten på avtalerettslig grunnlag etter tiltredelse.

I AD 1980 nr. 89 tok retten stilling til om det var tilstrekkelig å anvende avtalslagen istedenfor LAS, når en arbeidsavtale hadde kommet i stand under uriktige forutsetninger. Saken gjaldt en bussjåføraspirant som ble ansatt i en kommune etter å ha villedet dem i ansettelsesprosessen. Han opplyste ikke om at han hadde vært straffedømt flere ganger tidligere, og at han var blitt omplassert fra bussjåfør til et annet arbeide. Da kommunen fant ut av dette måtte han gå på dagen. Arbeidstakers fratreden kunne begrunnes etter avskjedsreglene i LAS eller etter avtalslagen § 30. Rettsvirkningene var i begge tilfeller opphør med øyeblikkelig virkning. Kommunen hadde ikke overholdt formkravene etter loven, men retten mente at dette ikke var av betydning. Kommunen hadde uansett rett til å heve kontrakten på avtalerettslig grunnlag.

Det synes å være enstemmighet i den svenske teorien om at et arbeidsforhold kan opphøre på bakgrunn av avtalerettslig ugyldighet. Men også i svensk rett synes denne adgangen å være snevrere hvis arbeidstakers tiltredelse har skjedd.

Før arbeidstakers tiltredelse hevdes det at et arbeidsforhold kan falle bort etter alminnelige avtalerettslige regler, for eksempel om den arbeidssøkende har gitt uriktig informasjon i ansettelsesprosessen. Arbeidsgiveren kan i disse tilfellene velge mellom å følge opphørsreglene i loven eller å håndtere opphøret som et rent avtalemessig spørsmål. Rettsvirkningen i begge tilfeller medfører bortfall med øyeblikkelig virkning, men LAS inneholder formelle regler som må følges for å unngå erstatningsansvar. Ettersom det ikke er adgang til å restituere utført arbeidsinnsats, vil ugyldigheten kun ha virkning for fremtiden (*ex nunc*).⁴⁹

⁴⁸ Källström och Malmberg (2006) s. 66

⁴⁹ Källström og Malmberg (2006) s. 44-45

Malmberg har skrevet en artikkel der det blant annet drøftes hvorvidt avtalerettslige ugyldighetsregler kan anvendes på arbeidsavtaler før tiltredelsen.⁵⁰ Innledningsvis i artikkelen vises det til en rettsavgjørelse i AD 2000 nr 81 der problemstillingen var om arbeidsgiver før tiltredelsen kunne heve en lærers arbeidsavtale om tidsbegrenset ansettelse, med bakgrunn i de avtalerettslige ugyldighetsregler. Den subsidiære påstand var at det forelå rettslig grunnlag for å avskjedige læreren. Begrunnelsen for hevingen var dels en kompetansemangel, og dels at læreren tidligere var straffedømt og hadde vært legemiddelmisbruker.

Domstolen konkluderte med at disse forholdene verken kunne begrunne avtalerettslig ugyldighet eller avskjedsgrunnlag. Forholdene lå langt tilbake i tid, og arbeidstaker hadde derfor ingen plikt til å nevne disse forholdene under ansettelsen. Arbeidsgivers avskjed var ugyldig, og arbeidstaker ble tilkjent en erstatning. Ut fra domsgrunnene er det likevel klart at de avtalerettslige ugyldighetsregler kan anvendes på arbeidsavtaler før tiltredelse. I slike tilfeller blir spørsmålet ofte om avtalen kan heves eller om arbeidstakeren skal avskjediges. En arbeidsavtale som er ugyldig etter avtalerettslige regler, vil altså i utgangspunktet ikke være gjenstand for oppsigelsesfrist eller noen saklighetsvurdering hvis dette blir påberopt før tiltredelsen.

Videre hevdes det i teorien at *etter* tiltredelsen må man regne med at mange av ugyldighetsgrunnene vedrørende avtaleslutningen ikke lenger kan benyttes som selvstendig opphørsgrunn. Hvorvidt en påbegynt stilling skal bestå eller ikke på dette tidspunkt, beror da mer på hvordan prestasjonen og samarbeidet mellom partene fungerer, enn hvordan partene opptrådte ved avtaleinngåelsen. Teoretisk kan det likevel tenkes tilfeller der man kan heve arbeidsforholdet på avtalerettslig grunnlag også etter tiltredelsen. Prøvingen av en ugyldighetsgrunn etter tiltredelsen burde da skje etter de samme prinsipper som ved en saklighetsvurdering etter LAS § 7, men de andre stillingsvernsreglene i LAS behøver ikke

⁵⁰ Malmberg (2000-01) s. 638 ff.

å anvendes. Det er mest praktisk at avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger anvendes etter at tiltredelsen har skjedd.⁵¹

Sammenfatningsvis er rettskildebildet i Norge og Sverige vedrørende gyldighetsspørsmål i arbeidsretten relativt likt. I begge land er det adgang til å heve en arbeidsavtale på avtalerettslig grunnlag ved tilblivelsesmangler som avdekkes før tiltredelsen. I Sverige kan en da *velge* mellom å anvende avtalerettslige regler og LAS, mens i Norge er det enten det ene eller det andre regelsett som må anvendes.

Også i Sverige er utgangspunktet at LAS regulerer opphør av arbeidskontrakter etter tiltredelsen for å verne arbeidstaker på best mulig måte. Men både forarbeider og rettspraksis viser at det ikke er utelukket å heve avtalen på avtalerettslig grunnlag også etter tiltredelsen, der det er mangler ved kontraktsinngåelsen som påberopes. Sverige synes således ikke å ha et like markert skjæringstidspunkt ved tiltredelsen som Norge har, og strekker seg noe lenger i å akseptere opphør på avtalerettslig grunnlag også etter tiltredelsen.

⁵¹ Kallström och Malmberg (2006) s. 109

4 Tilbakekall av oppsigelse mm.

4.1 Rettslige grunnlag

Drøftelsene i dette kapittel forutsetter at det foreligger en egenoppsigelse fra arbeidstaker eller en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver. Det mest praktiske er tilbakekall av arbeidstakers egenoppsigelse, men tilbakekall fra arbeidsgivers side vil også bli behandlet. Tilbakekall av avskjed er mindre praktisk. Fremstillingen vil således først og fremst omhandle tilbakekall av oppsigelse.

