

UiO : **Det juridiske fakultet**

Opphør av arbeidsavtale før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold

Kandidatnummer: 667

Leveringsfrist: 25. november 2020

Antall ord: 17316



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Oppgavens tema og aktualitet	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Bakgrunn	3
1.4	Begrepsavklaring	4
1.5	Metode og rettskildebilde.....	5
1.6	Avgrensning og presisering	7
1.7	Fremstillingen videre	7
2	FORHOLDET MELLOM ARBEIDSMILJØLOVEN OG ALMINNELIG KONTRAKTSRETT	9
2.1	Innledning	9
2.2	Arbeidsavtale som kontrakt	9
2.3	Forskjellen mellom oppsigelse etter arbeidsrett og heving etter alminnelig avtalerett..	10
2.3.1	Heving av arbeidsavtale etter avtalerett og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven	11
2.4	Oppsummering	14
3	OPPHØR AV GYLDIG ARBEIDSAVTALE FØR TILTREDELSE- NÅR BEGYNNER ARBEIDSMILJØLOVEN Å GJELDE?	15
3.1	Innledning	15
3.2	Hva er en arbeidstaker?.....	16
3.2.1	Når oppstår et arbeidsforhold?	18
3.3	Får stillingsvernsreglene anvendelse før tiltredelse?	21
3.3.1	Hensynet bak stillingsvernsreglene	21
4	HVILKET REGELSETT REGULERER OPPSIGELSE PÅ GRUNN AV ARBEIDSTAKERS FORHOLD FØR TILTREDELSE	24
4.1	Avtalerett eller arbeidsrett?	24
4.1.1	Regelvalg før tiltredelse, før allmenlærerdommen	24
4.1.2	Allmenlærerdommen	25
4.1.3	Juridisk litteratur om obiter dictum- uttalelsen som skjæringstidspunkt.....	30
4.1.4	Underrettspraksis	33
4.2	Hvordan er dette regulert i andre land?.....	38
4.2.1	Svensk rett	38
4.2.2	Dansk rett.....	39

4.3	Oppsummering.....	39
5	RETTSVIRKNINGER AV OPPSIGELSESDGANGEN FØR TILTREDELSE	40
5.1	Innledning	40
5.2	De prosessuelle rettsvirkninger	40
5.3	Rett til erstatning?	42
5.4	Oppsummering.....	44
6	AVSLUTTENDE KOMMENTARER	45
	LITTERATURLISTE.....	47

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

I denne masteroppgaven ønsker jeg å analysere gjeldende rett ved opphør av arbeidsavtalen før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold.

Eksempel på arbeidstakers forhold er når arbeidstaker har gitt manglende opplysninger om seg selv eller på annen måte ikke har gitt tilstrekkelig informasjon som er av betydning for ansettelsen. Det kan også være forhold som oppstår uforutsett, forhold som oppstår på grunn av situasjoner som hverken arbeidsgiver eller arbeidstaker har vært kjent med før inngåelse av arbeidsavtalen. Arbeidsforholdet etableres ved inngåelse av en avtale om ansettelse.¹ Det er vanlig at det går noe tid fra inngåelse av arbeidsforholdet til arbeidstakeren tiltrer stillingen. Tiltredelse kan skje alt fra noen uker til flere måneder etter inngåelse av arbeidsavtalen. Tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse vil først få betydning når avtalen bringes til opphør. Det er et klart skille i arbeidstakers rettigheter og plikter før og etter tiltredelse.² Ulik lovgivning gjør seg gjeldende fra avtalen om ansettelse inngås til den ønskes avsluttet. I utgangspunktet fungerer regelsettene side om side, men i noen tilfeller kan de komme i konflikt med hverandre. Når en av partene ønsker å fri seg fra arbeidsavtalen blir spørsmålet om opphøret av arbeidsforholdet skal reguleres av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler eller av avtalerettslige regler. I denne avhandlingen skal fokuset rettes mot forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved spørsmålet om å bringe en arbeidsavtale til opphør før tiltredelse.

Når to parter inngår en arbeidsavtale, så kan de ønske å fri seg fra arbeidsavtalen. Både arbeidstaker og arbeidsgiver kan i utgangspunktet bringe arbeidsforholdet til opphør. Dersom arbeidstakeren ønsker å avslutte arbeidsavtalen, kan ikke arbeidstakeren frigjøre seg fra alle plikter. Eksempelvis må arbeidstakeren stå i stilling under oppsigelsestiden. Dette medfører sjeldent spesielle problemer. Dersom det er arbeidsgiver som bringer arbeidsforholdet til opphør, kan det imidlertid oppstå mer kompliserte spørsmål.³ Opphør av arbeidsforholdet er regulert av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 15.⁴ Samtidig kan en avtale tilsidesettes etter ugyldighetsgrunner med grunnlag i avtaleloven.⁵ Dermed foreligger det to regelsett som kan gi grunnlag til å bringe en arbeidsavtale til opphør, og derfor blir spørsmålet om hvilket regelsett som skal legges til grunn.

¹ Hotvedt (2017) s. 115.

² Jakhelln (2006) s. 222.

³ Fanebust (2015) s. 229.

⁴ Lov 17.juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljølovens/aml.).

⁵ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven/avtl.), jf. §§ 36 og 39

I prinsippet er arbeidsavtalen en alminnelig kontrakt som inngås basert på alminnelige avtalerettslige regler.⁶ Dermed er kontraktsfrihet det prinsipielle utgangspunktet.⁷ Som brudd med den alminnelige kontraktsfriheten har det utviklet seg en lang rekke bestemmelser og reguleringer som setter begrensninger for hva partene kan avtale i en arbeidsavtale. Arbeidsmiljølovens ufravikelige regler skyver de avtalerettslige prinsipper til side når det gjelder opphør av arbeidsavtalen.⁸ Arbeidsmiljøloven regulerer blant annet arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør på grunn av arbeidstakers forhold etter tiltredelse, jf. aml. kapittel 15.

1.2 Problemstilling

Gjennom oppgaven skal regelverket analyseres med mål om å finne frem til gjeldende rett ved spørsmålet om det er arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler eller avtalerettslige ugyldighetsgrunner som skal anvendes. Hvilke regelsett som benyttes før tiltredelse beror på hvilket skjæringstidspunkt som legges til grunn. I denne sammenheng innebærer skjæringstidspunktet at det er tiden ved avtaleinngåelse eller tiltredelse som er avgjørende for at en ansatt skal anses å være en arbeidstaker, eller for at det skal foreligge et arbeidsforhold.

Situasjonen jeg skal se på er oppsigelse før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold. Problemstillingen er om den nyansatte må sies opp etter samme regler og prosedyre som andre arbeidstakere, eller om arbeidsgiver har rett til å heve arbeidsavtalen uten å følge oppsigelsesprosessen. Hvilke regler som skal komme til anvendelse har stor økonomisk betydning både for arbeidsgiver og for arbeidstaker. Dersom den nyansatte skal behandles som en arbeidstaker, skal arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler komme til anvendelse etter aml. kapittel 15. Dette betyr at det skal gjennomføres en oppsigelsesprosess og at arbeidsgiver som et klart utgangspunkt må betale lønn i oppsigelsestiden. Dette betyr også at arbeidstaker skal stille sin arbeidskraft til disposisjon ut oppsigelsestiden. Dersom arbeidsgiver, derimot kan heve arbeidsavtalen etter avtaleloven, vil dette innebære at partenes rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen bortfaller, og dermed unngår arbeidsgiveren lønnskostnader som følge av oppsigelse og arbeidstakeren fratrer fra sin arbeidspåkt etter arbeidsmiljøloven og arbeidsavtalen.

I den videre fremstillingen skal det tas utgangspunkt i både arbeidsgivers og arbeidstakers ståsted, herunder hensyn og interesser som gjør seg gjeldende for partene ved behandling av problemstillingen.

⁶ Fougner (2016) s. 93.

⁷ Fougner (2016) s. 93.

⁸ Fougner (2016) s. 98, jf. aml. § 1-9.

1.3 Bakgrunn

Spørsmålet om hvilket regelsett som kommer til anvendelse før tiltredelse av arbeidsforholdet er av interesse for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Valg av regler har både praktiske og juridiske konsekvenser for begge parter.⁹ Endringer i arbeidsforholdet har ofte stor sosial, økonomisk og personlig betydning. Eksempler på situasjoner hvor problemstillingen kan bli aktualisert, er for studenter som er på sitt siste år av studiet og som får arbeidsavtale med tiltredelse etter at de fullfører studiet. Andre eksempler er der arbeidsgiver krever sikkerhetsklarering eller der det stilles krav om at arbeidstaker skal ha gyldig oppholdstillatelse i Norge før tiltredelse. Slike forhold kan også oppstå der arbeidstaker har vært straffedømt tidligere uten at dette har vært kjent for arbeidsgiver. Et annet eksempel er der arbeidstakers økonomiske interesser kommer i konflikt med arbeidsgivers interesser, eller når arbeidstaker på grunn av sykdom eller faglige kvalifikasjoner ikke oppfyller kravene ved stillingen likevel.

Spørsmålet om regelvalg for å bringe arbeidsforholdet til opphør før tiltredelse, kan oppstå som følge av forhold som det ikke har blitt informert om fra arbeidstakers side. Å bringe en arbeidsavtale til opphør må ha rettslig grunnlag fordi handlingen i seg selv er svært inngripende. Dette er spesielt inngripende for arbeidstakeren som anses å være den svake part i arbeidsforholdet, og som har et særskilt vern etter arbeidsmiljølovens regler. Videre vil det også bemerkes at både inngåelse og avslutning av arbeidsavtaler i mer eller mindre grad er viktig for begge parter. At arbeidstakeren er kjent for å være den svake part i avtaleforholdet er riktig, spesielt med tanke på motpart som den store og sterke virksomheten. På den andre siden kan det også tenkes at både inngåelse og avslutning av arbeidsavtaler kan ha stor betydning for økonomien og virksomheten i for eksempel et lite og familiedrevent selskap.

Rettighetene og pliktene som partene må forholde seg til er mer omfattende etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler enn etter alminnelig avtalerett. Etter arbeidsavtale er inngått, er det neste steget i arbeidsforholdet at arbeidstaker tiltrer sin stilling. I utgangspunktet finner tiltredelse sted når den ansatte møter frem til avtalt tid for å utføre det avtalte arbeidet.¹⁰ Med andre ord siktes det til en fysisk oppstart av arbeidet. Som nevnt er det ikke unormalt at det går en del tid fra arbeidsavtalen er inngått til tiltredelse finner sted.¹¹ Unntak kan tenkes ved tilfeller hvor den ansatte begynner arbeidet umiddelbart. Et annet unntak er hvor det fastsettes et tiltredelsestidspunkt i avtalen mens arbeidstakeren inntrer arbeidet ved å delta på kurs, møter og andre forberedelser i forhold til arbeidet. Spørsmålet blir deretter om hva tiltredelse egentlig er? Er det når arbeidstakeren får nøkkel første dag på

⁹ Se nærmere i kapittel 2.

¹⁰ Jakhelln (2006) s. 221.

¹¹ Som nevnt i punkt 1.1.

jobb, eller når vedkommende sendes på introduksjonskurs? Hva skjer når arbeidstakeren er med på julebordet i desember og introduseres for alle andre, men har første dag på jobb i januar?

Hvorvidt man befinner seg i stillingsvernsreglene eller avtalerettslige regler beror på om arbeidstaker kan sies å ha tiltrådt stillingen eller ikke. Da må man tolke tiltredelsesbegrepet. Spørsmålet om når tiltredelse kan sies å ha funnet sted er av vesentlig betydning for begge parter i arbeidsavtalen. Der arbeidsgiver etter arbeidsavtalens inngåelse og før arbeidstakers tiltredelse meddeler den ansatte at det ikke blir noe av arbeidsforholdet likevel. Da blir spørsmålet om den ansatte skal gis oppsigelse etter arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppsigelsesvern etter aml. § 15-4. I så fall må tvisten følge arbeidsmiljølovens prosessuelle regler som blant annet innebærer at man har rett til å stå i stillingen, samt rett til forhandling av stillingen. I tillegg til dette kan man velge at de alminnelige kontraktsrettslige regler skal legges til grunn.

1.4 Begrepsavklaring

I denne avhandlingen vil begrepet *heving* brukes ved misligholdsbeføyelser som kan gjøres gjeldende hvis det foreligger vesentlig kontraktsbrudd ved en gyldig avtale.¹² Denne begrepsbruken er i tråd med terminologien som brukes både i juridisk teori og rettspraksis.¹³ Rettsvirkningen av heving er at avtalen settes til side i sin helhet.¹⁴ I denne sammenheng blir heving aktuelt der en part ønsker å bringe arbeidsavtalen til opphør etter alminnelige avtalerettslige regler. Med andre ord blir heving motstykket til oppsigelse og stillingsvernsreglene etter arbeidsmiljøloven.

Motsetningsvis vil *oppsigelse* brukes i de tilfellene hvor arbeidsavtalen skal bringes til opphør etter arbeidsmiljøloven. *Oppsigelse* er den alminnelige måten å gå frem på for å bringe et arbeidsforhold til opphør.¹⁵

Både etter arbeidsmiljølovens regler og etter alminnelige avtalerettslige regler er det adgang til andre opphørsmåter enn oppsigelse. Dersom arbeidsgiver ønsker å påberope arbeidsrettslige regler og skal heve avtalen, kalles denne opphørsmåten avskjed eller avskjedigelse. For at arbeidsgiver skal kunne avskjedige, må det foreligge vesentlig mislighold av arbeidsavtalen, jf. aml. § 15-14.¹⁶ Avskjed går ut på å heve arbeidsavtalen på

¹² Hagstrøm (2011) s. 425-427.

¹³ Jakhelln (2006) s. 227 og Rt-2004-76 avsnitt 47.

¹⁴ Hagstrøm (2011) s. 425-427.

¹⁵ Hagstrøm (2011) s. 39, jf. aml. § 15-4.

¹⁶ Fanebust (2015) s. 235.

grunn av grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen uten en oppsigelsesfrist.

1.5 Metode og rettskildebilde

Lovgivningen i arbeidsretten er omfattende og setter rammene for avtalene. Det er vanlig at spesielle arbeidsrettslige lover kommer til anvendelse i et arbeidsforhold, som for eksempel arbeidsmiljøloven¹⁷ og likestilling og diskrimineringsloven¹⁸. Ved siden av de spesielle lovene kan også generell lovgivning som avtaleloven¹⁹, folketrygdloven²⁰ og forvaltningsloven²¹ får anvendelse i arbeidsforholdet. Store delen av lovgivningen på arbeidsrettsområdet er ment å verne arbeidstakeren. Den er derfor i all hovedsak preseptorisk. Dette betyr at det ikke kan avtales noe som fraviker lovens løsning som er til ugunst for arbeidstakeren.²²

Avhandlingens tema er ikke gitt noen eksplisitt regulering i arbeidsmiljøloven. I den videre fremstillingen vil likevel lovens formålsbestemmelse benyttes som retningslinje ved tolkning av tilgjengelige rettskilder og som rettesnor for de reelle hensynene som er relevante på rettsområdet. Det er heller ikke uttalelser i lovforarbeidene som direkte omhandler denne problemstillingen.²³ Selv om loven og forarbeidene gir lite konkret veiledning, kan reelle hensyn som gjør seg gjeldende på rettsområdet utledes fra disse kildene.

Høyesterettspraksis er en viktig rettskildefaktor innen arbeidsretten, og gjennom rettspraksis blir også rettsregler utviklet og presisert. Det er ikke sjeldent at rettspraksis har foranlediget senere lovgivning basert på enkelttilfeller og resultater som Høyesterett kommer frem til.²⁴ Høyesteretts tolkning av arbeidsavtaler og de hensyn som pekes på av Høyesterett er relevant for å identifisere mulige momenter som er av betydning for å fastlegge hvilke regelverk som skal anvendes.

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

¹⁸ Lov 16. juni 2001 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), også ferieloven.

¹⁹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven/avtl.).

²⁰ Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven/ftrl.).

²¹ Lov 10. februar 1967 om behandlingssaker i forvaltningssaker (forvaltningsloven/fvl.).

²² Jf. aml. § 1-1, jf. § 1-9, hvor loven kun kan fravikes til skade for arbeidstakeren hvor dette er «særskilt fastsatt».

²³ Rt-2004-76 (Allmenlærerdommen) avsnitt 46.

²⁴ Jakhelln (2006) s. 118.

I Rt-2004-76 (Allmennlærerdommen) behandlet Høyesterett spørsmålet om hvorvidt arbeidsgiver måtte bringe arbeidsforholdet til opphør i henhold til arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, eller om det var «*tilstrekkelig å gjøre gjeldende avtalerettslig ugyldighet*».²⁵ I dommen er det lagt til grunn at tiltredelse er skjæringstidspunkt for når stillingsvernreglene etter arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Da blir spørsmålet om partene kan gå fra avtalen etter avtalerettslige regler før tiltredelse, uavhengig av grunn til å bringe avtalen til opphør. Det vil si at det skal tas utgangspunkt i tiltredelse som et skjæringstidspunkt hvor alle tilfeller i praksis skal behandles likt. Det inngås ulike arbeidsforhold med forskjellige bakgrunn mellom partene. Dette gjør at det er vanskelig å anvende en slik generell regel ved alle tilfeller. Derfor kan det reises tvil ved om rettstilstanden er å anse avklart med Høyesteretts uttalelse. Et av de sentrale spørsmålene i saken var nettopp problemstillingen som skal behandles i denne avhandlingen. Dermed er dommen en vesentlig rettskilde for min problemstilling. Dommen vil stå sentralt i drøftelsen videre, hvor dommens premisser og hvordan den skal forstås vil være med på å avklare videre problemstillinger i oppgaven.

