

# Reklassifisering av arbeidstakers oppsigelse

*En vurdering av betydningen av og adgangen til å anse arbeidstakers  
oppsigelse som en oppsigelse eller en avskjed fra arbeidsgiver*

Kandidatnummer: 123

Antall ord: 13 525



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.19



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	3
1 Innledning .....	5
1.1 Tema og problemstillinger .....	5
1.2 Begrepet reklassifisering .....	8
1.3 Rettskildebilde og metode.....	9
1.4 Avgrensninger .....	10
1.5 Veien videre .....	11
2 Hva innebærer reklassifisering i lys av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler? .....	12
2.1 Presentasjon av problemstillingen .....	12
2.2 Gjeninntreden.....	13
2.3 Erstatning for økonomisk tap.....	18
2.4 Erstatning for ikke-økonomisk tap.....	19
2.5 Søksmålsfristene ved reklassifisering .....	20
2.6 Oppsummering.....	21
3 Er arbeidstaker bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler? .....	23
3.1 Avtalerettslige regler som alternativ til reklassifisering .....	23
3.1.1 Forholdet mellom avtalerettslige regler og reklassifisering .....	23
3.1.2 Ugyldighetsregler: avtaleloven §§ 33 eller 36.....	24
3.1.2.1 Gjeninntreden .....	24
3.1.2.2 Erstatning for økonomisk tap .....	25
3.1.2.3 Erstatning for ikke-økonomisk tap .....	26
3.1.3 Tilbakekall av viljeserklæringen om oppsigelse: re integra .....	28
3.1.3.1 Gjeninntreden .....	28
3.1.3.2 Erstatning for økonomisk tap .....	29
3.1.3.3 Erstatning for ikke-økonomisk tap .....	29
3.2 Kontraktsrettslige regler som alternativ til reklassifisering .....	29
3.2.1 Forholdet mellom kontraktsrettslige regler og reklassifisering .....	29
3.2.2 Gjeninntreden .....	30
3.2.3 Erstatning for økonomisk tap.....	30
3.2.4 Erstatning for ikke-økonomisk tap .....	31
3.3 Konklusjon.....	32

4	I hvilke tilfeller er det adgang til reklassifisering? .....	34
4.1	Arbeidstaker leverer skriftlig oppsigelse under møte med arbeidsgiver.....	34
4.1.1	Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim) .....	34
4.1.2	TOSLO-2006-42859.....	36
4.1.3	TOSLO-2017-46686.....	37
4.1.4	Slutninger fra rettspraksis i relasjon til typetilfellet .....	38
4.2	Arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet som følge av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø .....	39
4.2.1	Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).....	39
4.2.2	LB-2000-1128 .....	40
4.2.3	Slutninger fra rettspraksis i relasjon til typetilfellet .....	41
4.3	Arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet som følge av manglende lønnsutbetaling ...	42
4.4	Samlede slutninger fra rettspraksis og betraktninger <i>de lege ferenda</i> .....	43
5	Kilde- og litteraturliste.....	46

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstillinger

Et arbeidsforhold har grunnlag i en kontrakt mellom en arbeidstaker og en arbeidsgiver.<sup>1</sup> I likhet med i andre kontraktsforhold, kan også en arbeidsavtale bringes til opphør av kontraktspartene. Tema for masteroppgaven er den rettslige bedømmelsen av arbeidsforholdets opphør når arbeidstaker sier opp, men hevder at oppsigelsen ble fremsatt som følge av forhold på arbeidsgivers side. I slike tilfeller kan det være grunnlag for å anse oppsigelsen som en *de facto* oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver. Jeg betegner dette som *reklassifisering*.<sup>2</sup> Før jeg dykker dypere ned i masteroppgavens tema og problemstillinger, vil jeg oppstille noen grunnleggende utgangspunkt hva gjelder opphør av arbeidsforhold.

Et arbeidsforhold kan bringes til opphør ved at arbeidstaker eller arbeidsgiver sier opp eller hever arbeidskontrakten. Når arbeidsgiver hever arbeidskontrakten, kalles det for en avskjed.<sup>3</sup> Forskjellen på en oppsigelse og en avskjed er blant annet at det ikke gjelder oppsigelsestid ved avskjed.<sup>4</sup> Både en oppsigelse og en avskjed er imidlertid en «ensidig viljeserklæring som en av partene (A) i avtaleforholdet avgir overfor den andre (B) om at avtalen skal opphøre [...]».<sup>5</sup> Som viljeserklæring er både en oppsigelse og en avskjed et løfte om at arbeidstaker skal fratre stillingen.<sup>6</sup> Mest fremtredende er oppsigelse og avskjed likevel som et påbud for partene om å respektere at arbeidsforholdet opphører, enten etter utløpet av oppsigelsestiden eller umiddelbart, som følge av en påbudsgrunn.<sup>7</sup>

Selv om både arbeidstaker og arbeidsgiver rent avtalerettslig kan bringe arbeidsforholdet til opphør, begrenses partenes avtalefrihet av arbeidsmiljøloven.<sup>8</sup> For *arbeidstaker* foreskriver

---

<sup>1</sup> En «arbeidstaker» er ansatt for å utføre arbeid i tjenesten til «arbeidsgiver», jf. § 1-8 første ledd og andre ledd første punktum i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – heretter aml.).

<sup>2</sup> Begrepet er hentet fra Aas (2010) s. 80–81. Jeg kommer tilbake til begrepet i punkt 1.2.

<sup>3</sup> Aml. § 15-14 forutsetningsvis.

<sup>4</sup> Ifølge aml. § 15-3 gjelder det «oppsigelsfrister» ved «oppsigelse». En «avskjed» er derimot et påbud om «øyeblikket fratreden», jf. § 15-14 første ledd.

<sup>5</sup> Mo (1999) s. 132–133.

<sup>6</sup> *Op.cit.* s. 133.

<sup>7</sup> *Op.cit.* s. 132–133.

<sup>8</sup> *Op.cit.* s. 132.

arbeidsmiljøloven i § 15-4 første ledd at oppsigelse «skal skje skriftlig». Skriftlighetskravet er imidlertid kun en ordensregel for arbeidstaker, og konsekvensen av brudd på regelen er kun at arbeidstaker har bevisbyrden for at han har sagt opp.<sup>9</sup>

For *arbeidsgiver* stiller arbeidsmiljøloven krav både til oppsigelsen og avskjedens form og påbudsgrunn. Både oppsigelse og avskjed fra arbeidsgiver «skal skje skriftlig», jf. § 15-4 første ledd, jf. § 15-14 andre ledd. Oppsigelsen og avskjeden må i tillegg inneholde gitte opplysninger, jf. § 15-4 andre ledd tredje punktum bokstav a–d, jf. § 15-14 andre ledd. Arbeidsgiver må dessuten kunne vise til en saklig grunn for å si opp eller en rettmessig grunn for å avskjedige arbeidstaker, jf. henholdsvis §§ 15-7 og 15-14. Disse reglene med flere som stiller krav til arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed, kalles stillingsvernregler og gir uttrykk for arbeidsmiljølovens mål om å «sikre trygge og forutsigbare ansettelsesforhold for den enkelte arbeidstaker».<sup>10</sup> Reglene kan ikke fravikes til ugunst for arbeidstakeren så lenge arbeidsforholdet består, jf. § 1-9. Dersom arbeidsgiver handler i strid med stillingsvernreglene, kan arbeidstaker i medhold av arbeidsmiljøloven blant annet kreve gjeninntreden i stilling, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap.<sup>11</sup>