Utgangspunktet er at en oppsigelse er bindende når den har kommet til mottakerens kunnskap, se avtaleloven § 7. Men i visse tilfeller vil det være rettslig adgang til å kalle oppsigelsen tilbake også etter at den er kommet til mottakerens kunnskap. Oppsigelsen kan også anses ugyldig som en viljeserklæring. Problemstillingen er i hvilken utstrekning en bindende oppsigelse ensidig kan trekkes tilbake.⁵²

De rettslige grunnlagene som et krav om tilbakekall oftest bygger på, er regelen om tilbakekall re integra eller avtaleloven § 36. Begge de rettslige grunnlagene kan påberopes i samme sak. Ved tilbakekall re integra, utledet av avtaleloven § 39, er det ingen innsigelser mot at oppsigelsen i utgangspunktet er bindende. Ved tilbakekall etter avtaleloven § 36 hevdes selve oppsigelsen å være ugyldig, da det anses urimelig om den gjøres gjeldende. Grensen mellom disse rettslige grunnlagene er ikke skarp og momentene i vurderingen kan lett flyte noe inn i hverandre.

Selv om tilbakekall etter re integra-prinsippet og avtaleloven § 36 er mest praktisk, kan oppsigelsen også hevdes å være ugyldig etter avtaleloven §§ 28 og 29. Disse rettslige grunnlagene er særlig aktuelle der det foreligger tvang. Det kan også tenkes tilfeller der det vil være i strid med redelighet og god tro å gjøre oppsigelsen gjeldende, jfr. avtaleloven

⁵² Mo (1999) s. 156

§ 33. Ugyldighet etter avtaleloven § 33 vil særlig være aktuell i de tilfeller der den annen part måtte innse at oppsigelsen ikke var alvorlig ment.

Vurderingen av om oppsigelsen kan tilbakekalles, blir noe forskjellig alt etter hvilket grunnlag kravet bygges på, men det er stort sett de samme momentene som gjør seg gjeldende. I alle tilfeller beror løsningen på en konkret helhetsvurdering. Forholdene rundt en oppsigelse vil for eksempel være viktige momenter i helhetsvurderingen av redelighets- og rimelighetsprinsippene i avtaleloven § 36, men kan også være ”særlig grunner” i vurdering om muligheten for tilbakekall etter re integra-prinsippet.⁵³

De aktuelle bestemmelsene er sikkerhetsventiler og det kreves et særskilt grunnlag for å foreta et tilbakekall av en gyldig disposisjon. Likevel skal det mindre til for å akseptere tilbakekall i arbeidsforhold enn i de rene forretningsmessige avtaler, jfr.

RG 2002.1522 Eidsivating.

Rettsvirkningen av et gyldig tilbakekall er at oppsigelsen ikke anses å ha funnet sted. Om arbeidsgiver nekter å godta tilbakekallet selv om vilkårene for tilbakekall er oppfylt, kan det stilles spørsmål om dette skal anses som en utestengning eller som en oppsigelse.

I RG 2002.1522 Eidsivating kom retten til at forholdet skal anses som en utestengelse. Retten uttalte at rettsvirkningen av utestengelsen er at arbeidsforholdet ikke er opphørt og arbeidstakeren har krav på å komme tilbake i arbeidet. Så lenge utestengelsen varer er arbeidsgiver i kreditormora, og arbeidstakeren har krav på lønn forutsatt at han stiller sin arbeidskraft til disposisjon. Dege har også kommentert denne dommen.⁵⁴ I Sverige har de valgt å anse forholdet som en oppsigelse, se punkt 4.4.

⁵³ Mo (1999) s. 156

⁵⁴ Dege (2003) s. 473

4.1.1 Tilbakekall etter re integra-prinsippet

Re integra-prinsippet er utledet av avtaleloven § 39 annet punktum, som sier følgende:

”Dog kan, hvis særlige grunde tilsiger det, hensyn tages til, at han efter dette tidspunkt, men før han endnu har indrettet sig efter viljeserklæringen, har faat eller burde ha faat kjendskap til forholdet.”

Vilkårene for tilbakekall etter avtaleloven § 39 er for det første at det har gått relativt kort tid fra oppsigelsen til tilbakekallet. Dette vilkåret står ikke uttrykkelig i lovteksten, men er forutsatt i forarbeidene og i juridisk teori. Videre må den annen part ikke i vesentlig grad har innrettet seg etter oppsigelsen. Sist, men ikke minst, må det foreligge ”særlige grunner” for at tilbakekallet skal anses bindende for den annen part. Vilkårene er kumulative.

Virkingen av at tilbakekallet anses gyldig, er at avtaleforholdet løper som om oppsigelsen aldri har blitt gitt.⁵⁵

Vilkåret om innrettelse betyr for eksempel at arbeidsgiver ikke må ha ansatt en ny person eller i vesentlig grad innledet denne prosessen. Tidselementet må trolig variere noe med hvilke ”særlige grunner” som foreligger.⁵⁶

I RG 1990.1210 Eidsivating uttalte retten at arbeidstakers tilbakekallsadgang er snever om det har gått lenger tid enn en uke, selv i en presset situasjon, men dette må bare være et utgangspunkt. Likevel tolkes tidselementet strengt, og tilbakekallet bør komme så snart som mulig etter at arbeidstaker har forstått konsekvensen av sin handling.

Hvilke omstendigheter som kan karakteriseres som ”særlige grunner”, varierer fra tilfelle til tilfelle og beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. En analyse av rettspraksis belyser hvilke momenter som generelt tillegges vekt i en slik vurdering.

⁵⁵ Storeng, Beck og Due Lund (2006) s. 307

⁵⁶ Storeng, Beck og Due Lund (2006) s. 308

4.1.2 Ugyldighet etter avtaleloven § 36

En oppsigelse kan være ugyldig etter avtaleloven § 36 om den er ”urimelig” eller det ville være i strid med ”god forretningsskikk” å gjøre den gjeldende. Paragraf 36 annet ledd lister opp en rekke momenter som skal være med i rimelig- og redelighetsvurderingen. Det skal tas hensyn til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, og også senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

Avtaleloven § 36 har den fordel at den ikke stiller opp noen absolutte vilkår, slik som avtaleloven § 39, men åpner for en mer konkret rimelighetsvurdering. Videre sies det også uttrykkelig at det kan tas hensyn til etterfølgende omstendigheter. I de tilfeller hvor arbeidstakeren ikke vil nå frem med tilbakekall etter re integra-regelen kan han likevel nå frem ved å påberope seg ugyldighet etter avtaleloven § 36.⁵⁷

4.2 Tilbakekall fra arbeidstaker

Det kan tenkes flere grunner til at arbeidstaker ønsker å tilbakekalle sin oppsigelse og det finnes omfattende rettspraksis på området. Det er noen typetilfeller som går igjen i rettspraksis. Oppsigelsen kan ofte ha funnet sted etter en diskusjon eller krangel på arbeidsplassen, eller oppsigelsen ble gitt under press eller i en periode med sykdom o.l.