Spørsmålet om hvilke regler som gjelder ved oppsigelse før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold er også løst ved bruk av reelle hensyn av Høyesterett i dommen. Fordi arbeidsmiljøloven ikke har en klar rettsregel å tolke ut ifra lovens bestemmelser, må spørsmålet avklares ut ifra den enkelte situasjonen med vekt på reelle hensyn. Hvilket betyr at i denne oppgaven skal reelle hensyn brukes på samme måte som Høyesterett og vil i realiteten få betydelig vekt ved avklaring av spørsmålet. Dette kan utledes både av rettspraksis og juridisk teori.²⁶

Videre er dommens avsnitt 47 som en obiter dictum-uttalelse²⁷ av interesse for videre fremstilling av spørsmålet. Førstvoterende uttalte at arbeidsgiveren kunne bringe arbeidsavtalen til opphør etter avtalerettslige ugyldighetsgrunner, uten å gå veien om stillingsvernsreglene, dersom forholdet ble oppdaget før tiltredelse.

Det er ikke et stort omfang av høyesterettspraksis som behandler oppgavens problemstilling. Derfor vil også underrettspraksis behandles i denne oppgaven. Relevans og vekt av underrettspraksis som rettskilde har blitt diskutert i juridisk teori. Eksempelvis mener Eckhoff at det skal settes et grunnleggende skille mellom Høyesteretts avgjørelser og underretts-

²⁵ Rt-2004-76 avsnitt 46.

²⁶ Se Rt-2004-76 og Jakhelln (2006) s.222-227.

²⁷ Med obiter dictum menes uttalelser som ikke er en del av resonnementet som danner grunnlag for resultatet. Siden obiter-dictum uttalelse ikke er en del av resonnementet som danner konklusjonen, har utsagnet mindre rettskildemessig vekt dersom den er i kollisjon med andre rettsregler. Se, Skoghøy (2018) s. 108.

avgjørelser. Flere forfattere konkluderer med at praksis fra underrettene ikke kan legges vekt som rettskilde for å utlede en rettsregel.²⁸ Derfor vil avgjørelsene fra underrettene i denne oppgaven ikke tillegges vekt som rettskilder. Underrettspraksis kan likevel gi et godt tilfang av illustrasjonsmateriale med hensyn til hvilke momenter og spørsmål som gjør seg gjeldende. Derfor vil disse avgjørelsene hovedsakelig benyttes for å gi praktiske eksempler i oppgaven, i tillegg til også å belyse vurderingsmomentene som brukes av domstolene. I de tilfellene som ikke oppstår så ofte er det, naturlig nok, en mangel på klare rettskilder. Det skal derfor forsøkes å vise til rettspraksis og juridisk litteratur som til sammen har en større autoritet.²⁹

I deler av fremstillingen vil også utenlandsk rett behandles, først og fremst svensk og dansk rett. Grunnen til dette er at svensk og dansk rett tradisjonelt blitt tillagt noe rettskildevekt i norsk rett. Dette er avhengig av hvilket rettsområde vi befinner oss i, som eksempelvis på privatrettens område. Rettssituasjonen innen både arbeidsretten og avtaleretten i disse landene er i stor grad lik den norske.³⁰ Henvisningene til disse landenes teori og rettspraksis vil derfor være av interesse og relevans for å se argumentasjonsverdiene. Videre vil det henvises til retten i disse landene for å eksemplifisere og se sammenhengen av rettsstillingen.

1.6 Avgrensning og presisering

I denne avhandlingen vil kun opphør av arbeidsavtalen i perioden før tiltredelse behandles. Tiden etter tiltredelse som er regulert i arbeidsmiljøloven skal ikke behandles. Likevel skal det tas utgangspunkt i noen av bestemmelsene i aml. kapittel 15 i den videre fremstillingen for avklaring av spørsmålet om hvordan en arbeidsavtale avsluttes før tiltredelse etter stillingsvernsreglene.

I den videre fremstillingen vil det forutsettes at det er inngått en bindende avtale etter tilbud og aksept-prinsippet i avtaleloven.³¹ Jeg vil avgrense mot de tilfellene der det påberopes ugyldighet.³² Dermed skal tilfellene hvor ugyldighet ikke blir påberopt, men at avtalen ønskes å avsluttes på grunn av forhold som oppdages før tiltredelse, behandles.³³

1.7 Fremstillingen videre

I oppgavens kapittel 2 skal det kort redegjøres for forholdet mellom arbeidsmiljøloven og alminnelig kontraktsrett ved opphør av arbeidsavtaler. I pkt. 2.2 vil det kort redegjøres for

²⁸ Eckhoff (2001) s. 162.

²⁹ Eckhoff (2001) s. 162.

³⁰ Jakhelln (2006) s. 99.

³¹ Avtaleloven §§ 2 flg. Jf. Rt-1988-766

³² Sml. Rt-2004-76, hvor spørsmålet om avtalen skal bringes til opphør pga. ugyldighet behandlet av HR.

³³ Se, LA-2019-159441

arbeidsavtale som kontrakt før det skal vises til forskjellene mellom oppsigelse etter arbeidsrett og heving etter alminnelig avtalerett i pkt. 2.3.

Oppgavens kapittel 3 skal handle om opphør av gyldig arbeidsavtale før tiltredelse ved å stille spørsmålet om når arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Med dette skal forsøkes å svare på om loven gjelder helt fra inngåelse av avtaler eller om det først gjør seg gjeldende ved tiltredelse av arbeidet.

I kapittel 4 vil jeg se på hvordan spørsmålet om regelvalg ved oppsigelse før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold har vært behandlet i rettspraksis. Her er særlig Allmenlærerdommen i fokus, men jeg vil også ta for meg noe underrettspraksis. Her vil jeg også se kort på hvordan spørsmålet er behandlet i svensk og dansk rett.

I kapittel 5 skal jeg se på rettsvirkninger av oppsigelsesadgangen før tiltredelse. Dette skal gjøres for å se på de prosessuelle rettsvirkningene som oppsigelsesfrist før tiltredelse.

Oppgaven avsluttes med en oppsummering og konklusjon på problemstillingen, samt noen avsluttende rettspolitiske kommentarer.

2 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven og alminnelig kontraktsrett

2.1 Innledning

I denne fremstillingen går jeg ikke inn på en generell redegjørelse av forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett, fordi temaet vil være svært omfattende og går utenfor rammene i denne oppgaven. Et sideblikk til det innledende forholdet mellom regelsettene er likevel av interesse for den videre fremstillingen. Som tidligere nevnt er rettsstillingen ved spørsmålet om hvilket regelsett som skal anvendes i perioden mellom ansettelse og tiltredelse usikkert.³⁴ Det er derfor av interesse å undersøke om det er eventuelle forskjeller mellom disse reglene. I dette kapitlet skal jeg se på arbeidsavtalen som kontrakt og forholdet mellom regulering av denne etter alminnelig avtalerett og arbeidsmiljøloven.

2.2 Arbeidsavtale som kontrakt

I utgangspunktet er en arbeidsavtale en kontrakt på lik linje med andre typer kontrakter, men den har likevel egenskaper som gir den et særpreg. Historisk sett går den moderne arbeidsretten tilbake til prinsippet om avtalefrihet og at «kontrakter er bindende mellom likeverdige personer som fritt har påtatt seg gjensidige forpliktelser».³⁵

I juridisk teori oppstilles det tre grunnleggende trekk som viser at arbeidsavtalen skiller seg fra andre kontraktstyper.³⁶ Elementene som oppstilles er for det første at den ikke er en rent økonomisk kontrakt. Derimot bygger den på et sosialt forhold, noe som vil si at relasjonen mellom partene i en arbeidsavtale er basert på et personlig bånd og det er «en sosial realitet som gir avtalen en moralsk dimensjon».³⁷

En kontrakt i arbeidsretten inngås stort sett mellom to parter der den ene parten har mer makt enn den andre. Dette kan utfordre begrepet «likeverdige» ved arbeidsrettslige kontrakter. Evju beskriver dette som at «idéen om kontrakter forutsetter et skille mellom personer og ting. Tingene er kontraktens objekter; personene – de handlende – er deres subjekter».³⁸ En slik forståelse av kontrakter er ikke enkelt å foreta på arbeidsrettens område. Fordi arbeidsavtalen

³⁴ Som nevnt i punkt 1.5.

³⁵ Evju (2003) s.5.

³⁶ Evju (2003) s. 6.

³⁷ Hotvedt (2016) s. 53.

³⁸ Evju (2003) s.5.

bygger på en individuell arbeidskontrakt mellom partene hvor «objektet» er arbeidstakerens «arbeidskraft». Etter en slik oppfatning legges det til grunn at arbeidsavtalen er forskjellig fra andre kontrakter. Gjennom avtaler skapes også maktrelasjoner og avhengighetsforhold. Dette er ikke noe som er spesielt ved arbeidsavtaler, men gjør den likevel annerledes.³⁹

For det andre kommer det frem at maktbalansen mellom avtalepartene er ujevn. Det vil si at den sterke parten i avtalen har større makt både ved valg av den ansatte og ved fastsetting av arbeidsavtalen. Videre påpekes det at arbeidsavtalen er en «*ufullstendig*» kontrakt, fordi den ikke regulerer «ydelsene i kontraktsforholdet- partenes gjensidige rettigheter og plikter- i detalj».⁴⁰ Når det foreligger et ubalansert maktforhold blir det også store forskjeller i partenes forhandlingsstyrke, noe som tilsier at arbeidsavtalen inngås mellom ikke jevnbyrdige parter.⁴¹ Forståelsen av at arbeidsavtalen er forskjellig fra andre kontraktstyper er også internasjonalt anerkjent. Det følger av ILOs grunnleggende erklæring punkt 1 a at «labour is not a commodity»⁴², som betyr at «arbeidskraft er ingen vare».

Det siste elementet som skiller en arbeidsavtale fra andre kontraktstyper er dens dynamiske karakter.⁴³ Dette er et viktig kjennetegn ettersom en arbeidsavtale i motsetning til andre kontrakter er i endring avhengig av forholdet mellom partene.

På grunn av sine grunnleggende trekk kan arbeidsavtalen ikke behandles på lik linje med andre avtaler. Dette utgangspunktet er også viktig ved vurdering av spørsmålet om regelvalg når det gjelder tiden etter avtaleinngåelse og før tiltredelse.

2.3 Forskjellen mellom oppsigelse etter arbeidsrett og heving etter alminnelig avtalerett

I det følgende vil det gis en kort fremstilling av reglene etter alminnelig avtalerett ved hevingsadgang og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven. Videre vil det gjøres rede for noen forskjeller mellom oppsigelse etter arbeidsrett og heving etter avtalerett. Forskjellene mellom disse to regelsettene ved spørsmål om oppsigelse og heving gjør at et valg av regelsett kan få stor betydning for partene.

³⁹ Evju (2003) s. 6.

⁴⁰ Evju (2003) s. 7.

⁴¹ Evju (2003) s. 6.

⁴² "ILO DECLARATION OF PHILADELPHIA (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation)" art 1, bokstav a. ILO (International Labour Organisation) den internasjonale arbeidsorganisasjonen som er en særorganisasjon for arbeidslivsspørsmål i FN-sambandet.

⁴³ Evju (2003) s. 7.

2.3.1 Heving av arbeidsavtale etter avtalerett og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven

I det følgende behandles først heving etter de alminnelige kontraktsrettslige regler, deretter oppsigelse etter arbeidsmiljøloven. Videre vises det vekselvis til forskjellene mellom disse to regelsettene. Det sentrale spørsmålet i dette kapitlet er hvilken virkning valget mellom regelsettene vil få for partene ved opphør av arbeidsavtalen, før tiltredelse.

Etter alminnelig kontraktsrett kan oppsigelse forekomme bare ved løpende avtaler, der kontraktsforholdet blir brakt inn til opphør med fremtidig virkning.⁴⁴ Eksempler på avtaler som kan sies opp er en husleieavtale, avtaler om internettabonnement eller strømavtale, eller en arbeidsavtale. Arbeidsforhold er å anse som et løpende kontraktsforhold, fordi oppfyllelse av et arbeidsforhold vil normalt foregå løpende over tid. En oppsigelse er fullt rettsgyldig hvis den er skjedd til rett tid, ved riktig form og har et gyldig materielt grunnlag.⁴⁵ I motsetning til oppsigelse kan man også bringe en avtale til opphør ved heving. En slik opphørsmåte går ut på at partene av et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold ved en ensidig erklæring bringer kontraktsforholdet til opphør fordi avtalen er vesentlig misligholdt.⁴⁶ Et slikt opphør innebærer at den som hever, frigjør seg fra sine egne plikter overfor den annen part og samtidig blir den annen part frigjort fra sine forplikter. For eksempel kan en arbeidsgiver som hever avtalen, frigjøre seg fra å betale lønn til arbeidstakeren og samtidig må beregne at arbeidstakeren også blir frigjort fra sin arbeidsplikt. Begge parter forpliktelse blir rammet av heving. Dette følger også av UNIDROIT Principles art. 7.3.5 (1) at “Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance”.⁴⁷ Imidlertid utelukker heving ikke retten til å kreve erstatning for kontraktsbruddet. Lojalitetsplikt og en rekke andre virkninger av avtalen vil likevel bestå.⁴⁸

Etter arbeidsmiljøloven skal en arbeidsgiver som ønsker å si opp en arbeidstaker drøfte spørsmålet enten med vedkommende eller med dens tillitsvalgte, jf. aml. § 15-1. Med dette får arbeidstakeren rett til å bli kjent med forholdet før vedkommende blir oppsagt. En slik rett til å bli kjent med handlingen gir mulighet til kontradiksjon.

⁴⁴ Hagstrøm (2011) s. 39.

⁴⁵ Hagstrøm (2011) s. 39.

⁴⁶ Hagstrøm (2011) s. 39 se også s. 425.

⁴⁷ UNIDROIT er et organ under Folkeforbundet og har 63 medlemsstater (per 2020), herav de nordiske land.

«UNIDROIT Principles er ikke en konvensjon» og det dreier seg om «anbefalte løsninger». «Det er et omfattende regelverk» som «dekker store deler av avtaleretten og obligasjonsretten.», jf. Hagstrøm (2011) s. 62.

Regelverket i sin helhet finnes på internettsiden:

<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>

⁴⁸ Hagstrøm (2011) s. 39, se også s. 425.

Med utgangspunkt i arbeidsmiljøloven kan et arbeidsforhold bringes til opphør med en oppsigelsestid på «én måned» og at den løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted. Dette kan skje hvis ikke annet er skriftlig avtalt eller fastsatt i tariffavtale, jf. aml. § 15-3.⁴⁹ Ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven må en også følge reglene om formkrav etter aml. § 15-4, krav til skriftlighet. I tillegg til dette kreves også at oppsigelsen skal inneholde opplysninger om arbeidstakers rettigheter og at oppsigelsen gis personlig. Arbeidstaker må også stille med sin arbeidskraft ut oppsigelsestiden.

Dersom en av partene ønsker å heve avtalen etter avtalerettslige regler stilles det derimot ikke krav om drøfting, oppsigelsesfrist og formkrav. Ved heving etter alminnelig avtalerett legges prinsippet om formfrihet til grunn og en kan dermed også heve avtalen muntlig. Det settes ikke krav om skriftlighet, og det er kun anbefalt etter notoritetshensynet. Formkravene som følger av arbeidsmiljøloven er ment å beskytte den svake parten, arbeidstakerens, rettigheter. Dersom formkravene i arbeidsmiljøloven ikke skal anvendes, vil arbeidstakeren komme dårligere ut av arbeidsforholdet. Dette betyr at arbeidstakeren ikke får benytte sine rettigheter etter stillingsvernsreglene på grunn av manglende formkrav og opplysningskrav.

Videre må oppsigelse etter arbeidsmiljøloven være «saklig begrunnet» for at arbeidsgiver skal kunne si opp arbeidstakeren.⁵⁰ Det vil si at det må foreligge gode grunner for å si opp en arbeidstaker. En slik krav om «saklig grunn» gjelder kun når arbeidsgiveren ønsker å si opp avtalen. Imidlertid er arbeidstaker ikke bundet av et slikt krav. Arbeidstaker kan på sin side si opp avtalen uten begrunnelse, men det må også bemerkes at arbeidstaker også må følge reglene ved oppsigelse etter loven, som å fortsette i stillingen ved oppsigelsestiden. Både heving etter avtalerettslige regler og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven er vanlige måter å bringe avtalen til opphør på. Samtidig er det vesentlige forskjeller mellom disse to regelsettene. Blant annet gjelder det ikke et tilsvarende krav om saklig grunn ved oppsigelse etter de alminnelige avtalerettslige regler. Virkningen av en slik forskjell har vesentlig betydning for arbeidsgiveren, ettersom å bringe avtalen til opphør etter arbeidsmiljøloven er vanskeligere enn etter alminnelig avtalerett.

Arbeidsmiljølovens prosessuelle regler åpner også for retten til å kreve forhandlinger og til å fortsette i stillingen mens forhandlingene pågår, jf. aml. § 17-3, jf. § 15-11. En arbeidstaker som blir oppsagt har dermed rett til å forhandle med arbeidsgiveren og kan stå i stillingen i forhandlingstiden. Dersom arbeidsavtalen blir hevet etter avtaleretten har arbeidstakeren

⁴⁹ Aml. § 15-3 se første ledd, jf. fjerde ledd.