Som antydnet, bygger stillingsvernreglene på at arbeidsgiver sier opp eller avskjediger arbeidstaker – ikke på at arbeidstaker selv sier opp.<sup>12</sup> En arbeidstaker som selv sier opp og vil kreve gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap, er derfor i utgangspunktet henvist til å påberope seg andre regler enn arbeidsmiljølovens regler. Alternative regler er avtalerettslige regler, da en oppsigelse som nevnt er en avtalerettslig viljeserklæring, eller kontraktsrettslige regler, da et arbeidsforhold utgjør et kontraktsrettslig forhold. Reglene må ses i sammenheng med alminnelige erstatningsrettslige regler i og utenfor kontrakt.

Selv om arbeidstaker selv sier opp, kan han anføre at arbeidsgiver var den som *egentlig* brakte arbeidsforholdet til opphør, slik at opphøret må vurderes etter arbeidsmiljølovens

---

<sup>9</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 69 til § 57 i aml. 1977. Paragraf 15-4 i aml. 2005 «viderefører formkravene i henhold til gjeldende regler i arbeidsmiljøloven § 57 nr. 1 første ledd [...], jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 335.

<sup>10</sup> NOU 2004: 5 s. 288 til stillingsvernreglene kapittel XII i aml. 1977. Fougner mfl. (2018) skriver på s. 832 at: «[d]e sentrale elementene i stillingsvernet har stått uforandret fra arbeidsmiljøloven ble vedtatt og frem til i dag [2018] [...]».

<sup>11</sup> Se kapittel 2.

<sup>12</sup> Dege Del I (2009) s. 517.

stillingsvernregler. En slik anførsel kan for eksempel ha bakgrunn i trakassering, provokasjoner, o.l. fra arbeidsgiver,<sup>13</sup> psykisk terror med trusler fra arbeidsgiver,<sup>14</sup> eller mer eller mindre tvungne inngåtte avtaler der arbeidstaker blir satt under press.<sup>15</sup> Dermed oppstår spørsmålet om arbeidstakers oppsigelse kan *reklassifiseres* som en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver. Reklassifisering innebærer at «arbeidstaker rent objektivt og isolert sett – i ord, skrift eller handling – har sagt opp, men forholdene rundt oppsigelsen er av en slik art at det reelt sett forelå en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side».<sup>16</sup> Ved reklassifisering undersøker man om arbeidstakers oppsigelse var en «*de facto* oppsigelse fra arbeidsgiver [ved at] [m]an går tilbake og ser på situasjonen rundt oppsigelsens avgivelse, og foretar en vurdering av hvem som reelt sett skal anses å ha sagt opp».<sup>17</sup> Når arbeidstaker anfører at oppsigelsen må reklassifiseres, er utgangspunktet at han har bevisbyrden for at arbeidsgiver i realiteten brakte arbeidsforholdet til opphør.<sup>18</sup>

Temaet reklassifisering reiser flere problemstillinger. Fokuset i masteroppgaven er *betydningen av og adgangen til reklassifisering*.

Problemstillingen under *betydningen av reklassifisering* er for det første hva reklassifisering innebærer for arbeidstaker i lys av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler (kapittel 2). Jeg fokuserer på rettsvirkningene som arbeidstaker kan påberope seg i medhold av arbeidsmiljøloven når oppsigelsen reklassifiseres, og hvilket regelsett den reklassifiserte oppsigelsen skal vurderes etter for å oppnå rettsvirkningene. Den andre problemstillingen er om en arbeidstaker som selv sier opp arbeidsforholdet er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn avtalerettslige eller kontraktsrettslige regler, sett i sammenheng med erstatningsrettslige regler (kapittel 3). «Bedre tjent med» brukes i denne sammenheng om hvorvidt arbeidstaker enklere høres med ønskede rettsvirkninger etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler enn etter de alternative reglene. Problemstillingen er avgjørende for hvilket praktisk behov det er for reklassifisering i norsk rett.

---

<sup>13</sup> *Op.cit.* s. 397 forutsetningsvis.

<sup>14</sup> Dege Del II (2009) s. 1025.

<sup>15</sup> Dege Del I (2009) s. 416.

<sup>16</sup> Aas (2010) s. 80–81.

<sup>17</sup> *Op.cit.* s. 81.

<sup>18</sup> Jf. bl.a. LB-2000-1128 som behandles i punkt 4.2.2.

Problemstillingen under *adgangen til* reklassifisering er i hvilke tilfeller det er adgang til å reklassifisere arbeidstakers oppsigelse i lys av den rettspraksis som foreligger om temaet (kapittel 4).

## 1.2 Begrepet reklassifisering

Begrepet reklassifisering er ikke utbredt i juridisk litteratur. Begrepet stammer fra en stormaster-avhandling skrevet av daværende vitenskapelige assistent Tonje Forså Aas ved Arbeidsrettsgruppen ved Institutt for privatrett ved UiO, januar 2008 – januar 2009.<sup>19</sup> Avhandlingen ble bearbeidet og publisert i *Arbeidsrett og arbeidsliv*<sup>20</sup> slik at den i dag er en artikkel med rettslig relevans og vekt som juridisk litteratur. Andre juridiske forfattere enn Aas skriver om reklassifisering, likevel uten å bruke begrepet. Dege skriver for eksempel at:

Eksempler på utilbørlig opptreden fra arbeidsgivers side er psykisk terror med trusler etc. overfor den ansatte som medfører at arbeidstaker resignerer og går fra sin stilling. [...] I slike tilfeller kan det bli tale om konkludent usaklig oppsigelse fra arbeidsgivers side, selv om det er den ansatte som slutter tilsynelatende frivillig.<sup>21</sup>

Mo skriver at:

Et særlig spørsmål er om en egenoppsigelse som er *blitt framprovosert* av arbeidsgiveren kan bedømmes som en de facto-oppsigelse fra arbeidsgiverens side.<sup>22</sup>

Begrepet reklassifisering er heller ikke benyttet i rettspraksis. I rettspraksis skriver retten for eksempel i stedet at arbeidstaker «reelt sett [har] vært utsatt for usaklig oppsigelse fra arbeidsgiverens side».<sup>23</sup> I denne oppgaven benytter jeg «anfører reklassifisering» om at arbeidstaker anfører at retten må vurdere om oppsigelsen hans reelt sett var en oppsigelse eller en avskjed fra arbeidsgiver.

---

<sup>19</sup> Hun brukte begrepet slik Stein Evju introduserte henne for det, se Aas (2010) fotnote 230 på s. 81.