Arbeidstaker kan for det første tenkes å si opp i ren affekt i en diskusjon med arbeidsgiver, og slike oppsigelser er sjelden overveide. Trekket oppsigelsen tilbake etter kort tid, bør dette ofte aksepteres, dersom arbeidsgiveren ikke har innrettet seg etter oppsigelsen i mellomtiden, ved for eksempel å ha ansatt en ny person.⁵⁸

Rettspraksis viser at det er vurderingen av de ”særlige forhold” i henhold til avtaleloven

⁵⁷ Storeng, Beck og Due Lund (2006) s. 308

⁵⁸ Mo (1999) s. 157

§ 39 som ofte blir avgjørende for om oppsigelsen kan trekkes tilbake, forutsatt at tilbakekallet har funnet sted innen relativt kort tid. Viktige momenter i vurderingen er om den ansatte får tid til å områ seg, har mulighet til å konsultere med en tillitsvalgt eller en annen rådgiver, samt den tid som er til rådighet.⁵⁹

RG 2002.1522 Eidsivating gjaldt en kafemedarbeider som ble innkalt til et møte med daglig leder. På dette møtet klaget daglig leder over hennes arbeidsprestasjon, som resulterte i at hun sa opp. Arbeidstaker sa opp 27. februar 2001, men angret umiddelbart og fikk beskjed fra advokat om å kalle oppsigelsen tilbake i rekommandert sending. Dette ble gjort fredag 2. mars, og arbeidsgiver mottok tilbakekallet mandag 5. mars. Arbeidsgiver hadde ikke innrettet seg i denne korte perioden. De ”særlige forhold” som retten vektla, var at arbeidstakeren ikke hadde fått beskjed på forhånd hva som skulle drøftes på møtet. Hun var derfor ikke forberedt da arbeidsgiver kritiserte hennes arbeidsprestasjon. Dette opplevdes som en svært ubehagelig og vanskelig situasjon for arbeidstaker som hun løste med å si opp selv. Vilkårene for tilbakekall var oppfylt. Lagmannsretten sa følgende: ”Kravet om ”særlige grunner” praktiseres noe forskjellig, avhengig av hva slags livsforhold en er på. I forretningsforhold skal det mer til enn i et slikt arbeidsforhold som i denne saken.”

I en nyere lagmannsrettsdom ble egenoppsigelsen fra daglig leder i en båtforening ansett tilbakekalt etter avtaleloven § 39 og ugyldig etter avtaleloven § 36. Dommen er et eksempel på at avtalelovens §§ 36 og 39 blir vurdert i samme sak.

Hålogaland lagmannsretts dom av 22.01 2007 (LH-2006-128613) gjaldt en daglig leder i en båtforening, som etter en diskusjon i et styremøte gikk derifra med utsagnet ”Her var det ikke noe annet å gjøre enn at nå var det på tide å avslutte... Takk for samarbeidet”. Styret oppfattet dette som en oppsigelse og at han trakk seg fra båtforeningen som daglig leder med umiddelbar virkning. Han angret derimot på oppsigelsen og trakk denne tilbake to dager etter styremøtet. Båtforeningen avsto. Lagmannsrettens flertall konkluderte med at det forelå et gyldig tilbakekall da vilkårene etter § 39 var oppfylt. Oppsigelsen ble tilbakekalt etter kun to dager og før foreningen hadde innrettet seg etter den. Da den muntlige oppsigelsen fremsto som uoverveid, plutselig og situasjonsutløst under meningsutvekslingen i styremøtet, ble det etter en samlet vurdering ansett å foreligge ”særlige grunner” slik at tilbakekallet måtte være bindende. Flertallet fant det også bevist at styreleders oppsigelse uansett var ugyldig, da det etter en samlet vurdering i henhold til avtaleloven § 36 ville virket urimelig eller være i strid med god skikk i arbeidslivet å gjøre oppsigelsen gjeldende. Styreleder ble tilkjent erstatning.

⁵⁹ Dege (2003) s. 476

Det finnes imidlertid en rekke avgjørelser der tilbakekall ikke er akseptert. Dommen nedenfor viser at oppsigelsen ikke kan tilbakekalles etter avtaleloven § 39 om arbeidsgiver har innrettet seg etter oppsigelsen. Dommen viser også at det skal det en del til før en oppsigelse anses ugyldig etter avtaleloven §§ 33 og 36.

Borgarting lagmannsrettsdom av 08.06. 2004 (LB-2004-10508) gjaldt en tvist hvor arbeidstaker ble oppringt fra arbeidsgiver en kveld for å sørge for at hun kom tidsnok til et morgenmøte med en viktig klient. Telefonsamtalen tilspisset seg, og dagen etter ga arbeidstaker beskjed om at hun ville ha et møte med arbeidsgiver. På dette møtet underskrev hun sin oppsigelse. Arbeidsgiver tilbød henne å jobbe ut oppsigelsestiden, men arbeidstaker ville gå på dagen. Arbeidsgiver aksepterte at hun ville avslutte arbeidet med øyeblikkelig virkning. Samme dag meldte hun seg arbeidsledig hos Aetat og ble så sykemeldt. Arbeidstaker kontaktet advokat et par uker etter hendelsen og skrev et brev til arbeidsgiver der hun bestred at hun hadde sagt opp stillingen og at uteblivelsen fra arbeidet skyldtes sykdom. En enstemmig lagmannsrett fant ikke grunnlag for å gi tilbakekallet rettsvirkninger. Vilkårene for tilbakekall etter avtaleloven § 39 var ikke oppfylt da arbeidsgiver allerede dagen etter at oppsigelsen hadde ansatt en ny arbeidstaker. Det at arbeidstaker var misfornøyd og kanskje opphisset på møtet hvor oppsigelsen fant sted, var ikke tilstrekkelig til at avtaleloven § 33 kom til anvendelse. Den snevre unntaksregelen i avtaleloven § 36 kunne heller ikke anvendes.

Utløst press fra arbeidsgiverens side er et annet forhold som kan være avgjørende i vurderingen om oppsigelsen kan trekkes tilbake. En typisk situasjon hvor arbeidsgiver ofte utøver et slikt press er der han gir arbeidstaker valget mellom å si opp selv eller å bli sagt opp eller avskjediget. Men en fremprovosert egenoppsigelse gir ikke uten videre rett til tilbakekall dersom arbeidsgiveren likevel hadde grunnlag til å si opp arbeidstakeren.