⁵⁰ Aml. § 15-7 (1).

imidlertid ikke denne retten. Videre må arbeidstaker som skal bestride lovligheten av en oppsigelse, gjøre dette innen åtte uker etter søksmålsfristen som følger av § 17-4 (1). En slik søksmålsfrist foreligger ikke ved tilfeller der arbeidsavtalen heves etter avtaleretten. Det følger av aml. § 17-1 at særreglene i arbeidsmiljøloven skal utfylles av de alminnelige reglene i domstolloven og tvisteloven⁵¹.

I saker hvor det handler om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven anvendes lovens prosessordning for søksmål som gjelder «rettigheter og plikter» etter arbeidsmiljøloven jf. § 17-1. Denne prosessordningen er ment til å avklare spørsmål innen arbeidsretten raskt og derfor skal domstolsbehandlingen prioriteres. Det følger av § 17-1 (4) at retten skal «påskynde saken» og «om nødvendig» skal også la sakene gå foran i køen. I utgangspunktet skal en arbeidstaker som er usaklig oppsagt få rett til å tre inn i stillingen igjen. Det er derfor viktig med relativt rask behandling av søksmålet. Videre er det også forskjell ved rettens sammensetting, hvor retten settes med meddommere som er oppnevnt etter «forslag» fra partene og som er arbeidslivskyndige, jf. aml. §§ 17-7 (2) og § 17-6. Med dette skal det sørges for at både arbeidsgivers og arbeidstakers interesser blir ivaretatt på en faglig betryggende måte.

Prosessordningen som er nevnt legger til grunn at reglene skal anvendes for «rettigheter og plikter» etter «arbeidsmiljøloven».⁵² Det vil si krav etter avtaleretten vil falle utenfor prosessreglenes anvendelsesområde.

Adgangen til å kreve erstatning er også forskjellig etter arbeidsmiljøloven og alminnelig avtalerettslige regler. Etter arbeidsmiljøloven følger det flere særlige erstatningsregler. Eksempelvis kan en «arbeidstaker kreve erstatning dersom oppsigelsen er i strid med §§ 15-6 til 15-11» etter § 15-12 (2). Etter denne bestemmelsen kan erstatning kreves på grunn av at oppsigelsen er gitt uten saklig begrunnelse. Videre kan det også kreves erstatning ved ugyldig oppsigelse etter § 15-5 (2). Det vil si der oppsigelse er mangelfull eller ikke følger lovens formkrav. Her er det ikke krav om å påvise skyld slik det er etter de alminnelige erstatningsregler. Etter arbeidsmiljøloven er det nok at arbeidsgiveren har gitt en urimelig oppsigelse. Det at arbeidstakeren slipper å påvise arbeidsgivers skyld gjør at reglene om erstatning etter arbeidsmiljøloven er mer gunstige for arbeidstakeren enn ved avtalerettslige erstatningsregler. Dersom oppsigelsen ikke oppfyller kravene etter loven, kan arbeidstaker kreve erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk tap.⁵³ Derimot om en avtale skal

⁵¹ Se Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven/tvl.), se særlig § 1-3, jf. § 19-7.

⁵² Se aml. § 17-1 første ledd.

⁵³ Se aml. § 15-12 annet ledd, jf. § 15-14 fjerde ledd.

heves urettmessig etter avtaleretten er det kun et økonomisk tap som kan dekkes etter alminnelige erstatningsregler. Retten til oppreisning, ikke-økonomisk tap, etter alminnelig avtalerett følger av reglene om skadeserstatning som er både streng og kun får anvendelse i unntakssituasjoner.⁵⁴

2.4 Oppsummering

Det er vesentlige forskjeller mellom avtaleretten og arbeidsmiljøloven ved spørsmål om opphør av arbeidsavtalen. Skillet mellom disse to regelsettene viser seg tydeligst ved de kravene som settes til fremgangsmåten og prosessen som skal følges. Forskjellene er så betydelige at dette får avgjørende konsekvenser for partene i arbeidsavtalen. En arbeidsavtale som sies opp etter arbeidsmiljøloven må følge lovens prosessregler. Imidlertid vil det å heve arbeidsavtalen etter avtalerettslige regler ikke kunne behandles etter disse prosessreglene, men må behandles som en alminnelig sivilrettslig sak. Dette er i seg selv av stor betydning for partene. Mulighet til å heve avtalen etter avtaleretten vil være til størst gunst for arbeidsgiver. Da vil arbeidsgiver kunne fri seg fra arbeidsmiljølovens omfattende saksbehandlingsregler som er nevnt ovenfor.⁵⁵

Arbeidstaker vil være bedre beskyttet av lovens regler ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven. Ved å følge arbeidsmiljølovens prosessregler får arbeidstakeren mulighet til å forhandle med arbeidsgiveren og dette kan også resultere i at vedkommende får stillingen tilbake. Det er også av stor betydning at arbeidstaker ikke kan bli oppsagt uten «saklig grunn». Videre har arbeidstaker etter regelen om oppsigelsesfrist mulighet og tid til å finne seg et nytt arbeid.

Det er viktig å bemerke at i tiden før tiltredelse vil arbeidstaker få en svakere stilling dersom reglene i aml. § 15-7 (1) ikke kommer til anvendelse. Som nevnt tidligere vil arbeidstaker også komme bedre ut av forholdet, dersom de erstatningsrettslige særreglene i arbeidsmiljøloven anvendes.⁵⁶ Det er enklere og rimeligere for arbeidsgiver å følge avtaleretten. Det vil imidlertid være tryggere for arbeidstaker om arbeidsmiljølovens regler brukes. Av hensyn til de betydelige forskjellene mellom anvendelse av avtalerettslige og arbeidsrettslige regler er det viktig å klargjøre hvilke av disse regelsettene som skal anvendes når arbeidsforholdet bringes til opphør før tiltredelse.

⁵⁴ Se Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeerstatningsloven/skl.), se. § 3-5 om ikke-økonomisk tap.

⁵⁵ Som nevnt i punkt 2.3.1.

⁵⁶ Som nevnt i punkt 2.3.1.

3 Opphør av gyldig arbeidsavtale før tiltredelse- Når begynner arbeidsmiljøloven å gjelde?

3.1 Innledning

Det som skal problematiseres i dette kapittelet er situasjonen der arbeidsgiver på grunn av arbeidstakers forhold ikke ønsker at arbeidstakeren skal tiltre stillingen. Eksempelvis når arbeidsgiver viser til forhold som arbeidstakeren befinner seg i, som å være syk, eller hvor arbeidstaker ikke kan oppfylle krav som stilles før tiltredelse. Av den grunn kan arbeidsgiveren ønske å heve avtalen etter alminnelig avtalerett og ikke arbeidsmiljøloven. Det sentrale spørsmålet blir om når arbeidstaker blir beskyttet av arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Om det er fra avtaleinngåelsen, tiltredelsen eller fra det avtalte tiltredelsespunktet i avtalen.⁵⁷ Dette skal forsøkes å besvares ved å stille først spørsmålet om hva en arbeidstaker er, og når får stillingsvernsreglene anvendelse.

I sin obiter dictum-uttalelse i allmennlærerdommen legger retten til grunn at tiden før tiltredelse «vil være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen».⁵⁸ Spørsmålet som oppstår etter denne uttalelsen er om stillingsvernsreglene skal anvendes på stadiet før tiltredelse. Dette spørsmålet får relevans ved to tilfeller. For det første når ugyldighet blir påberopt, hvor spørsmålet blir om tvisten skal løses etter avtalerett eller arbeidsrett. Det andre tilfellet er hvor ugyldighet *ikke* blir påberopt. Eksempelvis når arbeidsgiver meddeler den ansatte etter at arbeidsavtalen inngått, men før tiltredelse har funnet sted, at det ikke blir noe av arbeidsforholdet.⁵⁹ I slike situasjoner blir spørsmålet om det er arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler eller alminnelig avtalerettslige regler som skal legges til grunn før tiltredelse.

Arbeidsmiljøloven angir ikke direkte om lovens regler kommer til anvendelse også for en som ikke har tiltrådt stillingen. Det må derfor tas utgangspunkt i lovens definisjon av «arbeidstaker» for å vurdere når vedkommende omfattes av loven. Det er på det rene at begrepene «arbeidstaker» og «arbeidsforhold» skal ses i sammenheng, da uttrykket «arbeidsforhold» betegner et rettsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.⁶⁰ Det følger av uttrykkene at arbeidsmiljøloven er utformet med tanke på at partene inngår en avtale og at arbeidstaker tiltre stillingen. For å besvare dette spørsmålet, må først spørsmålet om når et arbeidsforhold anses å ha oppstått avklares. En avklaring av dette er nødvendig, ettersom hverken lovens ordlyd, forarbeider eller rettspraksis løser spørsmålet. Ifølge

⁵⁷ Dege (2003) s. 85.

⁵⁸ Rt-2004-76 avsnitt 47.

⁵⁹ Jakhelln (2006) s. 222.

⁶⁰ Skjønberg (2017) s. 48-49.

allmenlærerdommen beror spørsmålet på en konkret vurdering hvor man ser hen til de særegne reelle hensynene som gjør seg gjeldende på arbeidsrettens område.

Videre er det viktig at man ser nærmere på hensynene bak stillingsvernsreglene, for å vurdere om en potensiell arbeidstaker som ikke har tiltrådt stillingen skal beskyttes etter loven.

3.2 Hva er en arbeidstaker?

Inngåelse av en arbeidsavtale er normalt et rettsforhold som skjer mellom to individuelle parter. Den ene parten i avtalen, arbeidstakeren, beskyttes av stillingsvernsreglene.⁶¹ Slik jeg forstår det, er hensynet bak stillingsvernsreglene ment å beskytte arbeidstakeren som er den svake part i avtalen. Det sentrale spørsmålet er når den potensielle arbeidstakeren faller inn under begrepet «arbeidstaker» og er vernet av loven.

Begrepet «arbeidstaker» er definert i aml. § 1-8 første ledd til å omfatte «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». En vanlig språklig forståelse av ordlyden «utfører» tilsier at det er bare personer som faktisk er i arbeid og jobber for en annen, som omfattes av begrepet.⁶² I tillegg vil en naturlig språklig tolkning av begrepet «utfører» tilsi at det omfatter arbeid som gjøres i nåtid, og at det ikke er tale om arbeid som er ferdig utført. Det vil si at personer som ikke utfører arbeid er ikke omfattet av begrepet. Hvis man skal legge til grunn en slik forståelse av begrepet «utfører» vil dette si at en som har inngått arbeidsavtale, men som ikke har tiltrådt, ikke er omfattet av begrepet.

Det er imidlertid ingen uttalelser om begrepet «utfører» i lovens forarbeider som kan bidra til forståelsen av begrepet. Begrepsavklaringen i forarbeidene er rettet mot å avklare uttrykket «i en annens tjeneste», som er relevant for å skille mellom en arbeidstaker og en oppdragstaker. «I tjeneste» er en mindre aktiv beskrivelse enn «utfører». Dermed er det ikke mulig å utlede en tolkning eller forståelse av begrepet «utfører» ut fra forarbeidene. At forarbeidene ikke utdyper hva det skal ligge i «utfører» arbeid, kan bety at begrepet ikke er ment å tolkes helt bokstavelig. En helt bokstavelig tolkning av begrepet vil medføre at alle som ikke utfører arbeidet faller utenfor, for eksempel de som er sykmeldt eller er permittert. Etter rettskildeprinsippene skal lovteksten vektles tyngre enn forarbeidene.⁶³

På den annen side anføres det under drøfting av arbeidstakerbegrepet i forarbeidene at «[e]n person skal regnes som arbeidstaker i lovens forstand hvis tilknytningen til arbeidsgiver reelt

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73, under 6.1: «Lovens arbeidstakerbegrep – hvem er beskyttet av lovens bestemmelser».

⁶² Se for tolkning av begrepet «utfører» Aas (2010) s. 33.

⁶³ Monsen (2012) s. 30-31.

sett har karakter av et ansettelsesforhold. Det skal foretas en helhetsvurdering av samtlige omstendigheter i avtaleforholdet».⁶⁴ Dette kan forstås som et utgangspunkt om at ved lovens formulering oppstilles det et krav om et tilsetningsforhold. Dette kan innebære at det holder med at det er inngått en skriftlig arbeidsavtale. Videre følger det av forarbeidene at det ikke er nødvendig at det er inngått «noen formell arbeidsavtale» for at vedkommende kan sies å være ansatt. Uttalelsen kan tolkes dithen at dersom det ikke er et krav om en formell ansettelse, kan det heller ikke kreves tiltredelse av arbeidet for at man skal omfattes av begrepet arbeidstaker. En slik forståelse kan støttes av uttalelsen fra NOU til helseopplysninger i arbeidslivet om at «[i] motsetning til arbeidssøkeren er arbeidstakerne omfattet av arbeidsmiljøloven. Etter ansettelsen vil arbeidsmiljølovens regler sette skranker for arbeidsgiver til å si opp eller avskjedige en arbeidstaker».⁶⁵

Videre er det heller ikke noe rettspraksis som behandler begrepet «utfører» ved definisjon av arbeidstakerbegrepet. Det er lite som tilsier at begrepet «utfører» skal forstås som «tiltredelse» av arbeidet. De tilfellene der begrepet er tolket i rettspraksis, er som tidligere nevnt kun ved fastleggelse av ordlyden «i annens tjeneste».⁶⁶ Begrepet er å forstå som et resonnement om hva som forventes av en arbeidstaker i arbeidet. Den nærmeste uttalelsen en kan vise til fra rettspraksis er Borgarting lagmannsretts uttalelse om at «lovens ramme er knyttet til bl.a. arbeidstakerbegrepet», og at «fortolkningen av dette begrep er grunnleggende for rettsvernet som lovgivningen tar sikte på å gi arbeidstakerne».⁶⁷ Det er hensiktsmessig å tolke arbeidstakerbegrepet i lys av hensynene bak stillingsvernsreglene og hvem som har behov for beskyttelse etter loven.

En slik tolkning støttes også av juridisk teori. Jakhelln kommer også til den konklusjon at ordlyden, isolert sett, ikke kan tillegges avgjørende vekt. Han mener at spørsmålet om hvorvidt en avtalepart skal få beskyttelse etter stillingsvernsreglene før tiltredelse må avgjøres etter reelle hensyn.⁶⁸ Videre mener han at en slik tolkning av arbeidstaker begrepet ikke anses å være tilsiktet. Dermed må det heller tas utgangspunkt i en totalvurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i det foreliggende forholdet, enn å legge vekt på en snever tolkning av ordlyden. Gode grunner taler for at enhver som inngår en bindende arbeidsavtale, uavhengig om de faktisk «utfører» arbeid, og som har behov for vern etter arbeidsmiljøloven omfattes av arbeidstakerbegrepet.⁶⁹

⁶⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 73 under pkt. 6.1.1.

⁶⁵ NOU 2001:4: Helseopplysninger i arbeidslivet s. 85 under pkt. 9.1.2.3 «I arbeidsforhold».

⁶⁶ Som nevnt under samme punkt (3.2)

⁶⁷ LB-2003-442, det er lagmannsrettens avgjørelse i dommen Rt-2004-76 (allmenlærerdommen).

⁶⁸ Jakhelln (2006) s. 223.

⁶⁹ Aml. § 1-8 første ledd.

Videre er det av interesse å se på en tilnærming fra utenlandsk rett på dette spørsmålet. I motsetning til arbeidsmiljøloven definerer verken dansk eller svensk rett begrepet arbeidstaker. Det følger av dansk juridisk teori at det finnes forskjellige definisjoner av begrepet fra lov til lov, slik at en tolkning av dette må være basert på en konkret vurdering i relasjon til de regelsettene som foreligger.⁷⁰ Videre ble det foreslått en lovendring i Sverige med forslag til LAS⁷¹ § 1 i 1993 at «*med arbeidstagere avses den som enligt ett avtal och inom ramen för ett anställningsförhållande själv skall arbeta för någon annans räkning mot ersättning*».⁷² Denne uttalelsen er å forstå som at arbeidstaker er en person som inngår en avtale og som skal arbeide for en annen, uten krav til tiltredelse.⁷³

3.2.1 Når oppstår et arbeidsforhold?

Spørsmålet er fra hvilket tidspunkt et arbeidsforhold oppstår.

Begrepet «arbeidsforhold» følger ikke av lovteksten, og det er heller ikke presisert i forarbeidene hva som omfattes av begrepet. Begrepet er brukt som kapitteloverskrift i arbeidsmiljølovens kapittel 15 som heter «opphør av arbeidsforhold». Ettersom begrepet ikke er lovregulert kan det heller ikke legges avgjørende vekt på denne formuleringen av hensyn til rettskildeprensippene.⁷⁴ Etter en vanlig språklig forståelse kan begrepet forstås som forholdet mellom arbeidsgiveren og arbeidstakeren, som etableres ved at partene blir enige om enkelte rettigheter og plikter etter arbeidsavtalen. Partene i en arbeidsavtale inngår en avtale om ansettelse i en stilling og ved avtalen blir de enige om forhold som angår arbeidet. Etter en slik språklig forståelse av begrepet er det hensiktsmessig å legge til grunn at et arbeidsforhold fastsettes *tidligst* ved inngåelsen av arbeidsavtalen.