<sup>20</sup> Bind 5 2010 s. 1–121.

<sup>21</sup> Dege Del II (2009) s. 1025.

<sup>22</sup> Mo (1999) s. 148.

<sup>23</sup> TOSLO-2006-42859. Dommen behandles i punkt 4.1.2.



## 1.3 Rettskildebilde og metode

For å besvare spørsmålet om hva reklassifisering innebærer for arbeidstaker i lys av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler, blir arbeidsmiljøloven naturligvis den sentrale rettskilden. Lovens regler må tolkes i tråd med alminnelige prinsipper for lovtolkning.

Når jeg undersøker om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler, anvender jeg bestemmelser i lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven – heretter avtl.) direkte eller analogisk, bestemmelser i lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven – heretter skl.), samt alminnelige ulovfestede erstatningsrettslige- og kontraktsrettslige regler. Lovens regler må tolkes etter prinsippene for lovtolkning, mens rekkevidden av de ulovfestede reglene særlig må fastsettes ved hjelp av rettspraksis og juridisk teori.

Når jeg til slutt i masteroppgaven undersøker i hvilke tilfeller arbeidstakers oppsigelse kan reklassifiseres, er rettspraksis den sentrale rettskilden. Årsaken er at spørsmålet beror på en konkret vurdering av oppsigelsessituasjonen. Jeg vil analysere alle rettsavgjørelser<sup>24</sup> meg bekjent som de siste 25 årene har behandlet spørsmålet om hvorvidt arbeidstakers oppsigelse kan reklassifiseres. Spørsmålet om reklassifisering har blitt berørt i eldre kjennelser for Høyesteretts kjæremålsutvalg,<sup>25</sup> men jeg er av den oppfatning at Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim) oppsummerer rettstilstanden fra kjennelsene.<sup>26</sup> Kun to av rettsavgjørelsene jeg behandler er avsagt av Høyesterett, ved henholdsvis Høyesterett og Høyesteretts kjæremålsutvalg. Domsanalysen vil derfor i stor grad også basere seg på analyse av underrettspraksis. Slike rettsavgjørelser har i utgangspunktet mindre vekt enn avgjørelser fra Høyesterett.<sup>27</sup> Rettskildeverdien av underrettspraksis blir likevel noe større, da det nettopp er få avgjørelser fra Høyesterett om temaet reklassifisering. Rettsavgjørelsene analyseres i tråd med alminnelige slutnings- og vektprinsipper som gjelder for rettspraksis.

---

<sup>24</sup> Med «rettsavgjørelser» sikter jeg både til dommer og kjennelser slik begrepene brukes i § 19-1 i lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – heretter tvl.).

<sup>25</sup> Høyesteretts kjæremålsutvalg er et ankeutvalg som behandler kjæremål. Kjæremål er det ordinære rettsmiddel mot kjennelser og beslutninger (tvl. §§ 29-15 og 30-9), se Skoghøy (2017) s. 136.

<sup>26</sup> Kjennelsen behandles i punkt 4.1.1.

<sup>27</sup> Eckhoff (2001) s. 162 i den retning.

Reklassifisering er forøvrig viet liten plass i juridisk teori. En mulig årsak kan være at man i juridisk teori har «brukt mest plass på å gjøre rede for vilkårene for oppsigelse, hvor kravet til saklig grunn står sentralt, samt hvilke rettsvirkninger en usaklig oppsigelse utløser».<sup>28</sup>

Reklassifisering er i tillegg et arbeidsrettslig tema med en avtalerettslig dimensjon. Slike tema faller mellom to juridiske stoler – den avtalerettslige rettslitteraturen og den arbeidsrettslige rettslitteraturen.

## 1.4 Avgrensninger

Aml. § 16-4 andre ledd sier at opphør av arbeidsforhold ved virksomhetsoverdragelse «anses [...] som en følge av arbeidsgivers forhold» dersom virksomhetsoverdragelsen «medfører vesentlige endringer i arbeidsvilkårene til skade for arbeidstaker». I slike tilfeller har lovgiver bevisst valgt å gi arbeidstakeren mulighet til å reklassifisere oppsigelsen, slik at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler kommer til anvendelse, jf. tredje ledd. Fordi masteroppgaven behandler tilfellene hvor lovgiver ikke har gjort en slik prioritering, avgrensers jeg mot en nærmere behandling av § 16-4.

Videre vil jeg kun behandle masteroppgavens tema og problemstillinger i relasjon til individuell arbeidsrett – ikke kollektiv.

Spørsmålet om reklassifisering forutsetter at arbeidstaker rent faktisk *har* sagt opp arbeidsforholdet. Jeg behandler derfor ikke situasjonen der arbeidstaker og arbeidsgiver er uenige om arbeidsforholdet i det hele tatt har opphørt. Jeg behandler heller ikke situasjonen der det er usikkert om arbeidstaker brakte arbeidsforholdet til opphør ved «fantegåing»<sup>29</sup> eller om det var arbeidsgiver som brakte arbeidsforholdet til opphør ved utestenging av arbeidstaker.<sup>30</sup>

Det kunne ha vært interessant å behandle arbeidstakers rett til å stå i stilling mens oppsigelsestvisten pågår etter aml. § 15-11. Rettsvirkningen kan nemlig være praktisk viktig for spørsmålet om hvorvidt arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler – det er kun i medhold av arbeidsmiljølovens regler at arbeidstaker kan stå i stilling mens oppsigelsestvisten pågår. Av hensyn til oppgavens omfang vil jeg likevel ikke

---

<sup>28</sup> Mo (1999) s. 131.

<sup>29</sup> «Fantegåing» innebærer at «arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet uten å si opp eller sier opp for så bare å forlate bedriften før oppsigelsestiden er utløpt», se Aagaard, Melsom og Weltzien (2012) s. 294.

<sup>30</sup> Om problemstillingen, se Aas (2010) s. 80 med videre henvisninger.

behandle retten til å stå i stilling etter § 15-11, da temaet aktualiserer en rekke kompliserte spørsmål som må vurderes konkret. Jeg velger heller å fokusere på rettsvirkningene gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap. Av hensyn til oppgavens rammer vil jeg ikke ta for meg selve erstatningsutmålingen.

## 1.5 Veien videre

Jeg vil først sette temaet reklassifisering i kontekst. Dette ved at jeg i kapittel 2 behandler hva reklassifisering innebærer i lys av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler med hensyn til rettsvirkningene gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap.

Deretter undersøker jeg i kapittel 3 om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering for å oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap, fremfor å anføre avtalerettslige eller kontraktsrettslige regler, sett i sammenheng med erstatningsrettslige regler.

I kapittel 4 behandler jeg spørsmålet om i hvilke tilfeller det er adgang til reklassifisering. Avslutningsvis i kapittelet fremsetter jeg noen betraktninger *de lege ferenda* om mitt syn på rettens håndtering av spørsmålet om reklassifisering, i lys av konklusjonen i kapittel 3.