For den ansatte kan det være en fordel å få anledning til å si opp selv fremfor å bli oppsagt eller avskjediget. Det er en mer hensynsfull løsning, og utsiktene for å få ny jobb er regelmessig bedre. Men har arbeidsgiveren presset arbeidstakeren til å levere egen oppsigelse i en situasjon hvor arbeidstakeren ikke hadde saklig grunn til å si han opp, vil den ofte være gjenstand for tilbakekall eller ugyldighet.⁶⁰

⁶⁰ Mo (1999) s. 157-158

Hvis en oppsigelse er avgitt under press skal det generelt mindre til for å godta et tilbakekall enn om oppsigelsen har funnet sted i rolige former. Det er også av betydning om arbeidsgiver har gitt den ansatte god tid til å tenke seg om før egen oppsigelse, om det har vært mulig å konsultere tillitsvalgte osv. Årsaken til oppsigelsen må også vurderes og det samme med arbeidstaker psykiske tilstand m.m.⁶¹

En nyere tingrettsdom gjaldt en fremprovosert egenoppsigelse der vilkårene for tilbakekall ble ansett oppfylt grunnet utilbørlig press.

I Oslo tingrett dom av 24.10. 2006 (TOSLO-2006-42859) var sakens faktum at arbeidstaker hadde blitt innkalt til et møte med arbeidstaker der hun fikk valget mellom å si opp selv eller å selge seg opp mot budsjett i løpet av to uker. Om hun ikke klarte å selge opp mot budsjettet innen to uker, ville hun ”bli sparket og dessuten havne i arkivet over de sparkede og ikke få god attest”. Arbeidstaker valgte å si opp selv, men gikk til sak mot arbeidsgiver og fikk medhold. Retten la vekt på at denne situasjonen som arbeidstaker ble satt i, var et tilfelle av utilbørlig press. Det fremsto også som relativt umulig for henne å oppnå budsjettkravene. Videre ble det lagt vekt på at arbeidstaker var en ung jente som hadde gjort en brukbar jobb, hun hadde ikke hatt noen tillitsvalgt eller annen rådgiver til stede og hun var i en sårbar situasjon ettersom hun kun hadde vært i aktivt arbeide i bedriften i to måneder. Hun fikk dessuten ikke mange minuttene til å områ seg på. Vilårene for tilbakekall var oppfylt og arbeidsgiver ble dømt til å betale oppreisning og erstatning.

Spørsmålet om gyldigheten av arbeidstakers egenoppsigelse kan også reises etter avtaleloven § 36. Fordelen med å bruke § 36 er særlig at det ikke stilles like strenge krav til at tilbakekallet må ha skjedd etter kort tid. I dommen nedenfor fant arbeidstakers tilbakekall først sted etter 18 dager.

I RG 1996.798 Hålogaland ble en avdelingsleder i en bank gitt valget mellom egen oppsigelse eller å bli oppsagt. Opphøret ble begrunnet i eget forsømmelig forhold vedrørende en pengeoverføring. Hun valgte å si opp selv, men kalte tilbake oppsigelsen etter 18 dager. Da denne ikke ble akseptert av arbeidsgiver reiste hun sak om at oppsigelsen var ugyldig etter avtaleloven § 36. Lagmannsrettens flertall ga henne medhold i dette da bankens behandlingsmåte i forbindelse med oppsigelsen var

⁶¹ Dege (2003) s. 475

kritikkverdig. Sentrale momenter ved vurderingen var at arbeidstaker før møtet ikke fikk noe forhåndsvarsel om at hun risikerte å bli oppsagt. Hun hadde over tid vært utsatt for sterke psykiske påkjenninger forbundet med familiens situasjon og samtidig hatt et betydelig arbeidspress i banken. Hun var derfor på forhånd utslitt og hadde bestilt time hos lege samme dag. Da det på møtet, etter at faktum hadde vært gjennomgått, ble meddelt at banken vurderte hennes forhold som så graverende at hun ville bli oppsagt, kom det som et sjokk. Etter dette var hun ikke seg selv og kunne ikke tenke klart. At hun hadde en tillitsvalgt med seg, var til begrenset hjelp. Hennes ønske om å få sove på saken før hun avgjorde om hun ville si opp selv burde blitt innvilget. At banken presset på og insisterte på at A måtte treffe valget der og da, kan ikke oppfattes annerledes enn at banken ikke ønsket at hun skulle foreta et grundig og veloverveid valg. Konklusjonen ble derved at det var urimelig å fastholde oppsigelsen i dette tilfelle. Det ble videre lagt vekt på at oppsigelsen ble trukket tilbake etter forholdsvis kort tid, og at banken ikke hadde innrettet seg etter oppsigelsen ved å ansette noen andre i stillingen eller truffet andre disposisjoner av betydning.

De rettslige grunnlagene som kan begrunne tilbakekall er alle ”sikkerhetsventiler”.

Dommen nedenfor viser at ethvert press ikke er urimelig. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor arbeidstaker er skyldig i de kritikkverdige forhold han beskyldes for.

I NAD 1988.1365 Sunnhordland ble en systemprogrammerers egenoppsigelse ikke ansett ugyldig eller lovlig tilbakekalt, jfr. avtaleloven § 29, § 33, § 36, og § 39. Bakgrunnen var at en arbeidstaker i strid med instruks og påtale flere ganger hadde tatt seg inn på deler av bedriftens datasystem som han ikke hadde adgang til. I møte med ledelsen ble systemprogrammereren meddelt at de hadde bestemt seg for å bringe arbeidsforholdet til opphør, men at han skulle få anledning til selv å si opp. Systemprogrammereren skrev på møtet en erklæring der han sa opp sin stilling med øyeblikkelig virkning. Denne kalte han tilbake første arbeidsdag etter møtet. Retten drøftet adgangen til tilbakekall etter avtaleloven § 39, men fant ikke at det forelå noen ”særlige grunner” som kunne begrunne tilbakekall. Arbeidstakeren hadde ikke vært utsatt for urimelig press, og det var heller ikke sannsynliggjort at han nærmest hadde vært i sjokktilstand, selv om en slik situasjon representerte en stor belastning for ham. Retten uttalte at en slik situasjon alltid vil være en belastning for arbeidstaker, men belastningen var ikke her i den grad at avgivelsen av oppsigelsen som viljeserklæring ikke var en ønsket eller villet handling fra hans side. Det var en rimelig løsning å gi han valget til å si opp selv, da bedriften mente han hadde misbrukt sin stilling. Det ble også lagt vekt på at arbeidstaker fikk tid til å områ seg, og han kunne tilkalle tillitsmannen om dette var ønskelig. Retten kunne heller ikke se at det var grunnlag for å tilsidesette oppsigelsen som stridende mot avtaleloven § 36 som følge av at arbeidstaker ble rammet relativt hardt av oppsigelsen. Det gikk 7,5 måned før han fikk seg ny jobb.