Med en slik forståelse av begrepet vil det ikke foreligge et arbeidsforhold før det er inngått en bindende avtale mellom partene. Følgelig vil forholdet etter tiltredelse av stillingen, hvor arbeidstakeren begynner i arbeidet, klart være et arbeidsforhold. Det tvilsomme er imidlertid hvordan tiden der det er inngått en arbeidsavtale, men hvor tiltredelse ikke har skjedd, skal defineres.

⁷⁰ Nielsen (2020) s. 285-287.

⁷¹ Lag om anställningsskydd, 1982:80 (Svenske arbeidsmiljøloven, forkortet LAS)

⁷² SOU 1993:32 s. 13 forslag til lovendring i 1993 til LAS § 1. Det er viktig å bemerke forarbeidets rettskildemessige vekt, hvor den var et forslag til lovendring som ikke gikk gjennom, s. Aas (2010) s. 35.

⁷³ Aas (2010) s. 34.

⁷⁴ Monsen (2012) s. 30-31.

Det er ulik tilnærming i juridisk litteratur til spørsmålet om et arbeidsforhold oppstår ved arbeidsavtalens etablering eller ved tiltredelse av arbeidet, med tanke på anvendelse av stillingsvernsreglene.

Dege mener ved inngåelse av en arbeidsavtale om fremtidig tiltredelse, blir den potensielle arbeidstakeren ikke arbeidstaker hos sin fremtidige arbeidsgiver før selve tiltredelsen, og dermed etableres det ikke arbeidsforholdet ved avtaleinngåelsen.⁷⁵ Dette begrunner han i at «den nye arbeidsgiveren ikke kan utøve noen myndighetsutøvelse over sin kontraktspart» og at «den potensielle arbeidstakeren har heller ingen plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon mot vederlag før tiltredelsen»⁷⁶. Dermed konkluderer han med at «før tiltredelsen foreligger en ansettelseskontrakt og ikke et arbeidsforhold»⁷⁷. Videre argumenterer han for sitt standpunkt ved å henvise til ferielovens § 5 og mener at denne loven har gjort dette ganske klart gjennom formuleringen «arbeidstaker som tiltrer ...».⁷⁸ Han trekker dermed slutningen om at det er ikke nok med en arbeidskontrakt, men at det må foreligge tiltredelse, for at det anses å foreligge et arbeidsforhold. Videre mener han at det neppe er hensiktsmessig å ha to ulike oppfatninger av denne forståelsen i henholdsvis arbeidsmiljøloven og ferieloven. Med en slik tilnærming prøver Dege å trekke paralleller mellom rettigheter som oppstår for en arbeidstaker i ferieloven og i arbeidsmiljøloven. En slik forståelse følger også av Rt-2013-354, hvor det uttales at «arbeidstakerbegrepet i ferieloven skal forstås på samme måte som i arbeidsmiljøloven».⁷⁹ Som tidligere nevnt er tiltredelsestidspunktet skjæringstidspunktet for når rettighetene etter arbeidsmiljøloven gjelder for arbeidstaker.⁸⁰

På den andre siden fremholder Jakhelln at «arbeidsrettslige regler skal komme til anvendelse må det foreligge et arbeidsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som går ut på at arbeidstakeren stiller sin arbeidskraft til arbeidsgivers disposisjon for å utføre nærmere angitte arbeidsoppgaver».⁸¹ Jakhellns uttalelse kan forstås slik at han vil fremheve at innholdet ved relasjonen mellom partene må være basert på en avtale og at det er avtaleaspektet som han ønsker å vise frem. Dette synet bør sees i sammenheng med hans tolkning av arbeidstakerbegrepet, jf. punkt. 3.2. Å kalle relasjonen mellom partene for et arbeidsforhold er nærliggende. Fordi en arbeidstaker vil etter en konkret vurdering ha behov for stillingsvern etter loven.

⁷⁵ Dege (2003) s. 85.

⁷⁶ Dege (2003) s. 85-86.

⁷⁷ Dege (2003) s. 85-86.

⁷⁸ Dege (2003) s. 86 med henvisning til Ot.prp.nr. 54 (1986-87) s. 137.

⁷⁹ Se Avlaster I dommen (Rt-2013-354) avsnitt 38, jf. ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73.

⁸⁰ Som nevnt i punkt. 1.2 og 1.5.

⁸¹ Jakhelln (2006) s. 26.

Synspunktet om et arbeidsforhold anses å være inngått ved inngåelse av arbeidsavtalen får også støtte av nyere litteratur. Skjønberg mener at ved inngåelse av arbeidsavtale, fastsettes det et rettsforhold mellom to individuelle parter. Videre slår han innledningsvis fast at arbeidsforhold er det samme som ansettelsesforhold og at arbeidsforholdet etableres ved arbeidsavtalen uten å problematisere dette nærmere.⁸² Fougner støttet seg også til denne forståelsen av begrepet arbeidsforhold, ved å si at begrepet «arbeidsforhold» ikke er legaldefinert, men at det er alminnelig å bruke uttrykket om avtalerelasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Han presiserer også at det bare er avtale mellom disse partene som er omfattet av uttrykket arbeidsforhold. Videre mener han at ettersom arbeidsgiver- og arbeidstakerbegrepet er definert i loven, gir dette indirekte uttrykket «arbeidsforhold» et bestemt rettslig innhold. Han presiserer at arbeidsavtalen er «*kontrakten mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som konstituerer arbeidsforholdet ... der det foreligger en arbeidsavtale vil det dermed også eksistere et arbeidsforhold*».⁸³ Til sammenligning viser Fougner også til svensk og dansk rett om at det er helt avgjørende at det foreligger en avtale mellom partene om arbeidets utførelse. Dermed anses det å foreligge et arbeidsforhold.⁸⁴

Etter mitt syn er det uheldig å legge vekt på tiltredelse som skjæringspunktet for å fastlegge når arbeidsforholdet oppstår. Det er på det rene at det foreligger et arbeidsforhold mellom partene fordi det ved inngåelse av en arbeidsavtale fastsettes en relasjon mellom partene. Videre er et arbeidsforhold basert på en dynamisk relasjon. Et fremtidig arbeidsforhold vil for eksempel ofte medføre konkrete, faktiske forberedelser for begge parter. Etter at arbeidstaker har inngått en arbeidsavtale med arbeidsgiveren innretter begge parter seg om de er bundet av avtalen. Dermed kommer det en rekke forberedelser for begge parter som en selvfølge. Med andre ord er et arbeidsforhold ikke kun noe som skjer i teorien, men det handler heller om realitetene.

Arbeidstakeren som inngår en arbeidsavtale forholder seg til dette. Med tanke på en ny jobb er det naturlig å tenke på endringer i arbeidstakerens individuelle liv. Eksempelvis å flytte nærmere jobben, endring av partnerens arbeidssted og å tilrettelegge transport fra og til jobben.⁸⁵ Videre kan man også tenke seg at for en som allerede har signert en arbeidsavtale, er det lite sannsynlig at personen søker andre jobber. Det er videre helt vanlig at en som får seg

⁸² Skjønberg (2017) s. 48-29 og s. 21.

⁸³ Fougner (2016) s. 20.

⁸⁴ Fougner (2016) s. 19.

⁸⁵Se TSTAV-2011-81051 fra Stavanger tingrett som illustrasjon på at i det tilfellet hadde den potensielle arbeidstakeren innrettet seg at de hadde en avtale og hadde flyttet på grunn av det.

ny jobb slutter i sin tidligere stilling. Det kan gis flere eksempler på at arbeidstaker foretar flere endringer i sitt liv fra avtaleinngåelse og til tiltredelse.

Dessuten innretter også arbeidsgiveren seg etter avtalen. En arbeidsgiver må også forberede seg på at den nye arbeidstakeren tiltrer stillingen og må være forberedt. En arbeidsgiver etter å ha signert en arbeidsavtale, antar å ha ansatt en arbeidstaker og må eksempelvis ordne en del papirarbeid, opplæring og kontorplass. At avtaleinngåelse for begge parter innebærer en del konkrete konsekvenser og plikter av å være parter av avtalen, tilsier at det er nærliggende å legge til grunn at arbeidsforholdet foreligger fra det tidspunktet avtalen inngås.

Det er flere momenter som spiller inn ved spørsmålet om det foreligger et arbeidsforhold før tiltredelse eller ikke. Det må vurderes om en slik tolkning vil ivareta hensynet bak stillingsvernsreglene, som tilsikter å beskytte arbeidstakeren mot urettmessig behandling ved oppsigelse. Spørsmålet er om arbeidstaker allerede ved avtaleinngåelsen har behov for vern etter stillingsvernsreglene, eller om vernet først gjør seg gjeldende etter at arbeidstakeren tiltrer stillingen.

3.3 Får stillingsvernsreglene anvendelse før tiltredelse?

3.3.1 Hensynet bak stillingsvernsreglene

At arbeidsavtalen inngås mellom to parter etter tilbud-aksept prinsippet, betyr ikke at den er helt lik andre typer kontrakter. Arbeidsavtalen går ut på det enkelte individets arbeidskraft mot vederlag fra arbeidsgiveren. Det er dermed ikke tale om en gjensidig avtale som går ut på handelsvare mot vederlag. Det legges til grunn at salg av arbeid ikke er salg av vare, men det er menneskets arbeidskraft. I utgangspunktet går arbeidsforholdet ut på et «underordningsforhold» hvor den svake parten, arbeidstakeren, skal tjene en annens virksomhet. Den sterke parten, arbeidsgiveren, skal videre ha makten til å ta avgjørelser og sette rammene for forholdet mellom virksomheten og arbeidstakeren.

Som tidligere nevnt i kapittel 2, legger Evju til grunn at arbeidsavtalene ikke er rent økonomiske og at de er «ufullstendige» kontrakter. I tillegg legges det til grunn at partene som inngår en arbeidsavtale ikke er «likeverdige-jevnbyrdige».⁸⁶ At arbeidsavtalene ikke er «likeverdige-jevnbyrdige» sikter det til at arbeidsgiveren er den som har materielle ressurser, som kan velge arbeidstakerne og som har kontroll over vilkårene i kontrakten. Videre legges det til grunn at ved arbeidsavtalen etableres det en «*dynamisk relasjon der videre regulering*

⁸⁶ Se pkt. 2.2 under kapittel 2.

både er forutsatt og nødvendig».⁸⁷ Et slikt kjennetegn skiller arbeidsavtalen fra andre typer avtaler og gir arbeidsforholdet «en spesiell karakter».⁸⁸

Disse grunntrekkene ved arbeidsavtalen gjenspeiles også ved etablering av stillingsvernsreglene. At arbeidsavtalen ikke skal forstås som en ren økonomisk kontrakt som er basert på den «frie» avtalen, er bakteppet for vernelovgivning som regulerer forholdet.⁸⁹ Å ha et arbeid å gå til er ikke bare viktig på grunn av dens økonomiske gevinst, men fordi den også har stor sosial og mental betydning for den enkelte. Å miste et slik forhold resulterer at den enkelte havner i en situasjon som påvirker dens liv både økonomisk, sosialt og mentalt. Dermed vil det å bringe et arbeidsforhold til opphør kreve saklig grunn og være foretatt på riktig fremgangsmåte. En av hovedgrunnene til at vi har stillingsvernsregler er for å ha et balansert rettsforhold mellom partene i arbeidsavtalen. Spørsmålet videre er om en slik forståelse av arbeidsavtalen og dens betydning for partene også gjør seg gjeldene før tiltredelse.

Arbeidsmiljølovens regler har som mål å verne arbeidstakerne enten fordi de er utsatt for helseisiko eller fordi de er ansett som «den underlegne part i kontraktsforholdet med arbeidsgiver».⁹⁰ Et av hovedformålene til loven er å sikre «trygge arbeidsforhold», jf. aml. § 1-1 bokstav b. I forarbeidene kommer det frem at formuleringen «trygge tilsetningsforhold» er et eksempel på at dette er et av «lovens bærende hensyn og speiler således særlig reglene om stillingsvern».⁹¹ Videre fremholdes det at «en av arbeidsmiljølovens målsettinger er å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker».⁹² Med «trygge ansettelsesforhold» forstår man det som et formål om å verne individet i arbeid. En vanlig språklig forståelse av «trygghet» i aml. § 1-1 i denne sammenheng er en økonomisk og sosial beskyttelse av arbeidstaker, men verneformålet omfatter også mer enn økonomisk vern.⁹³

At stillingsvernsreglene skal sikre «trygghet» for arbeidstakerne, gjenspeiles også ved aml. § 15-7 første ledd om at arbeidstaker vernes mot «usaklig oppsigelse». Etter et forutsigbart ansettelsesforhold, pålegges arbeidsgiveren krav om saksbehandling og opplysningsplikt ved en eventuell oppsigelsesprosess. Videre uttales det i forarbeidene at formålsbestemmelsene er ikke kun veiledende, men at de også har en realitet. Det vil si at tolkning av «lovens

⁸⁷ Evju (2003) s. 7.

⁸⁸ Evju (2003) s. 7.

⁸⁹ Hotvedt (2016) s. 53-54.

⁹⁰ Fougner mfl. (2003) s. 65.

⁹¹ Se NOU 2004:5 s. 140.

⁹² Se NOU 2004:5 s. 288, under kapittel 15 «stillingsvern».

⁹³ Hotvedt (2016) s. 92.

*materiellrettslige bestemmelser skal skje i lys av formålet og formålsangivelsen kan derfor etter omstendighetene være avgjørende for tolkningsresultatet».*⁹⁴ Med andre ord bør en vurdering av lovens anvendelsesområde være i samsvar med lovens formål og de hensynene som gjør seg gjeldende.

Et annet relevant spørsmål er om forholdet mellom partene er å anta som likeverdige og jevnbyrdige før tiltredelsen. Dersom det er tilfelle, kan det tale for at stillingsvernsreglene ikke er nødvendige før etter tiltredelse. Hvis det skal legges til grunn at arbeidsforholdet først oppstår ved tiltredelse, kan det også tenkes at forholdet mellom partene er å betrakte som jevnbyrdige før tiltredelse. Dette kan avvises, fordi allerede før avtaleinngåelsen er det arbeidsgiver som har makten til å sette rammene og vilkår for et eventuelt arbeidsforhold. Videre har arbeidstakeren i de aller fleste tilfeller lite innvirkning på avtalens vilkår og er allerede å anse å være i et underordnet forhold til arbeidsgiveren. I tillegg til dette antas arbeidsgiveren å ha en styringsrett allerede fra avtaleinngåelsen.⁹⁵ Dermed er det nærliggende å legge til grunn at det ikke finnes holdepunkter for at det foreligger et jevnbyrdig forhold mellom partene før tiltredelse.

Gjennom arbeidsmiljølovens regler har lovgiveren forsøkt å skape et balansert maktforhold mellom partene. Som tidligere nevnt må det etter aml. § 15-7 foreligge saklig grunn for at en arbeidstaker skal bli oppsagt av sin arbeidsgiver. Kjernen i bestemmelsen er «*forbudet mot at arbeidstakeren sies opp uten at det saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold*».⁹⁶ Loven er basert på en konkret vurdering av den enkelte arbeidstakers situasjon og det må foreligge gode grunner for å si opp en arbeidstaker og dermed er terskelen høy.⁹⁷ Videre er rimelighetshensynet knyttet til den oppsagte av stor betydning.⁹⁸

Lovens formål og rimelighetshensynet må få betydning for tolkningen av bestemmelsen om å si opp en arbeidstaker. Hensynet bak stillingsvernsreglene og rimelighetshensynet, vurdert i sammenheng med arbeidstakerbegrepet, taler for at den ansatte skal anses å være arbeidstaker helt fra avtaleinngåelsen. I den videre fremstillingen skal dette legges til grunn.

⁹⁴ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 68.

⁹⁵ Jakhelln (2006) s. 227.

⁹⁶ Fougner mfl. (2003) s. 631 (note til aml. § 60 av 1977).

⁹⁷ Fougner mfl. (2003) s. 632.

⁹⁸ Fougner mfl. (2003) s. 632.

4 Hvilket regelsett regulerer oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold før tiltredelse

For å svare på dette skal det tas utgangspunkt i rettspraksis og andre relevante kilder. Det er vel å merke lite rettspraksis vedrørende opphørsadgang og regelvalg før tiltredelse.

Rettspraksis av interesse vil for det være den tidligere nevnte høyesterettsdommen Rt-2004-76.⁹⁹ Derfor skal det sees på relevans og vekten dommen har for spørsmålet om oppsigelse av gyldig inngåtte arbeidsavtaler i perioden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse. Det foretas en drøftelse av dommens obiter dictum-uttalelse for å vurdere hva som kan utledes av dommen med relevans for problemstillingen om regelvalg før tiltredelse. Videre kan det ses hen til LA-2019-159441 som er den nyeste praksisen som behandler spørsmålet. Det skal også vies oppmerksomhet til en del juridisk litteratur og underrettspraksis, før det til slutt skal vises til et innspill fra utenlandsk rett. Før vurdering av rettspraksis skal i det følgende kort redegjøres for rettsstilstanden i juridisk litteratur før allmenlærerdommen.