## 2 Hva innebærer reklassifisering i lys av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler?

### 2.1 Presentasjon av problemstillingen

Reklassifisering innebærer som nevnt i punkt 1.1 at arbeidstakers oppsigelse anses å være en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver. Dette betyr at arbeidstakers oppsigelse rettslig sett blir vurdert som en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver, med den konsekvens at opphøret av arbeidsforholdet skal vurderes etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler. Punktene jeg tar opp i dette kapitlet er konsekvenser av at stillingsvernreglene får anvendelse. Forutsetningen i kapitlet er altså at arbeidstaker får medhold av retten i sin anførsel om reklassifisering.

Arbeidsgiver kan møte en anførsel om reklassifisering med en subsidiær anførsel om at selv om arbeidstakers oppsigelse reklassifiseres, er opphøret av arbeidsforholdet uansett gyldig. Dermed oppstår spørsmålet om hvilken av arbeidsmiljølovens stillingsvernregler opphøret skal vurderes etter: § 15-5 om formuriktig oppsigelse, §§ 15-7 jf. 15-12 om usaklig oppsigelse eller § 15-14 om urettmessig avskjed. Spørsmålet har betydning for hvor enkelt det er for arbeidstaker å oppnå rettsvirkningene gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap.

For å sette spørsmålet om regelvalg i kontekst, vil jeg først illustrere forskjellene mellom § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14 ved å behandle reglene i relasjon til rettsvirkningen gjeninntreden. Jeg behandler de materielle og prosessuelle poengene ved reglene kun i den utstrekning de er egnet til å illustrere forskjellene mellom reglene. Når jeg har illustrert forskjellene mellom reglene, skal jeg vurdere hvilken av reglene den reklassifiserte oppsigelsen skal vurderes etter. All den tid vi skal se at svaret på spørsmålet *de lege lata* er nokså usikkert, vil jeg behandle både § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14 også i relasjon til rettsvirkningene erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap.

## 2.2 Gjeninntreden

Som antydnet i forrige punkt, kan gjeninntreden oppnås både etter § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14.

Paragrafene 15-5 og 15-7<sup>31</sup> jf. 15-12 anvendes på *oppsigelse* fra arbeidsgiver. Paragraf 15-5 gjelder formuriktig oppsigelse, mens §§ 15-7 jf. 15-12 gjelder usaklig oppsigelse.

Vedrørende formuriktighet, skal arbeidsgivers oppsigelse som hovedregel<sup>32</sup> «kjennes ugyldig» hvis oppsigelsen «ikke er gitt skriftlig eller ikke inneholder opplysninger som nevnt i § 15-4». Dette såfremt arbeidstaker går til søksmål innen fire måneder etter oppsigelsens avgivelse, jf. § 15-5 første ledd. Ugyldighet innebærer at oppsigelsen er ulovlig, og at arbeidsforholdet fortsetter.<sup>33</sup> Den klare hovedregelen etter § 15-5 er at arbeidstaker kan gjeninntre i stillingen uten at oppsigelsen underlegges en realitetsprøving – formuriktighet er tilstrekkelig.<sup>34</sup>

Hva gjelder usaklig oppsigelse, kan arbeidstakeren som hovedregel<sup>35</sup> få kjent oppsigelsen «ugyldig» når oppsigelsen «er i strid med §§ 15-6 til 15-10», forutsatt at han legger ned påstand<sup>36</sup> om ugyldighet, jf. § 15-12 første ledd første punktum. At oppsigelsen kjennes «ugyldig» innebærer at arbeidsforholdet består,<sup>37</sup> og arbeidstaker kan gjeninntre i stilling. Oppsigelsen er «i strid med» § 15-7 dersom den ikke er «saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold», jf. § 15-7 første ledd. Dersom oppsigelsen og spørsmålet om gjeninntreden vurderes etter §§ 15-7 jf. 15-12, må retten, i motsetning til etter § 15-5, foreta en realitetsprøving av hvorvidt oppsigelsen var saklig.<sup>38</sup> Ved realitetsprøvingen

---

<sup>31</sup> I denne oppgaven fokuserer jeg på den generelle bestemmelsen i aml. § 15-7 som gir et alminnelig oppsigelsesvern, og ikke på de spesielle bestemmelsene i §§ 15-6, 15-8, 15-9 og 15-10. Grunnen er at andre hensyn gjør seg gjeldende i relasjon til de spesielle bestemmelsene.

<sup>32</sup> Det kan gjøres unntak dersom «særlige omstendigheter gjør [ugyldighet] åpenbart urimelig», jf. § 15-5 første ledd.

<sup>33</sup> Fougner mfl. (2018) s. 876.

<sup>34</sup> *Op.cit.* s. 948.

<sup>35</sup> Det kan gjøres unntak i «særlige tilfeller» dersom retten etter en konkret vurdering finner det «åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter», jf. § 15-12 første ledd andre punktum.

<sup>36</sup> Jeg bruker uttrykket «påstand» i tråd med tvl. § 11-2 første ledd andre punktum.

<sup>37</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 481 med henvisning til Rt. 2009 s. 685 (Webredaktør) avsnitt 69.

<sup>38</sup> Fougner mfl. (2018) s. 948 forutsetningsvis.

har arbeidsgiver bevisbyrden for de faktiske forhold som oppsigelsen er begrunnet med.<sup>39</sup> Arbeidsgiveren må, i tråd med overvektsprinsippet<sup>40</sup> som det alminnelige beviskravet i sivile saker, kunne bevise at det er mer sannsynlig at de faktiske forhold som oppsigelsen bygger på er riktig, enn at de ikke er det.

Paragraf 15-14 anvendes på *avskjed* fra arbeidsgiver. Etter § 15-14 tredje ledd første punktum skal retten som hovedregel<sup>41</sup> kjenne avskjeden «ugyldig» etter påstand fra arbeidstaker når avskjeden er «urettmessig». Ugyldighet medfører at arbeidstaker kan gjeninntre i stillingen.<sup>42</sup> Dersom avskjeden og spørsmålet om gjeninntreden vurderes etter § 15-14, må retten foreta en realitetsprøving av hvorvidt avskjeden var urettmessig.<sup>43</sup> Avskjeden er «urettmessig» når arbeidstaker ikke «har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen», jf. § 15-14 første ledd. Forskjellen på en oppsigelse og en avskjed er at vilkårene for avskjed er strengere enn for oppsigelse.<sup>44</sup> Arbeidsgiver må derfor kunne bevise mer graverende forhold på arbeidstakers side dersom retten skal komme til at vilkårene for avskjed er oppfylt, sammenliknet med hva arbeidsgiver må bevise for at vilkårene for saklig oppsigelse er oppfylt.

Oppsummert gjelder § 15-5 og §§ 15-7 jf. 15-12 *oppsigelse* fra arbeidsgiver, mens § 15-14 gjelder *avskjed* fra arbeidsgiver, med andre og strengere vilkår. Paragraf 15-5 krever ikke at retten foretar en *realitetsprøving* av oppsigelsen der arbeidsgiver har bevisbyrden for de faktiske forhold. Retten må imidlertid foreta slik *realitetsprøving* både etter §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14.