I RG 1995. 980 Oslo fikk arbeidstakerne medhold i at deres egenoppsigelser var ugyldige på grunn av tvang, jfr. avtaleloven § 29.

RG 1995. 980 Oslo gjaldt to butikkbestyrere som sa opp sine stillinger med øyeblikkelig virkning etter separate møter med ledelsen. I disse møtene ble det trukket frem anklager mot bestyrerne, hvoretter ledelsen dikterte innholdet i oppsigelsesbrevene. Retten fant oppsigelsene ugyldige. Den ene bestyreren ble på en utilbørlig måte presset til å avgi en oppsigelse som var svært ugunstig ut fra hennes juridiske posisjon. Selv om det var noe mer tvil når det gjaldt den andre, kom retten på bakgrunn av arbeidsgiverens fremgangsmåte til at også denne var ugyldig. Retten fant grunn til å bemerke at arbeidstakerne i et tilfelle som dette, bør få nødvendig tid til å vurdere situasjonen, og også til å rådføre seg med jurist, eventuelt en tillitsvalgt. Ved vurderingen av om en viljeserklæring skal anses ugyldig etter avtalelovens regler, er partenes muligheter til å på forhånd å vurdere om viljeserklæringen skal avgis, et viktig moment. Retten pekte også på at arbeidsgiveren hadde hatt anledning til å revurdere situasjonen da saksøkernes advokat allerede dagen etter oppsigelsene protesterte på det som hadde skjedd.

Andre typetilfeller der arbeidstakeren ofte kan anse seg ubundet av sin egenoppsigelse, er hvor han ikke har kunne bedømt følgene av sine uttalelser på grunn av sykdom, beruselse, depresjon, lav alder eller andre forhold. Her er det særlig avtaleloven §§ 33 og 36 som er de aktuelle rettslige grunnlag.⁶²

I dommen nedenfor ble en egenoppsigelse ansett å være ugyldig etter avtaleloven § 33. Det ble lagt særlig vekt på arbeidstakers unge alder og mangelfulle erfaring.

I dommen i NAD 1981-83.245 Hålogaland var bakgrunnen for tvisten at en butikkekspeditor på ca. 19 år som gjentatte ganger før jul bedt om å få fri den siste timen på julaften for å rekke bussen hjem til sin familie. Arbeidsgiver nektet henne dette, men hun reiste likevel. Den 3. juledag ble hun innkalt til butikksjefen, hvor oppsigelsesbrevet lå fremme, ferdig skrevet. Hun var redd for å bli sagt opp og fikk inntrykk av at hun ikke hadde noe valg, slik at møtet endte med at hun underskrev sin oppsigelse. Hun angret umiddelbart på oppsigelsen. Etter å ha konferert med tillitsvalgte i sin fagorganisasjon trakk hun oppsigelsen tilbake to uker senere. Hun var da ennå i arbeid i bedriften. Arbeidstaker fikk medhold i lagmannsretten, og det ble særlig vektlagt at butikksjefen la opp til oppsigelsen og forsto at undertegnelsen skjedde som følge av det dilemma

⁶² Mo (1999) s. 159

arbeidstakeren følte at hun befant seg i. Det ville da være i strid med redelighet og god tro, jfr. avtl. § 33, om oppsigelsen var bindende.

4.3 Tilbakekall fra arbeidsgiver

Det er sparsomt med rettspraksis og teori når det gjelder arbeidsgivers adgang til tilbakekall. Rettstilstanden synes således å være noe usikker.

De reelle hensyn tilsier at arbeidstakeren har en mer vidtgående tilbakekallsadgang enn arbeidsgiveren. Arbeidsgiveren er normalt bedre utrustet enn arbeidstakeren, både når det gjelder kjennskap til rettsregler og ressurser ellers.⁶³

Dege hevder at arbeidsgiver har en viss adgang til tilbakekall av sin oppsigelse dersom situasjonen for bedriften har endret seg siden oppsigelsen ble gitt. Dette kan for eksempel være tilfelle om oppsigelsen skyldtes arbeidsmangel, men senere har denne årsaken blitt eliminert. I disse tilfellene kan det være formålstjenlig om arbeidstaker kan foreta et tilbakekall, og det vil være liten hensikt i å iverksette eller fortsette et søksmål på grunn av påstand om usaklig oppsigelse. Noe annet er at den ansatte ikke er pliktig til å godta tilbakekallet.⁶⁴

Mo viser til at arbeidsgiver kan ønske tilbakekall av oppsigelsen dersom han forstår at han vil tape i en eventuell rettsak mot arbeidstakeren. Mo påpeker at en slik begrunnelse ikke kan lede til et gyldig tilbakekall og således hindre et erstatningssøksmål fra arbeidstakeren. Men om arbeidsgiveren har tilbudt seg å trekke oppsigelsen tilbake, kan dette ha en innvirkning på erstatningsutmålingen. Arbeidstakeren har en tapsbegrensningsplikt og om

⁶³ Mo (1999) s. 156

⁶⁴ Dege (2003) s. 477

han ikke har noen rimelig grunn til å avslå arbeidsgiverens tilbud, vil det kunne føre til avkortning i erstatningen.⁶⁵

I de to avgjørelsene jeg har funnet om arbeidsgivers tilbakekallsadgang, har arbeidsgiver ikke fått medhold. Tilbakekallet har heller ikke hatt noen innvirkning på erstatningsutmålingen, da arbeidstaker i begge tilfellene har hatt rett til å avslå arbeidsgiverens tilbud om å fortsette i arbeidsforholdet. I den ene dommen var det tale om tilbakekall av oppsigelse, mens det i den andre var tale om tilbakekall av avskjed.