4.1 Avtalerett eller arbeidsrett?

4.1.1 Regelvalg før tiltredelse, før allmenlærerdommen

Usikkerheten ved spørsmålet om regelvalg før tiltredelse har til en viss grad blitt berørt også før allmenlærerdommen. Spørsmålet som blir berørt retter seg mot avtaler hvor ugyldighet blir påberopt. Det følger av lovkommentar til arbeidsmiljølovens § 56 i lov av 1977 (aml. før revisjonen i 2005) at dersom arbeidstaker ikke har de nødvendige kvalifikasjoner for stillingen, vil det kunne lede til at selve arbeidsavtalen er ugyldig og at stillingsvernsreglene ikke vil kunne komme til anvendelse.¹⁰⁰ Fougner mener at slik mangel på nødvendig kvalifikasjon kan sammenlignes med bristende forutsetninger, som må legges til grunn for arbeidsavtalen.¹⁰¹ Videre har han lagt til grunn at når det foreligger kompetansesvikt for stillingen er det naturlig å avslutte avtalen etter avtalerettslige regler.¹⁰²

Spørsmålet om regelvalg før tiltredelse ved gyldige avtaler er ikke direkte berørt. I den sammenheng uttaler Fougner kort at «[e]tter inngåelse av gyldig arbeidsavtale skyves avtalelovens prinsipper imidlertid mer i bakgrunnen».¹⁰³ Dette er fordi reglene som gjelder

⁹⁹ Allmenlærerdommen.

¹⁰⁰ Fougner mfl. (2003) s. 579.

¹⁰¹ Fougner (1999) s. 174.

¹⁰² Fougner (1999) s. 176.

¹⁰³ Fougner (1999) s. 176.

for opphør av arbeidsavtalen er undergitt arbeidsmiljølovens preseptoriske lovgivning.¹⁰⁴ Her skiller han ikke mellom tiden før og etter tiltredelse, og tar heller utgangspunkt i avtalens inngåelse. Uttalelsen kan forstås dithen at for arbeidsavtaler som er gyldig inngått skal det ved opphør av disse anvendes arbeidsmiljølovens regler.

Videre er også rettspraksis fra tiden før Rt-2004-76 begrenset. Det var Rt-1988-766 (Gravid vikar- kjennelsen) som ga retningslinjer, som senere har blitt tolket slik at avtaleretten skal komme til anvendelse før tiltredelse.¹⁰⁵ Faktum i saken var at en arbeidstaker ikke hadde opplyst om at hun var gravid ved jobbintervjuet. Da hun skulle bekrefte ansettelsen opplyste hun om at hun skulle søke permisjon på grunn av graviditeten om en måneds tid. Stillingen skulle vare i fire måneder og om hun skulle ta permisjon ville hun kun være i stillingen i én måned. Høyesteretts kjæremålsutvalg drøftet om fortielsen om graviditeten førte til at arbeidsavtalen var ugyldig. Retten la til grunn at bristende forutsetninger måtte tilsi at arbeidsavtalen kunne settes til side etter avtalerettslige regler. Det er på sin plass å bemerke at avgjørelsen i ettertid har blitt kritisert som følge av likestillingsbetraktninger.¹⁰⁶ Etter likestillingsloven § 3 (2) om forbud mot diskriminering på grunn av graviditet, ville avgjørelsen i saken ikke ha blitt det samme i dag. Dette kan støttes av en nyere avgjørelse fra likestillingsnemnda, hvor en gravid kvinne ble nektet jobben og nemnda kom frem til at det var forbudt, slik at vedkommende ble tilkjent både erstatning og oppreisning.¹⁰⁷

4.1.2 Allmennlærerdommen

Allmennlærerdommen handlet om en lærer som var blitt ansatt som allmennlærer ved en Oslo-skole. I søknaden hadde læreren opplyst å være en allmennlærer. I etterkant av avtaleinngåelsen ble arbeidsgiver kjent med at dette var uriktig, da arbeidstaker var utdannet i utlandet. Han måtte ha avlagt en tilleggsprøve i norsk for allmennlærere. Han hadde imidlertid kun avlagt en mindre omfattende prøve som ga vedkommende faglærerkompetanse og ikke kompetanse innen allmennlære. Følgelig hadde læreren ikke fylt de lovbestemte kompetansekravene for allmennlærere. Da arbeidsgiver hevdet at arbeidsavtalen var ugyldig på grunn av arbeidstakers forhold som forelå ved avtaleinngåelsen, hadde arbeidstakeren allerede arbeidet for arbeidsgiveren i omtrent åtte måneder.

Det rettslige spørsmålet ved allmennlærerdommen var et ugyldighetsspørsmål. Med ugyldig arbeidsavtale siktes det til en avtale som kan tilsidesettes på grunn av tilblivelsesmangler eller

¹⁰⁴ Fougner (1999) s. 176.

¹⁰⁵ Fougner (1999) s. 176 og se Rt-2004-76 avsnitt 47.

¹⁰⁶ Se blant annet Hotvedt (2015) s. 331.

¹⁰⁷ Sak 20/57 diskrimineringsnemnda, hele vedtaket i sin helhet:

<https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/2531/anonymisert-vedtak.pdf>

bristende forutsetninger. Dette kan være basert på opprinnelig eller etterfølgende forhold.¹⁰⁸ Opprinnelig ugyldighet foreligger allerede ved avtaleinngåelse, for eksempel når en lærer ikke har tilstrekkelig kompetanse til å være allmennlærer ved avtaleinngåelsen. Etterfølgende ugyldighet oppstår etter avtaleinngåelsen, eksempelvis dersom en student ikke fullfører sin mastergrad. Situasjonen i dommen var at et arbeidsforhold skulle bringes til opphør på grunn av etterfølgende forhold, men hvor den inngåtte arbeidsavtalen hadde vært ugyldig i utgangspunktet. Både arbeidsgiver og arbeidstaker var å bebreide for feilen som var begått.¹⁰⁹

Det er hovedsakelig dommens obiter dictum-uttalelse som er av interesse for spørsmålet i dette kapittelet. Det vil si uttalelser som ikke har vært nødvendig for resultatet, men som likevel kan tillegges en viss vekt.¹¹⁰ I det følgende skal det sees på hvordan uttalelsen i dommen skal forstås.

Høyesterett angir i dommen at det er tiltredelse som er skjæringspunktet for når arbeidsmiljølovens opphørsregler kommer til anvendelse. Ved sin obiter dictum-uttalelse i avsnitt 47 uttaler førstvoterende at *«[d]ersom 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»*. Videre legger Høyesterett vekt på uttalelsene i Gravid vikar- kjennelsen om at kommunen vil ha en slik adgang til å ikke følge arbeidsmiljølovens regler. Det uttales videre at *«i en slik situasjon vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen. Jeg kan heller ikke se at på det stadium foreligger reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller»*.¹¹¹

Høyesterett i obiter dictum-uttalelsen i avsnitt 47 knytter sitt utgangspunkt til Gravid vikar- kjennelsen og vurderer at reelle hensyn ikke trekker i retning for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal få anvendelse før tiltredelse. Det er tydelig at uttalelsen bygger på Gravid vikar- kjennelsen og får støtte av den ved sin slutning. At rettstilstanden om å anvende avtalerett før tiltredelse videreføres fra Gravid vikar- kjennelsen og at dette følges igjen ved allmennlærerdommen, trekker i retning for at obiter dictum-uttalelsen kan være et utgangspunkt til en generell regel. Det vil si dictumet taler for at det er tiltredelse som er skjæringspunktet for når arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse.

¹⁰⁸ Høgberg (2017) s. 133-134.

¹⁰⁹ Se nærmere Rt-2004-76 avsnitt 57, jf. avsnitt 44-45.

¹¹⁰ Eckhoff (2001) s. 172.

¹¹¹ Allmennlærerdommen avsnitt 47.

Et spørsmål er imidlertid om den uttalelsen kan tillegges særlig mye vekt. For det første er konklusjonen i Gravid vikar-kjennelsen i strid med den någjeldende likestillingsloven. En slik forskjellsbehandling er direkte diskriminering.¹¹² Å trekke tilbake tilbudet om vikariat på grunn av graviditet vil også være i strid med likestillingsloven § 5 og kan ikke legitimeres med saklig forskjellsbehandling etter § 6. Begrunnelsen bak uttalelsen har således klare svakheter. Her må likevel bemerkes at Gravid vikar-kjennelsen er kritisert i ettertid på grunn av likestillingsbetraktninger og ikke på bakgrunn av tiltredelse som skjæringstidspunkt.

Videre er det verdt å merke seg at avgjørelsene har ulikt faktum. Ved Gravid vikar-kjennelsen var det kun arbeidstakeren å bebreide for forholdet, men i allmenlærerdommen var begge parter å bebreide for. Dette kan igjen tale mot at uttalelsen i obiter dictum skal gjelde som et utgangspunkt om tiltredelse som skjæringstidspunkt. Det må også bemerkes at sakene også hadde likheter hvor det var tale om at arbeidstakerne hadde oppgitt feil opplysninger ved avtaleinngåelsen.

Høyesterett mener at det ikke foreligger «reelle hensyn av nevneverdig tyngde» som taler for å sette avtalerettslige regler til side. Dette kan igjen tale for at Høyesterett mener at deres uttalelse er en god generell regel som skal følges for et bredt spekter av tilfeller. Derimot kan det stilles spørsmål ved om den uttalelsen kan tillegges særlig mye vekt, da stillingsvernsreglene skal sikre forutsigbarhet for økonomi og for den meningen arbeidet gir. Behovet for forutsigbarhet er også tilstede før tiltredelse.¹¹³ Når det er på det rene at det ikke ble foretatt noen drøftelser av de aktuelle reelle hensynene på arbeidsrettens område, kan det stilles spørsmål til om Høyesteretts uttalelse er holdbar.

Dessuten er det viktig å bemerke at Høyesterett heller ikke behandler spørsmålet om regelvalg før tiltredelse særlig grundig. Dersom uttalelsen var ment å gjelde som en generell regel hvor den skal anvendes ved flere tilfeller, burde retten også behandle spørsmålet om regelvalg før tiltredelse mer inngående.

Ved sin ratio decidendi-uttalelse i avsnitt 46 uttaler førstvoterende at «den problemstillingen som behandles her, er ikke løst i arbeidsmiljøloven. Det kan nok sies at arbeidsmiljølovens *«stillingsvernsregler i og for seg bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, men jeg kan ikke se at en slik- mer teknisk-betraktningssmåte her kan være avgjørende»*. Dersom arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse ved gyldig inngåtte avtaler, vil stillingsvernsreglene gjelde uansett tidspunkt for tiltredelse. Men

¹¹² Se aml. § 13-1 fjerde ledd.

¹¹³ Jakhelln (2006) s. 227-228.

Høyesterett avviser dette i en og samme setning. At det gjøres uten en nærmere behandling av spørsmålet, svekker uttalelsens rettskildevækt.

Generelt om den rettskildemessige vekten av en obiter dictum-uttalelse fremholder Skoghøy imidlertid at *«også perifere rettssetninger og sidebemerkninger bør tillegges prejudikatsverdi. Hvor stor vekt de bør vektlegges, avhenger av en nærmere vurdering, hvor det sentrale er gjennomarbeiding og saklig tilknytning til den rettssetning som danner grunnlaget for avgjørelsen»*.¹¹⁴

Videre uttaler Boe at *«utsagn som ikke er nødvendige for dommen kan tvert om tolkes innskrenkende fordi dommeren har hatt munnen for full, akkurat som lovgivere gjør fra tid til annen»*.¹¹⁵ Høgberg og Sunde uttaler seg slik at *«[d]et må i alle fall være slik at en rettsanvender, Høyesterett medregnet, står friere i å se bort fra obiter dicta enn fra det som var nødvendig for å avgjøre saken»*.¹¹⁶

Obiter dictas rettskildemessige vekt må vurderes etter likhetene mellom dommene som er avgjort, og tvister som oppstår senere.¹¹⁷ Etter dette er det hensiktsmessig å si at for tvister hvor faktumet er betydelig ulikt fra faktumet i Allmenlærerdommen, kan de behandles annerledes enn det obiter dictum-uttalelsen tilsier. Det vil si at i tilfeller hvor arbeidstakeren ikke er å bebreide for bristende forutsetninger, kan resultatet bli annerledes. Eksempelvis en arbeidstaker som blir rammet av en sykdom vil ikke kunne bebreides for det, slik at den generelle regelen etter Allmennlære-dommen vil ikke være anvendelig.

I den grad obiter dictum-uttalelsen skal tillegges vekt, må uttalelsens aktuelle anvendelsesområde vurderes. Det er da viktig å se på om Høyesterett uttaler seg uttrykkelig om tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse. Det følger av uttalelsen at *«på det stadium foreligger det [ikke] reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller»*. Uttalelsen på «dette stadium» er å forstå som at det er ment tiden før tiltredelse. At førstvoterende mener at for tiden før tiltredelse er det ikke reelle hensyn som tilsier at arbeidsmiljølovens regler skal anvendes, kan forstås dithen at det siktes til at dette skal gjelde generelt i alle tilfeller.

Videre sier førstvoterende *«i denne type tilfelle»*. Dette kan først forstås som en uttalelse hvor det siktes til det konkrete tilfellet i dommen, hvor både arbeidstaker og arbeidsgiver kan

¹¹⁴ Skoghøy (2018) s. 149.

¹¹⁵ Boe (2010) s. 301.

¹¹⁶ Høgberg og Sunde (2019) s. 94.

¹¹⁷ Eckhoff (2001) s. 159 og 160.

bebreides for at feilen ikke ble oppdaget før tiltredelse. En slik forståelse kan likevel ikke legges til grunn utelukkende basert på uttrykket. Senere praksis og omtalelser om dommen taler for at uttalelsen er å forstå som en generell regel.¹¹⁸ Det er mer riktig å forstå «denne type tilfeller» som situasjoner hvor én av partene er å bebreide for feil. Etter dommens uttalelse om at det er «avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen» og at det ikke «foreligger reelle hensyn med nevneverdige tyngde», er det riktig å tolke «denne type tilfeller» som situasjoner hvor en av partene ønsker å heve arbeidsavtalen etter avtalerettslige regler før tiltredelse.

Dette følger også av juridisk litteratur hvor Storeng mfl. mener at selv om Høyesterett kom til at tiltredelsen var skjæringstidspunktet for regelvalget i allmennlærerdommen, kan det ikke oppstilles noen generell regel utfra dette.¹¹⁹ De mener det er viktig å understreke at dersom arbeidstakeren ikke hadde vært å bebreide for det inntrufne i dommen, ville Høyesterett ikke vært like snar med å fastslå at kun de avtalerettslige regler kommer til anvendelse frem til tiltredelse. Videre mener de at spørsmålet om hvilke regler som kommer til anvendelse må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle, hvor et sentralt poeng i den vurderingen er om arbeidstaker har behov for et særlig kontraktsvern.¹²⁰ Det er av betydning at ved en slik vurdering er det stor risiko for at arbeidsgiver blir bundet av arbeidsrettslige regler også før tiltredelse, og forfatterne mener at arbeidsgiver må være bevisst på denne risikoen ved ansettelse.

Slik jeg ser det, er obiter dictum- uttalelsen sett i sin helhet å forstå som en generell regel ved opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse.¹²¹ Det vil si at uttalelsen er ment slik at avtalerettslige regler skal komme til anvendelse før tiltredelse av en stilling. Høyesteretts synspunkt om tiltredelse som skjæringstidspunkt ble også fulgt opp i underrettspraksis fra Stavanger tingrett TSTAV-2011-81051 omtalt som «Fetteren til Birgitte Tengs». Saken gjaldt spørsmålet om arbeidsgiveren som var Fokus Bank kunne gå fra ansettelsesavtalen som følge av den ansattes straffeforfølgning med tilknytning til Birgitte Tengs saken. Først la retten til grunn at den tidligere straffeforfølgningen mot arbeidstakeren ikke utgjorde en ugyldighetsgrunn. Videre ble det lagt til grunn at hverken arbeidsmiljølovens prosessregler eller de materielle stillingsvernsreglene kommer direkte til anvendelse.¹²² Dommen er underrettspraksis og

¹¹⁸ Se som illustrasjon LA-2019-159441.

¹¹⁹ Storeng mfl. (2006) s. 53

¹²⁰ Storeng mfl. (2006) s. 53.

¹²¹ Underrettspraksis har fulgt Høyesterettsdommen til tross for kritikken i juridisk litteratur. Se til illustrasjon TOSLO-2018-123985, i denne dommen ble Høyesteretts synspunkt om tiltredelse som skjæringstidspunkt fulgt opp.

¹²² Se TSTAV-2011-81051 s. 14 under «Retten skal bemerke».

derfor vil dens rettskildemessige vekt være omstridt, jf. punkt. 1.4. Avgjørelsen er likevel eksempel på at arbeidsavtaler kan heves etter avtaleretten før tiltredelse.

Jeg vil likevel bemerke at oppfatningen av uttalelsen i teorien er noe delt. Det synes likevel å være enighet om at obiter dictum- uttalelsen til førstvoterende ikke må gis et større anvendelsesområde enn hva som var tilsiktet. Det er også viktig at uttalelsen ikke skal gå utover det som kan forsvares utfra hensynene bak stillingsvernsreglene.

4.1.3 Juridisk litteratur om obiter dictum- uttalelsen som skjæringstidspunkt

I det følgende skal det redegjøres for hvilken rettsregel som argumenteres for av juridisk litteratur når det gjelder spørsmålet om regelvalget før tiltredelse.

Jakhelln er kritisk til at spørsmålet om avtalerettslige eller arbeidsrettslige regler skal komme til anvendelse før tiltredelse skal besvares helt generelt. Han mener at *«de arbeidsrettslige regulerer en rekke forskjellige forhold, hvor svært forskjellige hensyn gjør seg gjeldende, slik at spørsmålet må besvares langt mer nyansert enn med et enkelt standpunkt basert på at tiltredelse utgjør det avgjørende skille»*.¹²³ Ettersom resultatet som følger av disse regelsettene har stor betydning for partene, er det viktig at avgjørelsen av spørsmålet ikke kun er basert på et skille ved tiltredelse.