Spørsmålet i det følgende er om den reklassifiserte oppsigelsen, og dermed også spørsmålet om både gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap, skal vurderes etter § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14.

Som nevnt under punkt 1.1 er en grunnleggende forskjell på en oppsigelse og en avskjed at arbeidsforholdet opphører uten oppsigelsestid ved avskjed. Jeg vil først undersøke om det er

---

<sup>39</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 470.

<sup>40</sup> Se blant annet Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II) og Skoghøy (2017) s. 914.

<sup>41</sup> Det kan gjøres unntak i «særlige tilfeller» dersom retten etter en konkret vurdering finner det «åpenbart urimelig at arbeidsforholdet fortsetter», jf. § 15-14 tredje ledd andre punktum.

<sup>42</sup> Fougner mfl. (2018) s. 978.

<sup>43</sup> *Op.cit.* forutsetningsvis.

<sup>44</sup> Ordlyden i § 15-7 første ledd sammenliknet med ordlyden i § 15-14 første ledd.

av betydning for spørsmålet om regelvalg ved reklassifisering om arbeidsforholdet rent faktisk opphører med eller uten oppsigelsestid.

I TOSLO-2006-42859 anførte arbeidstakeren at egenoppsigelsen i realiteten var en *oppsigelse* fra arbeidsgiver.<sup>45</sup> Samme dag som arbeidstakeren leverte oppsigelsen, forlot hun arbeidsstedet. I avgjørelsen kom retten til at arbeidsgiveren ikke hadde *saklig grunn til å si opp* arbeidstakeren. Retten vurderte altså den reklassifiserte oppsigelsen som en oppsigelse fra arbeidsgiver.

I TOSLO-2017-46686 sa arbeidstaker opp arbeidsforholdet og forlot arbeidet samme dag.<sup>46</sup> Arbeidstakeren anførte at oppsigelsen i realiteten var en urettmessig *avskjed* fra arbeidsgiver. I avgjørelsen kom retten til at det ikke var grunnlag for *avskjed* av arbeidstakeren. Retten vurderte altså den reklassifiserte oppsigelsen som en *avskjed* fra arbeidsgiver.

I begge rettsavgjørelsene la retten uten videre til grunn at opphøret av arbeidsforholdet skulle vurderes etter den regelen som arbeidstaker påberopte seg. Dette taler for at hvorvidt arbeidsforholdet rent faktisk opphører med eller uten oppsigelsestid, er av liten betydning spørsmålet om regelvalg ved reklassifisering.

I kjennelsen Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim) kom kjæremålsutvalget til at prosessreglene i aml. 1977 §§ 61 mfl. kom til anvendelse.<sup>47</sup> Retten tok også stilling til sakens realitet, og kom til at arbeidstakernes oppsigelser i realiteten var *avskjedigelser* fra arbeidsgiver.

Arbeidstakerne forlot arbeidet rett etter at de leverte oppsigelsene. Kjennelsen gir ikke direkte veiledning for spørsmålet om regelvalg og hvorvidt oppsigelsestid er av betydning. Det som likevel kan trekkes frem, er at det i juridisk teori både er lagt til grunn at arbeidstakerne måtte anses som *avskjediget*,<sup>48</sup> og som *oppsagt*.<sup>49</sup> De ulike oppfatningene i juridisk teori kan enten tyde på at forfatterne ikke anså det som viktig om den reklassifiserte oppsigelsen skulle regnes som en oppsigelse eller *avskjed* fra arbeidsgiver, at forfatterne var uenige eller at de ikke var bevisste problemstillingen.

Hvorvidt arbeidsforholdet opphører med eller uten oppsigelsestid, synes etter dette å være av mindre betydning for spørsmålet om regelvalg.

---

<sup>45</sup> Dommen behandles i punkt 4.1.2.

<sup>46</sup> Dommen behandles i punkt 4.1.3.

<sup>47</sup> Kjennelsen behandles i punkt 4.1.1.

<sup>48</sup> Dege Del I (2009) s. 531.

<sup>49</sup> Mo (1999) s. 149 i den retning.

I TOSLO-2017-46686, der retten kom til at arbeidstakeren måtte anses avskjediget, uttalte retten at:

[...] når retten kommer til at det foreligger en avskjed i denne saken, så er avskjeden ugyldig etter aml § 15-5 og usaklig etter aml § 15-7. Når det foreligger en ugyldig avskjed fremgår det at erstatning kan tilkjennes etter bestemmelsen i aml § 15-14 siste ledd jf. § 15-12 annet ledd.

En avskjed kan ikke kjennes ugyldig etter § 15-5, jf. forutsetningsvis § 15-14 andre ledd. Retten blandet altså sammen hvilke regler som kan brukes for å oppnå rettsvirkninger i arbeidsmiljøloven ved henholdsvis oppsigelse og avskjed. Retten blandet i tillegg sammen de ulike vilkårene og terskelen for oppsigelse og avskjed. Dette ved at de uten videre la til grunn at når vilkårene for avskjed var oppfylt, medførte det at opphøret også var en usaklig oppsigelse. Dette kan tilsa at retten i det hele tatt ikke anså spørsmålet om hvorvidt den reklassifiserte oppsigelsen skulle vurderes som en oppsigelse eller en avskjed som viktig, at de vegret seg for å ta stilling til spørsmålet, eller at de ikke var bevisst problemstillingen.

Hvorvidt en reklassifisert oppsigelse skal regnes som en *oppsigelse* som skal vurderes etter § 15-5 eller §§ 15-7 jf. 15-12 eller som en *avskjed* som skal vurderes etter § 15-14 er etter dette uavklart *de lege lata*. Rettspraksis tyder imidlertid på at retten følger arbeidstakers anførsel for løsningen av spørsmålet.

Forutsatt at den reklassifiserte oppsigelsen skal regnes som en *oppsigelse* fra arbeidsgiver, blir spørsmålet om den skal vurderes etter § 15-5 eller etter §§ 15-7 jf. 15-12.

I TOSLO-2006-42859 anførte arbeidstaker som saksøker prinsipalt at den reklassifiserte oppsigelsen var formuriktig, subsidiært usaklig. Retten tok ikke tak i anførselen om formuriktighet, og vurderte oppsigelsen ut fra synspunktet om saklighet. Retten adresserte verken forskjellene mellom reglene, eller tok eksplisitt stilling til hvorfor §§ 15-7 jf. 15-12 skulle anvendes fremfor § 15-5. Selv om dommen kan tas til inntekt for at §§ 15-7 jf. 15-12 skal anvendes fremfor § 15-5, må slutningen derfor tillegges begrenset vekt.

Arbeidstakeren i TOSLO-2006-42859 krevde kun erstatning etter arbeidsmiljøloven, og ikke gjeninntreden. Det er mulig at spørsmålet om regelvalg hadde blitt direkte adressert eller fokusert på av retten dersom arbeidstaker også hadde krevd gjeninntreden: En arbeidstaker som krever gjeninntreden vil jo presumptivt ønske å komme raskt tilbake i arbeid.