I NAD 1987.541 Sør-Gudbrandsdal ble en butikkmedarbeider i en videobutikk sagt opp etter å ha vært sykemeldt over en lengre periode. I denne sykemeldingsperioden oppstod gnisninger mellom partene. Arbeidstakerens sykmelding medførte at arbeidsgiver ble bundet til selv å ekspedere i forretningen hele dagen, men arbeidstakeren aksepterte å avløse arbeidsgiveren en halv time hver dag til spisepause. Først i forhandlingsmøte ca. 14 dager etter oppsigelsen trakk arbeidsgiver oppsigelsen tilbake fordi han forsto at han hadde bevisbyrden for at oppsigelsen ikke hadde sammenheng med saksøkerens sykefravær, men hadde annet saklig grunnlag. Arbeidstaker ønsket ikke å gjeninntre i stillingen. Dette skyldtes blant annet at hun fortsatt var sykemeldt. Retten konkluderte med at arbeidsgiver ikke ensidig kunne trekke sin oppsigelse tilbake i dette tilfellet, med virkning for arbeidstakers erstatningskrav. Etter rettens mening ”ville det være lite sammenheng i regelverket” dersom en arbeidsgiver som bringer arbeidsforholdet til opphør, slik at de særregler som gjelder ved behandling av oppsigelsessaken og som i stor grad tar sikte på å beskytte arbeidstagerens interesser, skulle stå friere til ensidig å trekke en oppsigelse tilbake enn en arbeidstager ville gjøre. Oppsigelsen var usaklig, og arbeidstaker fikk en erstatning.

Tilbakekallsadgangen av en avskjed er klart nok snevrere enn tilbakekallsadgangen av en oppsigelse. I NAD 1987.260 Agder fant retten at arbeidsgivers avskjed ikke kunne trekkes tilbake.

Dommen i NAD 1987.260 Agder gjaldt en urettmessig avskjed av elektriker. Arbeidsgiveren forsto at han hadde en ”dårlig sak”, da de årsaker han begrunnet avskjeden i egentlig ikke var tilstrekkelig til å karakteriseres som noe grovt pliktbrudd. Arbeidsgiver sendte dermed et brev fire dager etter der han beklaget episoden og ønsket ham tilbake i firmaet. Arbeidstaker aksepterte ikke dette og reiste søksmål. Lagmannsretten fant at arbeidsgiver ikke kunne ensidig trekke avskjeden tilbake. Retten

⁶⁵ Mo (1999) s. 159

la til grunn at arbeidsgiveren etter vanlige avtalerettslige regler var bundet av avskjedigelsespåbudet fra det øyeblikk arbeidstakeren var blitt kjent med avskjedigelsen. Videre sa retten at rettsvirkningen av det bindende påbudet var at arbeidsgiver ikke kunne ensidig trekke avskjeden tilbake. Retten hadde videre forståelse for at arbeidstaker ikke ønsket å fortsette i firmaet etter en uberettiget avskjed. Arbeidstaker ble tilkjent en erstatning.

Jeg mener det kan reises spørsmål om det i det hele tatt vil være adgang for arbeidsgiver til å foreta et bindende tilbakekall av en avskjed. De rettslige grunnlagene for tilbakekall er sikkerhetsventiler og passer ikke særlig godt i disse tilfellene. Selv om avskjeden er trukket raskt tilbake, vil vilkåret om ”særlige grunner” i avtalelovens § 39 sjeldent være oppfylt. Heller ikke en ugyldighetsinnsigelse etter avtalelovens §§ 33 og 36 kan jeg se er aktuell i disse tilfellene.

4.4 Svensk rett

Også i svensk rett er det omfattende rettspraksis vedrørende adgangen til å tilbakekalle en oppsigelse. De rettslige grunnlagene for tilbakekall er de samme som i Norge, først og fremst avtalslagen §§ 33, 36 og 39. Hovedregelen er at en er bundet av sin oppsigelse når den har kommet til mottakerens kunnskap, jfr. avtalslagen § 7. Men i visse tilfeller kan arbeidsgiver være pliktig til å godta et tilbakekall på avtalerettslig grunnlag.

Forarbeidene til LAS sier følgende om rettsvirkningen av en fremtvungen oppsigelse: ”Fremtvingande rättshandlingar skall kunna angripas och en arbetstagare som utilbörligt har förmått att säga opp sig själv få ett rättsskydd som om det hade varit fråga om en uppsägning från arbetsgivarens sida som saknat giltig grund”.⁶⁶

Etter å ha studert noen avgjørelser fra Arbetsdomstolen synes retten å legge vekt på de samme særlige forhold og omstendigheter i helhetsvurderingen som i norsk rettspraksis. Det er likevel noen forskjeller mellom svensk og norsk rett vedrørende tilbakekall. For det

⁶⁶ Lunning och Toijer s. 153-154, med henvisning til prop. 1973/129:71 s. 129

første sidestilles arbeidsgivers nektelse av å godkjenne et gyldig tilbakekall med en oppsigelse fra arbeidsgivers side i svensk rett. Om oppsigelsen skal være gyldig, må den følge reglene i LAS. I Norge synes en slik nektelse derimot å være en utestengelse.

En annen forskjell er at arbeidsgivers adgang til tilbakekall er snevrere etter svensk rett, da det anses som sikker rett at arbeidsgivers oppsigelse og avskjed som hovedregel ikke kan tilbakekalles.⁶⁷ Det finnes likevel noen unntakstilfeller i rettspraksis hvor retten har godkjent at det har funnet sted et tilbakekall fra arbeidsgiver. I Norge har både arbeidstaker og arbeidsgiver adgang til å hevde at vilkårene for tilbakekall er oppfylt. Det skal likevel trolig mindre til for å godkjenne et tilbakekall fra arbeidstaker enn arbeidsgiver.

Det finnes flere eksempler i svensk rettspraksis på at arbeidstaker hevder at oppsigelsen skal tilbakekalles på grunn av utilbørlig press fra arbeidsgiverens side. Disse avgjørelsene viser derimot, på lik linje med norsk rett, at ikke ethvert press kan begrunne en tilbakekallsadgang. Det beror på en helhetsvurdering av det konkrete tilfelle om det foreligger et utilbørlig press, og det vil bli vurdert om arbeidsgiveren har handlet uredelig eller i strid med god forretningsskikk.