Som det også følger av juridisk litteratur ved arbeidsrettslige relasjoner er det snakk om spesielle forhold som gjør seg gjeldende i de forskjellige relasjonene.¹²⁴ Tiltredelsens betydning som tidligere nevnt er bare i liten grad nevnt i forarbeidene, og er ikke blitt behandlet på prinsipielt grunnlag. Jakhelln mener at skal det legges betydelig vekt på reelle hensyn ved vurdering av spørsmålet.¹²⁵ At reelle hensyn skal tillegges stor vekt er noe som står i motsetning til vurderingen i Allmennlærerdomen, hvor retten uttalte at det *«ikke foreligger reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller»*, jf. avsnitt 47. Derimot dersom tiltredelse er å anse som skjæringstidspunktet, vil de som blir oppsagt av arbeidsgiver dagen før tiltredelse komme i en svakere posisjon sammenlignet med en som blir oppsagt dagen etter tiltredelse. Hensynet om å verne de ansatte må også gjelde for de som blir oppsagt før tiltredelse, ettersom begge er å anse som «arbeidstakere».

Et annet viktig punkt å bemerke er at det er forventet at arbeidstakers generelle lojalitetsplikt oppstår allerede ved avtalens inngåelse, og kanskje også før den tiden. For eksempel hvis en

¹²³ Jakhelln (2006) s. 222.

¹²⁴ Jakhelln (2006) s 222.

¹²⁵ Jakhelln (2006) s 222.

arbeidstaker uttaler seg kritisk om arbeidsgiver offentlig før tiltredelse, vil dette være i strid med lojalitetsplikten.¹²⁶ Siden det antas at det i arbeidsretten gjelder et generelt saklighetsprinsipp, må også dette saklighetskravet få anvendelse for disposisjoner som kommer mellom avtaleinngåelse og tiltredelse. Dette betyr at arbeidsgiveren får både begrenset styringsretten og at det må antas at vedkommende vil også utøve sin styringsrett i dette tidsrommet.¹²⁷ Det vil si at lojalitetsplikten sammen med saklighetskravet er å anse å være gjeldende også før tiltredelse for begge parter.

Etter juridisk litteratur følger det at saklighetskravet også må legges til grunn slik at det gjelder dersom arbeidsgiver ønsker å heve eller på annen måte avslutte arbeidsforholdet før tiltredelse. For eksempel når arbeidsgiver meddeler at vedkommende ikke har behov for den ansattes tjeneste likevel. Dette utløser spørsmålet om hvilke formkrav og frister som skal følges, eller om arbeidstakeren kan kreve erstatning.¹²⁸ Et eksempel til dette er hvor arbeidsgiver som har en avtale med en student som gjelder etter endt studie og som vil trekke seg fra avtalen før tiltredelse. Et annet eksempel kan være hvor den ansattes økonomiske interesser i et selskap kommer i konflikt med arbeidsgivers interesser. Eller når arbeidstakeren blir rammet av sykdom før tiltredelse og ikke lenger er i stand til å jobbe, og av den grunn ønsker arbeidsgiveren å heve avtalen uten å påberope ugyldighet før tiltredelse. Dette kommer jeg tilbake til ved lagmannsrettsdommen som skal behandles i pkt. 3.3.4.

Det er vel å bemerke at både ved Allmenlærerdommen og Gravid vikar- kjennelsen gjaldt spørsmålet hvor ugyldighet var påberopt. Retten synes å ha lagt til grunn tiltredelse som skjæringstidspunkt med hensyn til at sakens faktum baserte seg på en tilblivelsesmangel som ugyldighetsgrunn. Det vil si at det ikke forelå etterfølgende forhold som bristende forutsetninger. I begge avgjørelser gir Høyesterett uttrykk for at spørsmålet om tiltredelse har skjedd får konsekvenser for så vidt det gjelder formkrav og prosessform.¹²⁹

Slike tilfeller som er ved allmenlærerdommen og Gravid vikar- kjennelsen skjer vanligvis under henvisning til bristende forutsetninger og er eventuelt supplert med påstand om ugyldighet. Det er vanlig å se at arbeidsgiver påberoper at det vil være urimelig å opprettholde arbeidsavtalen etter for eksempel avtalelovens § 36. Med andre ord ønsker arbeidsgiver å avslutte avtalen uten noen etterfølgende forpliktelser og uten økonomiske konsekvenser. Dermed vil etterfølgende ugyldighet være av en annen karakter enn opprinnelig ugyldighet. Jakhelln uttaler at «[d]et synes derfor å burde legges til grunn at arbeidsmiljølovens formkrav

¹²⁶ Jakhelln (2006). 226.

¹²⁷ Jakhelln (2006) s. 227.

¹²⁸ Jakhelln (2006) s. 227.

¹²⁹ Jakhelln (2006) s. 228.

og prosessform bør anvendes i slike tilfeller fordi realiteten i en slik situasjon er at arbeidsgiver bringer en inngått arbeidsavtale til opphør». ¹³⁰ Dette taler for at øvrige regler etter arbeidsmiljøloven også skal komme til anvendelse.

Videre legger Jakhelln til at «[p]resumtivt skal prosessreglene ivareta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når et arbeidsforhold opphører, og de formkrav som knytter seg til oppsigelse og avskjed skal ivareta klarhetsbehovet og arbeidstakernes behov for informasjon om deres rettigheter mv., slik at de kan bli i stand til å ivareta sine interesser. Slik sett kunne meget tale for at inngåelse av arbeidsavtalen ble lagt til grunn som et skille, og at ugyldighetsspørsmål- også for så vidt gjelder opprinnelig ugyldighet- for så vidt ble likestilt med de tradisjonelle opphørsgrunner. Disse vernehensyn gjør seg gjeldende også i ugyldighetssituasjonene, og det kan derfor ikke være treffende å karakterisere forholdet ved at det domineres av «de rent avtalerettslige betraktninger»». ¹³¹

En annen kritikk mot Allmennlærerdommens uttalelse om at det er «de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen», er at det medfører at arbeidsgiver ikke trenger å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljøloven før tiltredelse. Hotvedt mener at vernelovgivningens hovedinnretning er at inngåelse av en arbeidsavtale utløser plikter for arbeidsgiver, og det er trekk ved selve avtalerelasjonen som begrunner verneregler knyttet til den. Derfor må det tas utgangspunkt i at stillingsvernsreglene kommer til anvendelse allerede fra avtaleinngåelsen. ¹³² Videre legger Evju til grunn at dommen ikke berører hvilke regler som får anvendelse ved spørsmålet hvor ugyldighet ikke er påberopt. Hans mening er dermed at «det alminnelige utgangspunkt må – fortsatt – være at det er arbeidsmiljølovens regler som gjelder for begge parter». ¹³³

Det følger av kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven at oppsigelsesvernet inntreer når stillingen er tiltrådt. ¹³⁴ Det vil si at før tiltredelse kan arbeidsforholdet avvikles av begge parter etter alminnelige avtalerettslige regler dersom avtalen er ugyldig. Dette betyr at arbeidsmiljølovens regler om formkrav, frister og vilkår ikke kommer til anvendelse. ¹³⁵ Det er viktig å bemerke at forfatterne kun tar for seg spørsmålet hvor ugyldighet er påberopt. Videre mener de at retten i allmenlærerdommen har satt «døren på gløtt» for at en ugyldighetsgrunn

¹³⁰ Jakhelln (2006) s. 229.

¹³¹ Jakhelln (2006) s. 228.

¹³² Hotvedt (2015) s. 331.

¹³³ Evju (2004) s. 15.

¹³⁴ Johansen og Stueland (2015) s. 694.

¹³⁵ Johansen og Stueland (2015) s. 694.

oppdages få dager etter tiltredelse.¹³⁶ Det vil si retten ikke har kommet med en konkret løsning på hvordan spørsmålet skal løses hvor forholdet oppdages noen dager etter tiltredelse. Dette kan føre til betydelige forskjeller mellom situasjoner.

Forfatterne viser også til at LH-2008-99829 bygger på en forutsetning om at oppsigelsesvernet etter § 15-9 inntreffer før arbeidstakeren har tiltrådt stillingen. Forfatterne mener at *«dette ikke lar seg forene med Høyesteretts dom. Og er ikke holdbart»*.¹³⁷ Saken handlet om en kvinne som hadde meddelt arbeidsgiver om at hun var gravid under ansettelsesprosessen. Av den grunn hadde arbeidsgiver truffet vedtak om å ikke ansette henne. Lagmannsretten kom til at en bindende arbeidsavtale var inngått, da det var enighet om de vesentlige punktene i arbeidsavtalen, selv om avtalen ikke var undertegnet. Dermed ble arbeidsgivers vedtak ansett som ugyldig etter aml. § 15-9 og likestillingsloven § 3 annet ledd. I den forbindelse fikk arbeidstakeren tilkjent oppreisingserstatning. Dette viser igjen at Høyesteretts uttalelse ikke kan antas å være gjeldende for alle tilfeller og at forfatternes synspunkt om at avgjørelsen ikke forenes med Høyesteretts dom er lite reflektert.

4.1.4 Underrettspraksis

4.1.4.1 LA-2019-159441

I LA-2019-159441 var en inngått arbeidsavtale opphørt før formelt tiltredelsestidspunkt, som følge av at arbeidstaker ble rammet av alvorlig sykdom som medførte 100% varig arbeidsuførhet. Hovedspørsmålet i saken var om opphør av arbeidsavtalen skulle skje etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler eller avtalerettslige regler. Et annet sentral spørsmål i saken var om arbeidstaker kunne sies å ha tiltrådt stillingen delvis før det fastsatte tiltredelsestidspunktet, det vil si en delvis tiltredelse.

Det er derfor viktig å stille spørsmålet om det er den formelle tiltredelsen som er fastsatt i avtalen eller den praktiske gjennomføringen av jobben som har betydning for hvilke regler som kommer til anvendelse.

Dommen ser hen til uttalelsen i Allmennlærer-dommen hvor det ble lagt til grunn tiltredelsestidspunktet var skjæringspunktet for når arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse. I den sammenheng uttaler lagmannsretten at *«imidlertid kan avgjørelsen ikke antas å oppstille tiltredelsestidspunktet som en absolutt grense. Unntak kan tenkes hvis arbeidet er påbegynt før avtalt tiltredelse. I slike tilfeller kan arbeidsforholdets start tilsa at vernereglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse selv om avtalt tiltredelsestidspunkt*

¹³⁶ Johansen og Stueland (2015) s. 694.

¹³⁷ Johansen og Stueland (2015) s. 695.

ikke er passert».¹³⁸ Lagmannsrettens vurdering er å forstå som at det skal skilles mellom faktisk oppstart av arbeidsforholdet og tiltredelsestidspunktet som er avtalt. Det medfører at selv om tiltredelsestidspunktet ikke har kommet ennå, kan likevel arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler anvendes.

Lagmannsretten la til grunn at det var *«på det rene at A har levert en ytelse, arbeidspresentasjon, overfor Wike»*.¹³⁹ Retten uttalte videre at det var utvilsomt at A hadde påbegynt et arbeid for arbeidsgiveren mellom avtaleinngåelsen og den avtalte tiltredelsestidspunktet, derfor underbygger dette at partene hadde en felles forståelse at A skulle ta del i driften ved en *«gradvis tiltredelse»*.¹⁴⁰

Etter lagmannsretten må vurderingen bero på en avveiing av forholdet i det konkrete tilfellet. Det vil si en avveining av om det forelå holdepunkter for at arbeidsforholdet allerede hadde startet på en annen måte før avtalt tiltredelsestidspunkt. Ved behandlingen av spørsmålet er det viktig å ta en konkret vurdering av den enkelte sak, for eksempel å se på om partene har faktisk innrettet seg før den avtalte tiltredelsen. Det er også viktig å se på om arbeidstakeren har hatt en berettiget forventning om at arbeidsforholdet er etablert. Eksempelvis når arbeidstaker får rimelig grunn til å tro at arbeidet har startet, ved å få tilgang til jobbens arbeidsmateriale eller ved deltakelse på kurs o.l.

Videre vurderer lagmannsretten Allmenlærerdommen dithen at den ikke tar *«stilling til tiltredelse som absolutt skille, men åpner for å kunne trekke inn de særlige vernehensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete sak»*.¹⁴¹ Vurderingen må derfor bero på om arbeidstakeren har hatt berettiget forventning om at arbeidsforholdet er etablert også før den avtalte tiltredelsestidspunktet.

Et annet spørsmål som reises er hvor forholdet som oppstår er utenfor arbeidstakers kontroll. Vil det tilsi at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal komme til anvendelse uavhengig av tiltredelsestidspunkt? Det følger av dommen at *«forhold utenfor arbeidstakers kontroll, og som gjør at han ikke kan tiltre på det avtalte tidspunkt, kan tilsi at den avtalte tiltredelsesdato skal gjelde– og dermed vernereglene i arbeidsmiljøloven – selv om tiltredelse ikke har funnet sted.»*¹⁴² Dette er å forstå dithen at dersom arbeidstakers forhold ikke stammer fra uriktige opplysninger, det vil si opprinnelig ugyldighet, skal arbeidsmiljølovens regler også gjelde før

¹³⁸ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 1) under lagmannsrettens bemerkninger.

¹³⁹ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 4) under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴⁰ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 4) under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴¹ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 2) Under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴² Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 1) under lagmannsrettens bemerkninger.

tiltredelse. Som utgangspunkt bør stillingsvernsreglene gjelde dersom man tiltrer før avtalt tiltredelse. I tilfelle der tiltredelse utsettes, bør stillingsvernsreglene gjelde fra avtalt tiltredelse så fremt det er arbeidsgiver som ønsker å utsette tiltredelse eller forhold utenfor arbeidstakers kontroll. Eksempelvis ved en uforventet sykdom som rammer arbeidstakeren, eller en student som ikke får godkjent sin utdanning på grunn av forhold som er utenfor vedkommende sin kontroll og vilje.

Videre må prinsippet om lojalitet også vektlegges ved arbeidsforhold som bringes til opphør.¹⁴³ Hensynene skal ivareta et rimelig resultat i avtaleforholdet. I motsetning til allmennlærerdommen hvor de mente at det ikke forelå aktuelle reelle hensyn, skal en arbeidsavtale bringes til opphør etter arbeidsavtalens verneregler. Denne vurderingen er noe som også teorien slutter seg til, se pkt. 3.3.3.

Retten uttaler også at «*i vår sak foreligger ingen ugyldighetsgrunn ved avtalens tilblivelse. Situasjonen er følgelig en annen enn omtalt i dommens avsnitt 47 med henvisning til avgjørelse i Rt-1988-76, hvor det vil være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen.*»¹⁴⁴ Spørsmålet i dommen var hvordan en arbeidsavtale som var gyldig inngått skulle bringes til opphør, og om det skulle skje ved oppsigelse etter arbeidsmiljøloven eller avtalerettslig hevingsadgang. I dommen ble arbeidstaker rammet av hjerneslag, slik at det var forhold som ikke kunne anses som en opprinnelig omstendighet som gjør det rimelig å heve avtalen. I lagmannsrettsdommen vurderte de derfor den konkrete saken adskilt fra tidligere rettspraksis og mente at dersom det foreligger en gyldig inngått avtale er det gode grunner som taler for at avtalen skal bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler.

Det understrekes at dommen er avsagt av lagmannsretten, noe som vil svekke uttalelsenes rettskildemessige vekt.¹⁴⁵ På den andre side er dommen av relativ ny dato og er den nyeste praksisen som behandler spørsmålet etter Høyesteretts dom fra 2004. Dette vil tale for noe tyngre rettskildemessige vekt. Det er også av betydning at dommen kun ble anket til Høyesterett i spørsmål om sakskostnader, hvor anken ble nektet fremmet. Dommen er også avsagt enstemmig som igjen taler for dens rettskildevekt. Det er ingen tvil om at dommen har stor relevans ved spørsmålet om å bringe en gyldig inngått arbeidsavtale til opphør, noe som er problemstillingen i denne oppgaven. Dommen taler for at en gyldig inngått avtale kan bringes til opphør etter stillingsvernsreglene før tiltredelse, når arbeidstaker ikke kan bebreides for etterfølgende omstendigheter.

¹⁴³ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 7) under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴⁴ Se LA-2019-159441 s. 6 (avsnitt 3) under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴⁵ Se kapittel 1 under pkt. 1.5.

4.1.4.2 RG-2003-268

Faktum i saken var at i 2003 behandlet Eidsivating lagmannsrett en sak om oppsigelse før tiltredelse på grunn av arbeidstakers forhold. Like før A var ment å tiltre i stilling som økonomisjef i kommunen, ble det kjent at A var tidligere straffedømt for bl.a. underslag. Derfor hevet kommunen kontrakten på grunn av bristende forutsetninger. Arbeidstakeren skulle tiltre 1. juni, men hadde fått vedtak om at arbeidsavtalen heves den 5. juni. I denne perioden hadde han ikke startet i jobben fysisk, fordi han hadde fått beskjed av arbeidsgiveren dagen før tiltredelse om å ikke møte opp.