Gjeninntreden oppnås raskest dersom den reklassifiserte oppsigelsen vurderes etter § 15-5, da bestemmelsen ikke fordrer en realitetsprøving av oppsigelsen.

Oppsummert synes retten å foretrekke å behandle den reklassifiserte oppsigelsen etter §§ 15-7 jf. 15-12 fremfor § 15-5. Slutningen har imidlertid begrenset rettskildemessig vekt, ettersom slutningen kun utledes fra én rettsavgjørelse som ikke direkte adresserte spørsmålet om regelvalg.

Konklusjonen på spørsmålet jeg reiste innledningsvis er at det er nokså usikkert om den reklassifiserte oppsigelsen, og dermed også spørsmålet om både gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap, skal vurderes etter § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14. Der valget står mellom § 15-5 og §§ 15-7 jf. 15-12, må valget i lys av det gjennomgåtte under tvil bli §§ 15-7 jf. 15-12.

*De lege ferenda* kan det hevdes at retten av hensyn til arbeidstaker bør anvende § 15-5. Dette fordi en reklassifisert oppsigelse alltid vil være formuriktig, da arbeidstaker var den som objektivt sett brakte arbeidsforholdet til opphør. Arbeidstaker vil således oppnå både gjeninntreden, erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap uten at retten foretar en realitetsprøving av oppsigelsen. I så måte, er det enklere for arbeidstaker å oppnå rettsvirkningene etter § 15-5 enn etter §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14.<sup>50</sup>

Erstatning etter § 15-5 kan dessuten gis for å markere at virksomheten har gått uheldig frem.<sup>51</sup> Når arbeidstaker får medhold i anførsel om reklassifisering, har arbeidsgiver i realiteten forsøkt å omgå stillingsvernreglene. Det kan derfor hevdes at den uheldige fremgangsmåten best markeres ved at § 15-5 anvendes på den reklassifiserte oppsigelsen.

Dersom den reklassifiserte oppsigelsen vurderes etter § 15-5, vil arbeidsgiver imidlertid ikke ha mulighet til å bli hørt med sin subsidiære anførsel om at opphøret uansett er gyldig. Ettersom spørsmålet om reklassifisering beror på en konkret realitetsprøving av oppsigelsessituasjonen, passer det kanskje best med systemet om også gyldigheten av den reklassifiserte oppsigelsen underlegges en konkret vurdering etter §§ 15-7 jf. 15-12.

---

<sup>50</sup> Det kan imidlertid tenkes at arbeidstaker tilkjennes en *høyere* erstatningssum for både økonomisk og ikke-økonomisk tap dersom det reklassifiserte opphøret vurderes etter §§ 15-7 jf. 15-12 eller 15-14, enn etter § 15-5.

<sup>51</sup> Fougner mfl. (2018) s. 877.

## 2.3 Erstatning for økonomisk tap

Gjennomgangen over viser at det er nokså usikkert om en reklassifisert oppsigelse, og dermed også spørsmålet om erstatning for økonomisk tap, skal vurderes etter § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14. Arbeidstaker kan oppnå erstatning for økonomisk tap etter alle reglene, og jeg behandler disse kort i det følgende.

Paragrafene 5-5 og 15-7 jf. 15-12 anvendes på *oppsigelse* fra arbeidsgiver.

Dersom oppsigelsen kjennes «ugyldig» som følge av formuriktighet, «kan arbeidstaker kreve erstatning», jf. § 15-5 andre ledd første punktum. Jeg viser til behandlingen av ugyldighet som følge av formuriktighet i punkt 2.2. Arbeidstaker kan også kreve erstatning selv om oppsigelsen ikke kjennes ugyldig. Dette forutsetter at arbeidsgivers oppsigelse ikke er skriftlig eller inneholder pliktig informasjon, jf. § 15-5 andre ledd andre punktum jf. § 15-4.

Arbeidstaker står fritt til kun å kreve erstatning, eller kombinert med gjeninntreden, jf. forutsetningsvis § 15-5 andre ledd. Selv om retten ikke behøver å foreta en realitetsprøving av oppsigelsen etter § 15-5, må erstatningen uansett fastsettes konkret i samsvar med § 15-12 andre ledd.

Paragraf 15-7 jf. 15-12 om usaklig oppsigelse anvendes på oppsigelser fra arbeidsgiver. Det følger av § 15-12 andre ledd første punktum at arbeidstaker kan «kreve erstatning» hvis oppsigelsen for eksempel er i strid med § 15-7. En forutsetning for erstatning er at retten etter en realitetsprøving av oppsigelsen kommer til at den er usaklig.<sup>52</sup> Arbeidsgiver har som nevnt i punkt 2.2 bevisbyrden. Videre kan arbeidstakeren velge om han vil påstå bare ugyldighet eller erstatning, eller begge deler.<sup>53</sup> En grunn til at arbeidstakeren kan velge, er at arbeidsforholdet mellom partene kan ha blitt dårlig på grunn av tvisten.<sup>54</sup> Erstatningen fastsettes etter § 15-12 andre ledd andre punktum.

Paragraf 15-14 anvendes på *avskjed* fra arbeidsgiver. Arbeidstaker kan «kreve erstatning» når avskjeden er «urettmessig», jf. fjerde ledd første punktum. I forbindelse med sistnevnte vilkår, viser jeg til behandlingen i punkt 2.2. Slik som ved usaklig oppsigelse, må retten foreta en realitetsprøving av avskjeden. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at avskjeden var rettmessig.

<sup>52</sup> Fougner mfl. (2018) s. 951 forutsetningsvis.

<sup>53</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 75 til arbeidsmiljøloven 1977 § 62. Paragraf 15-12 i aml. 2005 «viderefører gjeldende bestemmelser om rettsvirkningene av usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 62», jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 337.

<sup>54</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 75 til arbeidsmiljøloven 1977 § 62.

Erstatning fastsettes også for avskjed etter § 15-12 andre ledd, jf. § 15-14 fjerde ledd andre punktum.

Oppsummert må erstatning som følge av at arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed ikke er i tråd med enten § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14, fastsettes etter § 15-12 andre ledd.

Erstatningen «fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig». Etter ordlyden skal erstatningen fastsettes etter en konkret rimelighetsvurdering. Det er for det første klart at bestemmelsen etter sin ordlyd åpner for at en arbeidstaker kan kreve *erstatning for økonomisk tap* i form av lidt tap frem til domsavsigelsen og for fremtidig tap. I tillegg kan han kreve *erstatning for ikke-økonomisk tap*.<sup>55</sup> For det andre kan erstatning etter bestemmelsen idømmes *uten at arbeidsgiver har utvist skyld*. Erstatningsansvaret er altså objektivt.<sup>56</sup> Det objektive erstatningsansvaret er det som gjør det særlig gunstig for arbeidstaker å anføre reklassifisering dersom han vil kreve erstatning. Jeg kommer tilbake til dette poenget i kapittel 3.