I AD 1977 nr. 200 drøftet retten om arbeidstakers egenoppsigelse kunne tilbakekalles på grunn av utilbørlig press. Tvisten gjaldt en ansatt som arbeidet på en trevarefabrikk. Arbeidsgiver kalte arbeidstaker inn til et møte der de opplyste at hans arbeid ikke var tilfredsstillende, og at de derfor ville foreta en omplassering. Arbeidstaker manglet noen fingre på den ene hånden og sa at han ikke ville klare det nye arbeidet. Da arbeidsgiver likevel opplyste han om at dette var det eneste ledige arbeidet de hadde, bestemte arbeidstaker seg for å si opp. Arbeidstaker angret derimot umiddelbart, men arbeidsgiver mente han måtte stå ved oppsigelsen. Retten kom til at oppsigelsen ikke kunne tilbakekalles da det ikke forelå noen "særlige omstendigheter" som begrunnet dette. Da arbeidstaker opplyste om at han ønsket å si opp, hadde arbeidsgiver rådet han til å ta betenkningstid, slik at det ikke forelå noen overrumpling eller tidspress. Dessuten hadde arbeidstaker mange års arbeidserfaring og hadde vært tillitsvalgt i bedriften i de siste to år. Disse omstendighetene talte for at arbeidstaker måtte være bundet av oppsigelsen sin.

⁶⁷ Schmidt (1994) s. 184

Arbeidstaker fikk likevel en liten erstatning da arbeidsgiver ikke hadde fulgt opphørsreglene i LAS på en korrekt måte.

Heller ikke i avgjørelsen AD 1991 nr. 33 ble arbeidstakers egenoppsigelse ansett bindende tilbakekalt på grunn av utilbørlig press.

Dommen i AD 1991 nr. 33 gjaldt en arbeidstaker som arbeidet i kommunen innen eldreomsorg. En dag ble hun innkalt til møte med hennes arbeidsgivere, hvor hun ble utsatt for kritikk vedrørende hennes arbeidsinnsats og også kritikk mot henne som person. Arbeidstaker ble svært opprørt over denne kritikken og ville si opp. Arbeidsgiverne rådet henne til å tenke over saken og ikke ta en forhastet beslutning. Dagen etter leverte arbeidstaker sin oppsigelse, men hun trakk denne tilbake etter ti dager. Retten kom til at ti dager var i utgangspunktet for lenge til at tilbakekallet skal anses å være gitt innen rimelig tid, men det må også bero på omstendighetene ellers. Da arbeidstaker hadde fått tid til å tenke seg om, var rettens konklusjon at oppsigelsen ikke ble gitt under utilbørlig press.

Vilkårene for tilbakekall anses å være noe lempeligere om arbeidstaker er ung og uten arbeidserfaring. Slik er det både i norsk og svensk rett.

I AD 1983 nr. 3 ble tilbakekall av egenoppsigelse godkjent at Arbetsdomstolen. Tvisten gjaldt en 16 år gammel arbeidstaker med skjør psyke og ingen tidligere arbeidserfaring. Hun arbeidet i pakkeavdelingen ved en fabrikk som drev med metallindustri. Formannen på avdelingen var ikke fornøyd med hennes arbeidsinnsats, og dette ble påpekt svært ofte av han. En dag sa formannen at om hun ikke klarte å arbeide mye raskere, kunne han ikke se at det var plass til henne ved fabrikk. Arbeidstaker ble svært opprørt og valgte å si opp stillingen, men skyldte på at hun hadde fått jobb et annet sted. Hun angret umiddelbart på at hun hadde sagt opp, men var usikker på hva hun burde gjøre, slik at det gikk en uke før tilbakekallet faktisk fant sted. Arbeidsgiver godtok ikke tilbakekallet. Retten fant derimot at vilkårene for tilbakekall var oppfylt. Det måtte legges vekt på arbeidstakers unge alder og mangel på arbeidserfaring. I tillegg fant tilbakekallet av oppsigelsen sted relativt raskt etterpå.

Rettsgrunnlagene for tilbakekall i svensk rett, er de samme som i norsk rett. Ofte blir tilbakekallet søkt begrunnet i re integra- prinsippet i avtalslagen § 39, men også avtalslagen §§ 33 og 36 kan føre til at tilbakekallet anses bindende.

I AD 1993 nr. 43 ble en leges oppsigelse ansett å være ugyldig etter avtalslagen §§ 33 og 36. Tvisten gjaldt en lege som tok kontakt med arbeidsgiver for å forhandle seg frem til høyere lønn og bedre arbeidsforhold. Da forhandlingene ikke førte frem så han ingen annen utvei enn å si opp stilingen. Legen slet med psykisk helse og kort tid etter oppsigelsen ble arbeidstaker sykemeldt på grunn av dette. I ettertid, ca. 50 dager etter oppsigelsen fant sted, ønsket legen tilbakekall av oppsigelsen, da denne måtte anses å være ugyldig på bakgrunn av sykdom og arbeidsgivers svikaktig opptreden i situasjonen. Arbeidsgiver godtok ikke tilbakekallet. Retten kom til at arbeidsgiver skulle ha godtatt tilbakekallet av oppsigelsen da arbeidsgiver må forstå at denne var gitt i en psykisk presset og ubalansert tilstand. Domsresultatet var at han fikk tilbake jobben sin.

5 Avsluttende bemerkninger

Det nye med dommen i Rt. 2004.76 er, som nevnt tidligere, at den fastslår et skjæringstidspunkt for når arbeidsmiljølovens regler skal anvendes på et arbeidsforhold som allerede er ugyldig etter alminnelige avtalerettslige regler. Høyesterettsdommen bygger på Rt. 1988.766.

Det kan drøftes, de lege ferenda, om tiltredelsen er et egnet skille ved ugyldighetsspørsmål i arbeidsretten.

Det er ikke tvil om Høyesterett har rett i at *etter* tiltredelsen må arbeidsmiljølovens opphørsregler legges til grunn. Det tvilsomme er derimot Høyesteretts uttalelse om at det *før* tiltredelse kan være tilstrekkelig i visse ugyldighetstilfeller å anvende alminnelige avtalerettslige regler på opphøret. Begrunnelsen er at det ikke på ”dette stadium foreligger reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller”. I en slik situasjon ”vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen”.

Det er klart at arbeidsforholdet ikke er like ”etablert” på dette stadiet som etter tiltredelsen. Likevel har arbeidstaker mentalt innstilt seg på å starte i et nytt arbeidsforhold, og som regel innrettet seg etter arbeidsavtalen på ulikt vis. Arbeidstaker kan ha sagt opp sitt tidligere arbeid og har muligens solgt bolig for å flytte til der arbeidsplassen holder til. Resten av familien til arbeidstaker kan også ha innrettet seg etter avtalen, og det kan føre til urimelige resultater om ikke arbeidstakeren i slike tilfeller har det stillingsvern som følger av arbeidsmiljøloven. Jeg mener at det derfor ikke helt riktig å si at de vernehensyn som arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler bygger på, ikke gjør seg gjeldende med nevneverdig tyngde ved ugyldighetstilfeller på dette stadiet.