Lagmannsrettens flertall kom frem til at det forelå en gyldig arbeidsavtale, og at kommunen ikke hadde adgang til å heve avtalen. Flertallet mente at ansettelsesforholdet måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler.¹⁴⁶ Lagmannsretten la likevel til grunn at avskjed av avtalen ikke var ugyldig etter en avveining av partenes interesser, selv om det i utgangspunktet ikke var rettmessig grunn til avskjed.¹⁴⁷ Begrunnelsen var at det å la en arbeidstaker tiltre i stillingen, ville ha vært åpenbart urimelig for kommunen. Selv om arbeidsmiljølovens regler skal verne arbeidstakeren, kan vernereglene i en interesseavveining ikke alltid trumfe arbeidsgivers interesser.

Retten flertall uttrykker at det riktige burde være oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. Det følger av flertallets uttalelse at «A hadde imidlertid stilt seg til rådighet for kommunen fra den avtalte tiltredelsesdag»¹⁴⁸ og flertallet finner at dette rettslig sett må sidestilles med at stillingen var tiltrådt. Videre legger retten til grunn at «kommunen hadde etter dette ikke adgang til å heve arbeidsavtalen ... As ansettelsesforhold måtte bringes til avslutning innenfor rammen av arbeidsmiljølovens regler».¹⁴⁹ Retten flertall kommer frem til at de straffbare forholdene ikke kan være avskjedsgrunn etter aml. § 66, nåværende § 15-14. De mente heller at de straffbare forholdene ville utgjort en saklig grunn til oppsigelse etter aml. § 60, nåværende § 15-7, på grunn av arbeidstakers forhold.¹⁵⁰

Videre kom flertallet frem til at prøvetiden var fastsatt og uansett måtte oppsigelsen etter prøvetiden være 14 dager. Dermed tilkjente flertallet erstatning på kroner 30 000 som en kompensasjon for belastningen hevingsvedtaket hadde medført A. Mindretallet i dommen var uenig og mente at det opprinnelig var inngått en ugyldig avtale, og at det var riktig å heve

¹⁴⁶ Se RG-2003-268 s. 7 siste to avsnitter under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴⁷ Se RG-2003-268 s. 8 første avsnitt under lagmannsrettens bemerkninger.

¹⁴⁸ Se RG-2003-268, s. 7 nest siste avsnitt.

¹⁴⁹ Se RG-2003-268, s. 7 siste avsnitt.

¹⁵⁰ Se RG-2003-268, s. 8 første avsnitt.

avtalen etter bristende forutsetninger. Det ble dermed lagt til grunn at A ikke kunne bli tilkjent erstatning.

4.1.4.3 En oppsummering av lagmannsrettspraksis

Det følger av den overnevnte rettspraksis at i tilfeller der det er påberopt ugyldighet er det av betydning hvilke regler som skal komme til anvendelse før tiltredelse av stillingen. En slik forståelse ikke kan utledes, ettersom reglene er like uavhengig av om det er påberopt ugyldighet eller ikke. Lagmannsretten presiserer også at løsningen beror på hvilken ugyldighetsgrunn som påberopes. Eksempelvis er det forskjell på tilblivelsesmangler og bristende forutsetninger. Dersom det er inngått en gyldig avtale, skal avtalen bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler med bakgrunn av de reelle hensyn som foreligger også før tiltredelse. Som nevnt i rettspraksis skal forholdet vurderes konkret.¹⁵¹ Dette innebærer at stillingsvernsreglene kommer til anvendelse, så fremt arbeidsavtalen anses å ha startet før det avtalte tiltredelsestidspunktet.

Sammenfattet fra rettspraksis kan det utledes at det sentrale for vurderingen er om det foreligger en ugyldig avtale eller ikke. Dersom det foreligger en ugyldighetsgrunn ved inngåelse, er det riktig å gå veien til avtalerettslige ugyldighet, altså heving, før tiltredelse. I motsetning til dette er sikker rett at gyldige avtaler hvor ingen uforutsette omstendigheter oppstår skal behandles etter arbeidsmiljøloven selv før tiltredelse. Ved gyldig inngåtte avtaler der det påberopes ugyldighet grunnet bristende forutsetninger, taler gode grunner for at arbeidsmiljøloven kan gjøres gjeldende. Ved disse tilfellene skal det sees konkret på det foreliggende tilfellet og hensynene bak stillingsvernsreglene. Et annet relevant moment er også om tiltredelse anses påbegynt før ved det avtalte tiltredelsestidspunktet. Dersom spørsmålet besvares bekreftende er det rimelig å anvende reglene etter arbeidsmiljøloven.

Videre er arbeidsmiljølovens regler om opphør av arbeidsavtalen ikke ment å være tidsmessig krevende. Det vil si reglene er regulert på en tilstrekkelig måte og som skal sikre at opphør av en arbeidsavtale skal gå relativt effektivt. I alminnelighet er opphørsadgangen etter arbeidsmiljøloven lagt opp slik at partene skal bli enige om arbeidsplikten i oppsigelsestiden.¹⁵² At partene har avtalefrihet om hvordan oppsigelsestiden være, vil tale for at opphør av arbeidsavtalen ikke er mer belastende. Opphørsadgangen etter arbeidsmiljølovens regler trekker i retning av at avtalen ikke bør avsluttes etter avtalerett, før tiltredelse, og at det må vurderes konkret.

¹⁵¹ Som nevnt i punkt 4.1.4.2

¹⁵² Se nærmere i kapittel 2.

Etter momentene som er lagt til grunn i teorien er jeg enig i synspunktet at å anvende «avtalerettslige betraktninger» i tiden før tiltredelse, ikke vil være treffende for alle tilfeller. Der man har inngått en gyldig avtale, men hvor etterfølgende forhold ved arbeidstakers forhold har forårsaket endringer slik at arbeidsgiver påberoper ugyldighet på grunn av bristende forutsetninger før tiltredelse. Dermed skal det tas en konkret vurdering av hvilket regelsett som gjelder før tiltredelse. Både realiteten som foreligger i det konkrete arbeidsforholdet, samt hensynene bak stillingsvernsreglene er relevante momenter å ta i betraktning i vurderingen.¹⁵³

4.2 Hvordan er dette regulert i andre land?

Spørsmålet om regelvalg mellom avtalerett og stillingsvernsregler før tiltredelse er også kjent i svensk og dansk rett. Den svenske og danske arbeidsretten og avtaleretten er i stor grad lik den norske.¹⁵⁴ Regelverkene er i stor grad bygget på samme modell og etter samme hensyn, som for eksempel hensynet til arbeidstakers stillingsvern.¹⁵⁵ I tillegg til arbeidsretten er avtalelovens utforming også likt hverandre etter det nordiske lovsamarbeidet.¹⁵⁶ I Allmennlærerdommens avsnitt 46 uttalte retten at «spørsmålet er berørt i norsk og svensk juridisk teori, men de konklusjoner som der trekkes, er – på bakgrunn av det foreliggende rettskildemateriale – usikre og vage». Det foreligger mer omfattende rettspraksis, forarbeider og juridisk litteratur i svensk og dansk rett som behandler spørsmålet om regelvalg mellom avtalerett og arbeidsrett enn i norsk rett. Jeg vil også bemerke at jeg er enig at rettstilstanden er usikker og vag med tanke på spørsmålet som drøftes her. På grunn av vag og usikker rettstilstand i Norge er det relevant å se hen til rettstilstanden ved nabolandene, spesielt på grunn av nordisk rettsenhet.

4.2.1 Svensk rett

Den svenske arbeidsmiljøloven¹⁵⁷ regulerer opphør av arbeidsforhold, mens avtalslagen regulerer ugyldige avtaler.¹⁵⁸ Det følger av svensk juridisk teori at «*Bundenheten vid avtalet som sådant uppkommer alltså redan genom att avtalet ingåtts, men tillträdet utgör startpunkten för uppfyllelse av huvudförpliktelseerna i anställningsavtalet.*»¹⁵⁹ Forpliktelsene som følger av arbeidsavtalen skal altså være bindende fra avtaleinngåelsen.

¹⁵³ Se nærmere kap. 3 under pkt. 3.3.1.

¹⁵⁴ Aas (2010) s. 5.

¹⁵⁵ Fanebust (2017) s. 64-65.

¹⁵⁶ Se Ot.pr.nr. 63 (1917) s. 1-2.

¹⁵⁷ Lag om anställningsskydd, LAS § 1, sml. Mulder (2007) s. 328.

¹⁵⁸ Se avtalslagen kap. 3.

¹⁵⁹ Mulder (2007) s. 336, jf. AD 2004 nr. 37 det fremgår av saken at «det redan vid avtalets ingående – och inte först vid avtalets tillträde – inträder åtminstone vissa förpliktelse enligt avtalet.».

Det følger av juridisk litteratur, samt svensk rettspraksis, at arbeidsavtaler i utgangspunktet kan bringes til opphør etter avtalerettslige ugyldighetsregler og læren om bristende forutsetninger.¹⁶⁰

4.2.2 Dansk rett

Etter dansk rett kan oppsigelse normalt ikke finne sted før tiltredelse. *[D]en, som ombestemmer sig med hensyn til ansættelsesforholdet, ikke kan undgå at effektuere ansættelsen i den tid, som svarer til den normale opsigelsestid i ansættelsesforholdets indledende fase.»*¹⁶¹ I dansk rett gjelder den alminnelige kontraktsrettslige regler også for ansettelseskontrakter, hvor heving som følge av mislighold kan påberopes.¹⁶² Ved uriktige forutsetninger, det vil si når den uriktige omstendigheten lå allerede ved avtaleinngåelsen, og ved bristende forutsetninger, hvor omstendigheter kommer opp først etter avtaleinngåelsen, kan begge tilfeller gi grunnlag for heving etter avtalerettslige regler, så lenge vilkårene etter forutsetningslæren er innfridd.¹⁶³

4.3 Oppsummering

Både arbeidstaker og arbeidsgiver vil ha forventninger av arbeidsavtalen etter inngåelse og vil naturligvis innrette seg på en fremtidig tiltredelse. Arbeidstaker, som den underordnede parten i arbeidsforholdet, vil av den grunn ha et større behov for vern etter arbeidsmiljøloven allerede ved avtaleinngåelsen. Behovet av en slik vern er naturligvis ikke likt for alle, eksempelvis en kan være sterk avhengig av dette vernet og det motsatte. På grunn av denne variasjonen med tanke på hvor stort behovet er hos den enkelte, vil kanskje det å la løsningen avhenge av en konkret helhetsvurdering for hvert enkelt tilfelle være fristende. Likevel vil hensynet til forutberegnelighet tale for at det gjelder klare regler for hvilke tilfeller arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse.

Der arbeidsavtalen er gyldig inngått, det er sannsynlig at det ikke foreligger en uberettiget handling fra arbeidstakers side. Når arbeidstaker ikke er å bebreide for forholdet, vil det være urimelig om arbeidsgiver kan heve avtalen etter avtaleretten. Dette vil være i strid med arbeidsmiljølovens formål om å sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold. Dersom arbeidsavtalen er gyldig, er det gode grunner som taler for at partene i en arbeidsavtale bør ha vern etter arbeidsmiljøloven. Det skal konkluderes med at noen av stillingsvernsreglene skal anvendes, dersom en gyldig arbeidsavtale skal bringes til opphør før tiltredelse.

¹⁶⁰ Se AD 2000 nr. 81 og AD 1993 nr. 137, se Hotvedt (2015) s. 331, se også AD 2014 nr 39/14, hvor domstolen kommer frem til at avtalen ikke er ugyldig og at avtalslagen § 30 ikke kommer til anvendelse.

¹⁶¹ Hasselbalch (2013) s. 143.

¹⁶² Nielsen (2020) s. 376.

¹⁶³ Hasselbalch (2013) s. 181.

5 Rettsvirkninger av oppsigelsesadgangen før tiltredelse

5.1 Innledning

Dersom det ikke foreligger en saklig grunn til oppsigelse skal oppsigelsen normalt kjennes ugyldig.¹⁶⁴ I de fleste tilfeller finner retten imidlertid rettmessig at det tilkjennes en erstatningsutmåling for oppsigelsen. Dette gjøres etter en vurdering av partenes interesser. Dersom oppsigelsen er gitt før tiltredelse, vil da normalt erstatningsutmålingen være litt mer komplisert enn dersom arbeidstakeren hadde tiltrådt stillingen. Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold må det tas utgangspunkt i handlingen og omstendighetene for øvrig. Oppsigelsen på grunn av arbeidstakers forhold skal være etter en saklighetsvurdering, hvor alle forhold er tatt i betraktning, og den må fremstå som rimelig, jf. aml. § 15-7.¹⁶⁵

Det er viktig å bemerke at lojalitetsplikten ikke er lovfestet i arbeidsretten, men den er en alminnelig forutsetning i kontraktsretten. Lojalitetsplikten er etter rettspraksis å anse som en alminnelig ulovfestet plikt i arbeidsforhold.¹⁶⁶ I sin kommentarutgave til arbeidsmiljøloven fremholder Jakhelln at «i kraft av lojalitetsplikten plikter arbeidstaker å forholde seg lojalt til arbeidsgiverens interesser. I praksis kan oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold i mange tilfeller forankres i brudd på disse forholdene».¹⁶⁷

5.2 De prosessuelle rettsvirkninger

I det følgende forutsettes det at dersom partene ønsker å avslutte arbeidsavtalen før tiltredelse, må arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler anvendes. Spørsmålet blir dermed om en arbeidsavtale skal sies opp før tiltredelse, når begynner oppsigelsesfristen å løpe? Begynner den å gjelde fra den tiden oppsigelsen er gitt eller fra det fastsatte tiltredelsestidspunktet for arbeidet?

Etter arbeidsmiljølovens regler kan både arbeidsgiver og arbeidstaker si opp arbeidsavtalen i henholdsvis §§ 15-7 og 15-3. Når partene sier opp avtalen, må de vanligvis forholde seg til en avtalt eller lovbestemte oppsigelsesfrist. Dette skal også gjelde for tilfellet hvor en av partene sier opp avtalen før tiltredelse.

¹⁶⁴ Aml. § 15-12.

¹⁶⁵ Se, aml. § 15-7 første ledd og andre ledd. Se som illustrasjon til Rt-2001-418 (Kårstø) «betydning av saklighetsnormen», jf. Johansen og Stueland (2015) s. 690.

¹⁶⁶ Jakhelln og Aune (2005) s. 868.

¹⁶⁷ Jakhelln og Aune (2005) s. 868.

Spørsmålet er ikke direkte berørt arbeidsrettslig litteratur. Den nærmeste behandlingen av spørsmålet kan man finne ved kontraktsrettslig teori av Hagstrøm, hvor han berører spørsmålet under «oppsigelse uten overholdelse av oppsigelsesfrist». ¹⁶⁸ Han uttaler at «*hvor et kontraktsforhold er inngått på oppsigelse, er det klart at en definitiv nektelse av å ta imot den annen parts prestasjon i hvert fall ikke kan ha mindre virkning hva vederlagskravet angår, enn en oppsigelse ville ha*». ¹⁶⁹ Denne uttalelsen er å forstå slik at oppsigelsesfristen som er avtalt eller lovpålagt, anses å være minstetid hvor partene plikter å yte. Med andre ord kan uttalelsen tolkes dit hen at oppsigelsesfristen i arbeidsforholdet ikke begynner å løpe før oppstart av arbeidet, det vil si tiltredelsestidspunktet. Dette vil innebære at for en arbeidstaker som ikke ennå har tiltrådt stillingen, og som er allerede oppsagt før tiltredelsen, begynner oppsigelsesfristen ikke før tiltredelse.

I utgangspunktet kan en oppsigelse gis med en oppsigelsestid på «en måned». Den løper fra og med første dag i måneden etter at oppsigelsen fant sted, så fremt ikke noe annet er avtalt eller fastsatt i tariffavtale, jf. aml. § 15-3. Dersom man skal ta utgangspunkt i denne regelen vil en oppsigelse som gis før tiltredelse begynne å gjelde fra første dag i neste måned.

Ved oppsigelse i prøvetid, skal den være begrunnet i arbeidstakerens tilpasning til arbeidet, faglige dyktighet og pålitelighet. Ved oppsigelse i prøvetiden er det sentrale spørsmålet om oppsigelsen bygger på forhold som prøvetiden tar sikte på å avklare. ¹⁷⁰ Er prøvetiden avtalt, gjelder egne oppsigelsesregler når oppsigelsen er begrunnet i manglende faglig dyktighet, tilpasning til arbeidet eller pålitelighet, jf. § 15-6. ¹⁷¹ Det vil si dersom det er avtalt prøvetid i avtalen, og det gis en oppsigelse før tiltredelse, må forholdet oppfylle kravet til oppsigelse i prøvetid.

Det er relevant å se på noen eksempler fra rettspraksis ved behandling av spørsmålet om erstatning før tiltredelse. Det følger av lagmannsrettens avgjørelse i LA-2019-159441 at økonomisk kompensasjon må følge etter avtalen partene har inngått. ¹⁷² Videre legger retten til grunn at dette skal være i samsvar med lojalitet i kontraktsforhold. I avgjørelsen har lagmannsretten tilkjent erstatning med utgangspunkt i oppsigelsesfristen som var satt til 3 måneder i arbeidsavtalen og regnet det fra utløpet av den måneden som oppsigelsen fant sted. Retten la til grunn den avtalte oppsigelsesfristen sammenfallende med de prinsipper som

¹⁶⁸ Hagstrøm (2011) s. 243.

¹⁶⁹ Hagstrøm (2011) s. 243.

¹⁷⁰ Johansen og Stueland (2015) s. 689.

¹⁷¹ Jakhelln og Aune (2005) s. 832.