## 2.4 Erstatning for ikke-økonomisk tap

En arbeidstaker som høres med anførsel om reklassifisering kan som nevnt i forrige punkt kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter både § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14. Jeg viser til gjennomgangen av reglene i forrige punkt.

I forarbeidene uttales det at erstatningen «ikke bare anses som en skadeserstatning, men Også som en billighetserstatning hvor ikkeøkonomiske forhold skal tas i betraktning. [sic] Erstatningen kan dermed overstige det økonomiske tap».<sup>57</sup> Erstatningsregelen innebærer at «arbeidsgiver gjennom utmålingsbestemmelsen kan «straffes» for den rettsstridige handlingen».<sup>58</sup> På samme måte som for erstatning for økonomisk tap, er ansvaret for ikke-økonomisk tap *objektivt*. Såfremt arbeidsgiver handler i strid med en av reglene jeg

---

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 75 til arbeidsmiljøloven 1977 § 62. Paragraf 15-12 i aml. 2005 «viderefører gjeldende bestemmelser om rettsvirkningene av usaklig oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 62», jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 337.

<sup>56</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 75 til arbeidsmiljøloven 1977 § 62 forutsetningsvis. Se også Fougner mfl. (2018) s. 1290.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 75 til arbeidsmiljøloven 1977 § 62.

<sup>58</sup> Fougner (2019) s. 936.

gjennomgikk i punkt 2.3, gir loven altså hjemmel for å tilkjenne arbeidstaker erstatning for ikke-økonomisk tap på objektivt grunnlag.

## 2.5 Søksmålsfristene ved reklassifisering

Til nå har vi sett at en arbeidstaker som får medhold i anførsel om reklassifisering kan oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap i medhold av ulike regler i arbeidsmiljøloven.

Det siste spørsmålet i kapittel 2 er om en arbeidstaker som anfører reklassifisering også må overholde søksmålsfristene i arbeidsmiljøloven for å oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap. Et følgespørsmål er i så fall hvordan søksmålsfristene skal beregnes.

Paragraf 17-4 oppstiller søksmålsfrister ved «tvist om oppsigelse eller avskjed».

Bestemmelsen befinner seg i lovens kapittel 17 som gjelder «søksmål om rettigheter eller plikter etter denne lov», jf. § 17-1 første ledd. Ifølge bestemmelsens forarbeider gjelder reglene i kapittelet «uavhengig av om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som har gått til oppsigelse og uavhengig av hvem som reiser søksmål».<sup>59</sup> Kapittelet kommer også til anvendelse når arbeidstaker anfører at han sa opp etter press fra arbeidsgiver.<sup>60</sup> Arbeidstaker må altså som et utgangspunkt overholde søksmålsfristene i kapittel 17 når han anfører reklassifisering.

Den generelle<sup>61</sup> søksmålsfristen er åtte uker ved tvist om oppsigelse eller avskjed, jf. § 17-4 første ledd første punktum. Dersom arbeidstakeren kun krever erstatning, er søksmålsfristen i de samme tilfellene seks måneder, jf. § 17-4 første ledd andre punktum. Overholdelse av søksmålsfristene er en absolutt prosessforutsetning,<sup>62</sup> og dersom søksmålsfristen er oversittet, må søkmålet avvises.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 274 punkt 22.1.1.

<sup>60</sup> Fougner mfl. (2018) s. 1167 med henvisning til Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim) og Rt. 2009 s. 723.

<sup>61</sup> I aml. § 17-5 er det regler om fristforlengelse og oppfriskning ved oppsigelse under sykdom, svangerskap, foreldrepermisjon, militærtjeneste mv.

<sup>62</sup> Fougner mfl. (2018) s. 1189.

<sup>63</sup> Se for eksempel Rt. 2009 s. 723 avsnitt 42.

Et interessant spørsmål er om det kan gjøres unntak fra søksmålsfristene i medhold av § 17-4 tredje ledd når arbeidstaker anfører reklassifisering. Etter bestemmelsen kan man gjøre unntak fra søksmålsfristene når «arbeidsgivers oppsigelse eller avskjed» ikke oppfyller kravet til skriftlighet «og» innhold etter § 15-4 første og andre ledd. Ordlyden angir at det kun kan gjøres unntak fra søksmålsfristene når *arbeidsgiveren* sier opp eller avskjediger arbeidstakeren, og ikke når arbeidstakeren selv sier opp arbeidsforholdet. I reklassifiseringstilfeller har arbeidstaker som et utgangspunkt rent faktisk brakt arbeidsforholdet til opphør. Selv om en arbeidstaker påberoper seg at egenoppsigelsen skyldtes press fra arbeidsgiver, har Høyesterett slått fast at det ikke kan gjøres unntak fra fristbestemmelsene hvor det rent faktisk var arbeidstakeren som sa opp.<sup>64</sup> Det kan etter dette ikke gjøres unntak fra søksmålsfristene når arbeidstaker anfører reklassifisering.

Søksmålsfristene regnes fra «forhandlingenes avslutning», jf. § 17-4 andre ledd første punktum jf. § 17-3. Paragraf 17-3 første ledd første punktum gir en «[a]rbeidstaker som vil gjøre gjeldende at en oppsigelse eller avskjed er ulovlig», rett til å kreve forhandlinger med arbeidsgiver. Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at arbeidstaker ikke kan kreve forhandlinger når han selv sier opp. Når en arbeidstaker sier opp arbeidsforholdet og deretter krever forhandlinger under henvisning til at det i realiteten var arbeidsgiver som sa opp arbeidsforholdet, er det nærliggende at arbeidsgiver avslår kravet under henvisning til at arbeidstaker selv sa opp. Dersom forhandlinger ikke blir avholdt, begynner søksmålsfristen i å løpe når «oppsigelsen eller avskjeden fant sted», jf. § 17-4 andre ledd andre punktum jf. § 17-3 andre ledd bokstav a. I reklassifiseringstilfeller må dette forstås slik at søksmålsfristene løper fra det tidspunktet arbeidstaker avgir en viljeserklæring om oppsigelse.

## 2.6 Oppsummering

Gjennomgangen i kapittel 2 viser at en arbeidstaker som får medhold i anførsel om reklassifisering kan oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap både etter § 15-5, §§ 15-7 jf. 15-12 og § 15-14. Hvilken av de konkrete reglene den reklassifiserte oppsigelsen skal vurderes etter, er likevel ikke autoritativt avklart, selv om retten synes å foretrekke å anvende §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14. Søksmålsfristene må overholdes uansett hvilket regelsett som anvendes.

---

<sup>64</sup> Rt. 2009 s. 723 særlig avsnitt 34–36. Se også LB-2017-73133.

Spørsmålet i neste kapittel blir om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn avtalerettslige eller kontraktsrettslige regler, sett i sammenheng med erstatningsrettslige regler. For sammenlikningen og analysen i kapittel 3 legger jeg til grunn at den reklassifiserte oppsigelsen vurderes etter aml. §§ 15-7 jf. 15-12 eller § 15-14, all den tid det er disse reglene retten synes å foretrekke. Gjennomgangen i dette kapitlet viser at retten må foreta en realitetsprøving av oppsigelsen eller avskjeden begge reglene.