Et annet alternativ er at arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse, uten unntak, fra inngåelsen av arbeidsavtalen, slik at ugyldighetstilfellene blir likestilt med de tradisjonelle opphørsgrunner.

Løsningen innebærer at arbeidsavtaler ikke kan heves på avtalerettslig grunnlag som følge av ugyldighet, men må bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler.

Ugyldighetsgrunnen blir istedenfor, også før tiltredelse, et moment i vurderingen av om det er grunnlag for oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven. I de tilfeller der det er grunnlag for å heve arbeidsavtalen avtalerettslig, vil det også trolig være grunnlag til avskjed.

Om arbeidsmiljøloven regulerer alle typer opphørsgrunner, vil hensynet til arbeidstaker ivaretas på en bedre måte. Selv om det kan hevdes å foreligge mangler ved kontraktsinngåelsen, er arbeidsforhold av en slik spesiell karakter, at arbeidstaker bør vernes av arbeidsmiljøloven på alle faser av arbeidsforholdet. Jeg mener derfor at det er usikkert om tiltredelsen er et egnet skille til å legges til grunn for regelvalget ved gyldighetsspørsmål.

Jakhelln gir støtte til denne løsningen, da han mener at vernehensynene bak arbeidsmiljølovens prosessregler og formkrav taler for at regelsettet for ugyldige arbeidsavtaler bør være det samme som for de tradisjonelle opphørsgrunner. Jakhelln hevder således at ”noe prejudikat for tiltredelse som skille er Rt. 2004.76 under hver omstendighet ikke, og det fremstår som et åpent spørsmål om tiltredelse er et egnet skille til å legges til grunn i fremtidig rettsanvendelse”.⁶⁸

⁶⁸ Jakhelln (2006) s. 228

6 Litteraturliste

- Dege 1995 Dege, Jan Tormod *Arbeidsgivers styringsrett. Bind I. Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen.* Oslo, 1995.
- Dege 2003 Dege, Jan Tormod *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold.* Oslo, 2003.
- Eckhoff 2001 Eckhoff, Torstein *Rettskildelære.* 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Eldøy 2004 Eldøy, Ragnar "Ugyldige ansettelsesavtaler og arbeidsmiljølovens opphørsregler." *Arbeidsrett* 2004 s. 273 - 277.
- Evju 2004 Evju, Stein "Avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvern – Høyesteretts dom 21. januar 2004 (NH- 2004-0119-A)" *Nytt i privatretten.* Nr.2/2004 s. 14-15.
- Fanebust 2002 Fanebust, Arne *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle delen.* 2. utgave. Oslo, 2002.
- Fanebust 2001 Fanebust, Arne *Oppsigelse i arbeidsforhold.* 4. utgave. Oslo, 2001.
- Fougner 1999 Fougner, Jan *Arbeidsavtalen - utvalgte emner.* Oslo, 1999.
- Fougner og Holo 2006 Fougner, Jan og Lars Holo *Arbeidsmiljøloven. Kommentarutgave.* Oslo, 2006.
- Gyldendal Rettsdata Gyldendal Rettsdata. *Norsk Lovkommentar studentutgave.* Oslo, 2007.
- Jakhelln 2006 Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten.* 4. utgave. Oslo, 2006.
- Jakhelln og Aune (red.) 2006 Jakhelln, Henning og Helga Aune (red.) *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven.* 2. utgave. Oslo, 2006.

- Johansen 2006 Johansen, Thor-Erik *Inngåelse og avslutning av arbeidsforhold*. 4. utgave. Kristiansand, 2006.
- Källström och Malmberg 2006 Källström, Kent och Jonas Malmberg *Anställningsförhållandet. Innledning til den individuella arbetsrätten*. Uppsala, 2006.
- Knoph 2004 Knoph, Ragnar *Knophs oversikt over Norges rett*. 12. utgave. Oslo, 2004.
- Lunning och Toijer 2002 Lunning, Lars och Gudmund Toijer *Anställningsskydd- Kommentarer till anställningsskyddlagen*. Åttonde upplagen. Stockholm, 2002.
- Malmberg 2000-01 Malmberg, Jonas. "Arbetsökandes upplysningsplikt" *Juridisk Tidskrift* 2000-01 s. 638 ff.
- Mo 1999 Mo, Einar. "Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettslig synsvinkel" *Lov og Rett* 1999 s. 131
- Schmidt 1994 Schmidt, Folke *Löntagarrett*. 4. utgave. Stockholm, 1994.
- Sigeman 2006 Sigeman, Tore *Arbetsrätten- en översikt*. 4. reviderte utgave. Stockholm, 2006.
- Storeng, Beck og Due Lund 2006 Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund *Arbeidslivets spilleregler*. Oslo, 2006.
- Sundet 2004 Sundet, Tron "Storeng/Beck/Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler I - III*." (bokanmeldelse) *Arbeidsrett* 2004 s. 147-157.
- Woxholth 2005 Woxholth, Geir *Avtalerett*. 5. utgave. Oslo, 2005.
- www.justin.no <http://www.justin.no/art/?id=96> "Oppsigelse før tiltredelse." (november 2007)

Domsregister

Rt. (Norsk Retstidende):

Rt. 2004.76

Rt. 1988.766

RG (Rettens Gang):

RG 2004.1069 Oslo

RG 2003.268 Eidsivating

RG 2002.1522 Eidsivating

RG 1996.798 Hålogaland

RG 1995.980 Oslo

Upubliserte avgjørelser:

Hålogaland lagmannsretts dom av 22.01. 2007 (LH-2006-128613)

Oslo tingretts dom av 24.10. 2006 (TOSLO-2006-42859)

Borgarting lagmannsretts dom av 08.06. 2004 (LB-2004-10508)

Oslo tingretts dom av 13.11. 2003 (03-004712TVI-Otir/04)

NAD (Norsk Arbeidsrettslig Domssamling):

NAD 1988.1365 Sunnhordland

NAD 1987.541 Sør- Gudbrandsdal

NAD 1987.260 Agder

NAD 1986.729 Ringerike

NAD 1981-83.245 Hålogaland

Svenske avgjørelser fra Arbetsdomstolen:

AD 2000 nr. 81

AD 1993 nr. 43

AD 1991 nr. 33

AD 1983 nr. 3

AD 1980 nr. 89

AD 1979 nr. 80

AD 1977 nr. 200