¹⁷² Se LA-2019-159441 s. 6 nest siste avsnitt.

følger av arbeidsmiljølovens erstatningsutmåling.¹⁷³ Vurderingen førte dermed til at det skal tas utgangspunkt i oppsigelsestidspunktet.

Ved et annet eksempel la retten i Toslo-2018-123985 til grunn at lønn forutsetter i oppsigelsestiden at arbeidstaker har stilt seg til disposisjon for å arbeide i oppsigelsestiden. Dersom arbeidsgiver er årsaken til at arbeidstaker ikke kunne arbeide i oppsigelsestiden, har dermed arbeidstaker krav på lønn i arbeidstiden.¹⁷⁴ Videre legger flertallet i avgjørelsen til grunn at «*det er rimelig å utmåle erstatningskravet fra avtalt tiltredelse ...*».¹⁷⁵ Som tidligere drøftet vil tingrettens avgjørelse ikke tillegges rettskildevekt av betydning.

Hagstrøm mener at det skal tas utgangspunkt i oppsigelsestiden som en minstetid hvor partene plikter å yte i oppsigelsestiden. Dette har relevans, fordi oppsigelsestiden er ment å være en betenkningsstid for partene til å forholde seg til det som kommer ved arbeidsforholdets opphør. Eksempelvis dersom partene har avtalt én eller tre måneders oppsigelsestid, vil dens lengde være det samme uansett når fristen skal begynne å løpe. Det vil si oppsigelsestiden skal brukes av partene til å berå seg om forholdet, og dette skal være uavhengig av når oppsigelsesfristen begynner å løpe, om det er ved tiden oppsigelsen er gitt eller ved tiltredelse. Det er likevel av betydning å bemerke at rettsstilstanden ved spørsmålet om når oppsigelsesfristen begynner å løpe ved oppsigelse før tiltredelse er usikker.

5.3 Rett til erstatning?

Det følger av juridisk litteratur at «*etter alminnelig kontraktsrett vil arbeidsgivers mislighold utløse et erstatningskrav for det økonomiske tap, men ikke krav på erstatning for ikke-økonomisk tap.*»¹⁷⁶ Derimot ville man etter arbeidsmiljølovens § 15-12 (2) og § 15-14 (4) ha krav på ikke-økonomisk tap og kunne tilkjennes i vesentlig større utstrekning. Det er også av praktisk viktighet at søksmålsfristen etter aml. § 17-4 (1) er «temmelig» kort.

Ved tilfelle hvor det legges til grunn at arbeidsmiljølovens regler får anvendelse ved opphør av arbeidsforholdet før tiltredelse har funnet sted, «*må det formentlig antas at arbeidstaker i praksis neppe kan gjøre gjeldende retten til å fortsette i stilling, og at det er i praksis neppe vil bli tale om å kjenne ugyldig den disposisjon som brakte arbeidsforholdet til opphør.*»¹⁷⁷ Dette betyr også at det ved erstatningsutmålingen også må «*tas i betraktning at forholdene vil*

¹⁷³ Se LA-2019-159441 s. 7.

¹⁷⁴ Se Toslo-2018-123985 s. 10 under punkt. «erstatning for økonomisk tap».

¹⁷⁵ Se Toslo-2018-123985 s. 10 under punkt. «erstatning for økonomisk tap» nest siste avsnitt.

¹⁷⁶ Jakhelln (2006) s. 229-230.

¹⁷⁷ Jakhelln (2006) s. 231.

være mindre festnet når tiltredelse ikke har skjedd enn hvor en oppsigelse bryter opp et arbeidsforhold som kanskje har vedvart over lengre tid.»¹⁷⁸

I tilfeller der oppsigelse gis før tiltredelse er det relevant om krav på lønn i den avtalte eller lovbestemte oppsigelsestiden skal gjøres gjeldende. Dette igjen utleder spørsmålet om lønnskravet skal reduseres fordi arbeidstakeren vil ha denne tiden til disposisjon. Dette er et spørsmål som leder til om det kan tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap.¹⁷⁹

Det er en viss enighet i juridisk litteratur at rettspraksis har tilkjent erstatning for ikke-økonomisk tap for de tilfeller hvor kravet er hjemlet i arbeidsmiljølovens bestemmelser. Krav på oppreisning er nå hjemlet i arbeidsmiljøloven § 13-9 (1), sml. Diskrimineringsloven § 14 (2) og likestillingsloven § 17. Jakhelln mener at *«erstatningsutmålingen også ellers å burde anses basert på aml. § 15-12 (2) og § 15-14 (4).»* Videre legger han til at *«i så fall vil oppreisning uten videre kunne tilkjennes selv om tiltredelse ikke har funnet sted.»¹⁸⁰* Det følger også av kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven at *«i saker hvor oppsigelsen/avskjeden er begrunnet i arbeidstakerens eget forhold, er det avsagt en rekke dommer med erstatningsutmåling for ikke-økonomisk skade på 100 000 kroner og mer.»¹⁸¹*

Herved er det viktig å bemerke at ved erstatningsutmåling, hvor arbeidstakeren ikke kan tiltre stillingen fordi det må tas i betraktning at arbeidsgiver har opptrådt hensynsløst. Dette gjør at adekvansbetraktninger vil medføre større tapsposter enn om arbeidsgiver ikke noe å bebreide for.¹⁸² Denne uttalelsen kan også forstås for de tilfeller hvor arbeidstaker er å bebreide for noe eller ikke. Denne vurderingen vil igjen ha betydning for erstatningsutmålingen.

Ved lagmannsrettens avgjørelse i RG-2003-268 om erstatningsspørsmålet la retten til grunn at A hadde krav på lønn for 5 dager, det vil si fra den avtalte tiltredelsesdatoen og til datoen vedtaket om heving av avtalen var fattet. Retten har også vurdert spørsmålet i lys av den fastsatte prøvetiden i avtalen. Retten vurderte dette slik at etter prøvetiden, skulle oppsigelsesfristen være på 14 dager. Det betyr at dersom kommunen hadde sagt opp avtalen etter aml. § 63 (nåværende § 15-6) om prøvetid, ville oppsigelsesfristen være 14 dager. Erstatningsutmålingen etter flertallets syn burde være lønn i oppsigelsesperioden som gjelder ved prøvetid.¹⁸³ Videre avrundet flertallet erstatningsutmålingen til å kompensere for den

¹⁷⁸ Jakhelln (2006) s. 231.

¹⁷⁹ Jakhelln (2006) s. 231.

¹⁸⁰ Jakhelln (2006) s. 231.

¹⁸¹ Johansen og Stueland (2015) s. 691.

¹⁸² Jakhelln (2006) s. 232.

¹⁸³ Se RG-2003-268, s. 8 siste avsnitt og s. 9 første avsnitt.

belastningen som avskjedsvedtaket hadde medført A. Flertallet kom likevel til at A ikke skulle tilkjennes oppreisning, fordi han måtte bære risikoen for forholdene som ble kjent.¹⁸⁴ Det er av betydning å bemerke at avgjørelsens rettskildevekt svekkes på grunn av rettens oppdeling i flertall og mindretall hvor de er uenige i alle punkter. Videre er avgjørelsen også en lagmannsretts dom, som igjen svekker dens vekt. Likevel på grunn av manglende rettspraksis om spørsmålet i høyere instans, har dermed avgjørelsen en opplysende virkning ved behandling av spørsmålet.

Flertallet i tingrettens avgjørelse tilkjente også erstatning for ikke-økonomisk tap etter aml. § 15-12 andre ledd. Flertallet legger til grunn arbeidsgivers klanderverdige handlemåte, og at det var ingen tvil om at arbeidstakerne hadde en berettiget forventning om et arbeid hos arbeidsgiveren.¹⁸⁵

5.4 Oppsummering

Konklusjonen som kan utledes etter drøftelsene ovenfor er at erstatningsreglene i arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse. Dersom dette ikke er mulig, kan arbeidstaker likevel kreve erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Dette kan skje ved tilfeller hvor arbeidsgiveren er å bebreide for å ha brakt arbeidsforholdet til opphør på en klanderverdig måte.

Retten til å kreve erstatning for både økonomisk og ikke-økonomisk tap foreligger for arbeidstaker hvor arbeidsgiver sier opp arbeidsavtalen før tiltredelse. Det er viktig å merke at adgangen til å kreve erstatning både etter arbeidsmiljøloven og alminnelige erstatningsrettslige regler følger for arbeidstaker. Det er vel å merke at det er mye vanskeligere å kreve oppreisning utenfor arbeidsmiljøloven.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Se RG-2003-268, s. 8 siste avsnitt og s. 9 andre avsnitt.

¹⁸⁵ Se Toslo-2018-123985 s. 10 siste avsnitt under pkt. «erstatning for økonomisk tap».

¹⁸⁶ Se kapittel 2, under pkt. 2.3.

6 Avsluttende kommentarer

I oppgaven har jeg konkludert med at ved opphør av gyldig inngåtte avtaler, hvor endrede forhold ved arbeidstaker som arbeidsgiver mener medfører ugyldighet på grunn av bristende forutsetninger før tiltredelse, kan behandles etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler etter en konkret vurdering. Dette er i motsetning til det Høyesterett har uttalt i sin obiter dictum i allmennlærerdommen om at avtalerettslige betraktninger skal ha forrang i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse.

En slik rettsregel vil etter mitt syn ha gode grunner for seg. Dersom en arbeidsavtale skal heves etter avtaleretten, vil arbeidstakeren ikke ha de samme rettighetene som vedkommende har etter en oppsigelse etter arbeidsmiljøloven. Eksempelvis en arbeidsgiver som hever en arbeidsavtale etter avtaleretten før tiltredelse på grunn av arbeidstaker som har blitt rammet av sykdom, eller som ikke får den avtalte stillingen etter studiene, vil dette etter mitt skjønn være urimelig. Det er gode grunner som taler for at det vil være rimelig å si opp avtalen etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler. Etter arbeidstakers behov for forutsigbarhet bør regelvalg før tiltredelse vurderes konkret. Med andre ord skal arbeidstaker ikke lide for at forhold som vedkommende ikke kan bebreides for oppstår og deretter setter avtalen til side.

Hensynet til forutberegnelighet kan også være et gode for arbeidsgiver. Selv om arbeidsgiver vurderes som den «sterke» parten i avtalen, vil også vedkommende bli påvirket dersom arbeidstakeren velger å heve avtalen før tiltredelse. For eksempel når en arbeidstaker likevel vil stå i sin gamle stilling og dermed ikke lenger ønsker den nye arbeidsavtalen. Hensynet til forutberegnelighet må også gjelde for arbeidsgiver, fordi vedkommende ved heving av avtalen kan bli stående uten den planlagte arbeidskraften fra arbeidstakeren. Etter forutberegnelighetshensynet vil også arbeidsgiver ha mulighet til å finne en ny arbeidstaker, dersom avtalen sies opp etter arbeidsmiljøloven.

Etter mitt syn er det ikke riktig at avtalerettslige regler skal komme til anvendelse før tiltredelse. I de situasjoner hvor det for gyldig inngåtte avtaler oppstår en endret situasjon, forut for tiltredelse som arbeidstaker ikke kan bebreides for, virker det ifølge rettskildene som at arbeidsmiljølovens regler om oppsigelse skal benyttes. Dette er ved de tilfeller arbeidsgiver anfører avtalerettslige regler etter ugyldighetsgrunner på grunn av bristende forutsetninger.

Som oppgaven viser er både rettspraksis og juridisk litteratur lite tydelig ved vurderingen av spørsmålet. Dette kan være fordi spørsmål som oppstår før tiltredelse vanligvis løses mellom partene i avtalen, og sjeldent går til domstolene. Å bringe en sak til retten har i seg selv

konsekvenser for begge parter og vil dermed ikke være veien partene ønsker å ta. Dette er igjen med på å bidra til at partene i en arbeidsavtale heller velger å ikke problematisere spørsmålet.

Etter allmennlærdommen som var avsagt av Høyesterett i 2004, er arbeidsmiljøloven endret i 2005. Et spørsmål er hvorfor lovgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet om regelvalg ved oppsigelse før tiltredelse. Enten det skjer gjennom lov revidering eller ved etterarbeider eller andre uttrykk for lovgiverviljen, bør rettstilstanden klargjøres av lovgiver. Da unngår man unødvendig usikkerhet. Det trengs et klart lovverk som gir forutsigbarhet for alle som inngår en arbeidsavtale.

forbud mot diskriminering (likestillings- og diskriminerings-loven)

Forarbeider

Ot.prp.nr. 63 (1917)

Om utfærdigelse av en lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer.

Ot.prp.nr. 54 (1986-1987)

Om lov om ferie.

NOU 2001: 4

Helseopplysninger i arbeidslivet.

NOU 2004: 5

*Arbeidslivslovutvalget
Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.*

Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Rettspraksis

Rt-1988-766

Rt-2001-418

Rt-2004-76

Rt-2013-354

LB-2003-442

RG-2003-268

LA-2019-159441

TSTAV-2011-81051

TOSLO-2018-123985

Sak 20/57

Diskrimineringsnemnda: Vedtak av
24.september 2020:
[https://www.diskrimineringsnemnda.no/
media/2531/anonymisert-vedtak.pdf](https://www.diskrimineringsnemnda.no/media/2531/anonymisert-vedtak.pdf)
(Lastet ned: 18.11.2020)

Utenlandske lover og forarbeider

1915:218

Avtalslagen
Lag om avtal och andra rättshandlingar
på förmögenhetsrättens område.

1982:80

Anställningsskyddslagen, (LAS)
Lag om anställningsskydd.

SOU 1993:32

Ny anställningsskyddslag: delbetänkande

Utenlandske rettspraksis

AD 1993 nr. 137

AD 2000 nr. 81

AD 2004 nr. 37

AD 2014 nr 39/14

Juridisk litteratur

Boe (2010)

Boe, Erik Magnus. *Innføring i juss –
Juridisk tenkning og rettskildelære.*
3. utg., 2. opplag. Oslo:
Universitetsforlaget, 2010.

- Dege (2003) Dege, Jan tormod. *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo: Minerva AS, 2003.
- Eckhoff og Helgesen (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Evju (2003) Evju, Stein. *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*. Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1, s. 3-32, 2003.
- Evju (2004) Evju, Stein. *Nytt i privatretten, «avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvern – Høyesteretts dom 21. Januar 2004 (NH-2004-01 19-A) » 2004, nr. 2 s. 14-15*. Utgitt av institutt for privatrett ved Universitet i Oslo.
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne. *Innføring i arbeidsrett – Den individuelle del*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Fanebust (2017) Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold*. 5. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Fougner (2016) Fougner, Jan. *Endring i arbeidsforhold*. 2.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- Fougner (1999) Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo: Tano Aschehoug, 1999.
- Fougner og Holo (2003) Fougner, Jan, Holo, Lars og Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven Kommentarutgave*. 8. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2003.

- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utg. 2. opplag., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hasselbalch (2013) Hasselbalch, Ole. *Arbejdsret*. 11. utg. 1. opplag. København: Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2013.
- Hotvedt (2016) Hotvedt, Marianne. *Arbeidsgiverbegrepet*. 1. utg., 1. opplag. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 2016.
- Høgberg (2017) Hov, Jo og Høgberg, Alf Petter. *Obligasjonsrett*. 2. utg., Oslo: Calax AS, 2017.
- Høgberg og Sunde (2019) Høgberg, Alf Petter og Sunde, Jørn Øyrehagen. *Juridisk metode og tenkemåte*. 1. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over Arbeidsretten*. 4. utg., Oslo: N.W. DAMM & SØN, 2006.
- Jakhelln og Aune (2005) Jakhelln, Henning og Aune, Helga. *Arbeidsrett.no kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 1. opplag. Oslo: N.W. DAMM & SØN AS, 2005.
- Johansen og Stueland (2015) Johansen, Atle Sønsteli og Stueland, Einar. *Arbeidsmiljøloven Kommentarer og praksis*. 2. utg., 1. opplag. Oslo: Gyldendal norsk forlag AS, 2015.
- Monsen (2012) Monsen, Erik. *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*. 1. utg., 1. opplag. Oslo: Cappelen Damm AS, 2012.

- Mulder (2007) Mulder, Bernard Johann. *Förtida uppsägning av anställningsförhållande*. s. 327-337. Vänbok till Axel Adlercreutz, särtryck. Lund: Juristförlaget, 2007.
- Nielsen (2020) Nielsen, Ruth. *Dansk arbejdsret*. 4. utg. 1. oplag. København: Djøf forlag, 2020.
- Skjønberg mfl. (2017) Skjønberg, Alexander, Hognestad, Eirik, Hotvedt, Marianne. *Individuell arbeidsrett*. 2. utg., 3. oplag. Oslo: Gyldendal norsk forlag, 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Edvind. *Rett og Rettsanvendelse*. Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Storeng mfl. (2006) Storeng, Nils H., Beck, Tom h., Lund, Arve D. *Arbeidslivets spilleregler*. 3. oplag. Oslo: Universitetsforlaget, 2006.
- Aas (2010) Aas, Tonje Forså. *Forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler: utvalgte problemstillinger*. *Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 5*, s. 1-123. Oslo: 2010.

Internasjonale regelverk

- ILO “ILO DECLARATION OF PHILADELPHIA (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation)”

<https://www.ilo.org/legacy/english/inwork/cb-policy-guide/declarationofPhiladelphia1944.pdf>

(Lastet ned: 18.11.2020)

UNIDROIT Principles:

<https://www.unidroit.org/about-unidroit/membership> (Lastet ned: 18.11.2020)

<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (Lastet ned: 18.11.2020)