Jeg minner om at grunnen til at jeg reiser spørsmålet om hvorvidt arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler, er at dersom arbeidstaker like enkelt kan oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap alene eller samlet etter disse reglene, er det praktiske behovet for reklassifisering lite.

### 3 Er arbeidstaker bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler?

#### 3.1 Avtalerettslige regler som alternativ til reklassifisering

##### 3.1.1 Forholdet mellom avtalerettslige regler og reklassifisering

Som nevnt innledningsvis i punkt 1.1 er en oppsigelse fra arbeidstakeren en avtalerettslig viljeserklæring. Jeg skrev også at en forutsetning for reklassifisering er at arbeidstaker enten skriftlig, ved ord eller ved handling har fremsatt en viljeserklæring om oppsigelse overfor arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker likevel ikke ønsker å være bundet av oppsigelseserklæringen, kan han anføre at oppsigelsen enten er ugyldig eller at den kan trekkes tilbake. Hvorvidt arbeidstaker kan høres med dette, beror på avtalerettslige regler.

Avtaleloven kapittel 3 inneholder lovfestede ugyldighetshjemler som arbeidstaker kan påberope seg. Jeg skal undersøke hvilke rettsvirkninger en arbeidstaker kan oppnå ved å anføre at viljeserklæringen er ugyldig etter avtl. § 33. Årsaken til at jeg ikke behandler avtl. § 29–32 er at bestemmelsene «er kjernen i redelighetskravet i avtl. § 33, men bestemmelsen [avtl. §33] favner i tillegg videre».<sup>65</sup> Påvirkning, press o.l. som ikke omfattes av avtl. § 29–32 kan altså rammes av redelighetshetskravet i § 33.<sup>66</sup> Jeg skal også undersøke hvilke rettsvirkninger en arbeidstaker kan oppnå ved å anføre ugyldighet etter avtl. § 36. Avtl. § 36 kan dekke forholdene som rammes av § 33, men den strekker seg i tillegg lenger.<sup>67</sup> Det er likevel av interesse å også undersøke rettsvirkningene av brudd på avtl. § 33. Dette blant annet fordi vurderingstemaet i § 33 er fastere enn i § 36.<sup>68</sup>

Jeg vil også undersøke hvilke rettsvirkninger en arbeidstaker kan oppnå ved å anføre at viljeserklæringen må trekkes tilbake etter regelen om re integra, ved en analogisk anvendelse

---

<sup>65</sup> Giertsen (2014) s. 176.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Giertsen (2014) s. 203.

<sup>68</sup> *Ibid.*

av avtl. § 39 andre punktum.<sup>69</sup> Grunnen til at jeg undersøker rettsvirkningene av tilbakekall re integra i tillegg til rettsvirkningene av avtl. §§ 33 og 36, er at det «muligens [er] en smakssak om retten velger å løse saken ut fra en reklassifisering eller etter avtalerettens regler om ugyldighet og tilbakekall [sic]». <sup>70</sup> Dette da «[m]ange vurderingsmomenter er sammenfallende, og resultatet [om man påberoper reklassifisering eller avtalerettslig ugyldighet eller tilbakekall re integra] blir gjerne det samme». <sup>71</sup>

I det følgende forutsetter jeg at vilkårene for anvendelse av avtl. §§ 33, 36 og regelen om re integra er oppfylt. <sup>72</sup> Jeg behandler de materielle og prosessuelle poengene ved reglene kun i den utstrekning de er egnet til å besvare spørsmålet om hvorvidt arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn disse avtalerettslige reglene for å oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap. Jeg behandler ugyldighetsreglene først, og deretter reglen om re integra.

### 3.1.2 Ugyldighetsregler: avtaleloven §§ 33 eller 36

#### 3.1.2.1 Gjeninntreden

Virkingen av medhold i ugyldighet etter avtl. § 33 er at viljeserklæringen «ikke [binder] den, som har avgitt den». Ordlyden tilsier at viljeserklæringen ugyldiggjøres og ikke får virkning for avsender, slik at partene må se bort ifra viljeserklæringen. For oppsigelse fra arbeidstaker innebærer dette at arbeidsforholdet består, slik at han kan gjeninntre i stillingen.

Det som kan kjennes ugyldig etter avtl. § 36 er både en «avtale» og «ensidig bindende disposisjoner», jf. første ledd første og andre punktum. Et påbud er et eksempel på «ensidig bindende disposisjoner». <sup>73</sup> Som nevnt i punkt 1.1, er en oppsigelse mest fremtredende som et påbud om at de kontraktsmessige forpliktelsene i arbeidsforholdet opphører for begge parter. Rettsvirkningen av ugyldigheten er at avtalen eller den ensidige bindende disposisjonen «helt

---

<sup>69</sup> Giertsen (2014) s. 103.

<sup>70</sup> Aas (2010) s. 81.

<sup>71</sup> *Ibid* med henvisning til RG 2003 s. 283 (Borgarting).

<sup>72</sup> Se Aas (2010) kapittel 11–13 som behandler hva som skal til for at arbeidstaker anses ubundet av sin oppsigelse etter avtl. § 33, § 36 og etter regelen om re integra, samt reglens forhold hverandre og til reklassifisering.

<sup>73</sup> Giertsen (2014) s. 220.



eller delvis settes til side eller endres», jf. bestemmelsens første ledd første og andre punktum. Bestemmelsen gir i forhold til § 33 «et fleksibelt valg av reaksjoner»,<sup>74</sup> eksempelvis ved at kun deler av en avtale kan tilsidesettes. Dette er mindre praktisk i vår sammenheng. Det interessante i vår sammenheng er at arbeidstaker kan påstå at oppsigelsen er ugyldig etter § 36, med den følge at arbeidsforholdet består.

Arbeidstaker kan følgelig oppnå gjeninntreden ved å påstå og få medhold i at oppsigelsen er ugyldig etter §§ 33 eller 36. Dersom arbeidstakeren kun ønsker gjeninntreden, har han ikke noe å tjene på å anføre reklassifisering fremfor avtalerettslig ugyldighet.<sup>75</sup>

### 3.1.2.2 Erstatning for økonomisk tap

Vil arbeidstaker oppnå erstatning for økonomisk tap i tillegg eller som et alternativ til gjeninntreden, må han påberope seg andre regler enn avtl. §§ 33 eller 36. De nevnte bestemmelsene hjemler kun ugyldighet, og ikke erstatning. Arbeidstaker må kreve erstatning etter de alminnelige erstatningsreglene som bakgrunnsrett.

For at arbeidstaker skal tilkjennes erstatning må de tre hovedvilkårene for erstatning være oppfylt: arbeidstaker må være påført en erstatningsbetingende skade, det må kunne påvises et ansvarsgrunnlag, og det må være årsakssammenheng mellom skaden og den ansvarsbetingende handlingen.<sup>76</sup> All den tid arbeidstaker anfører det rettsstiftende forhold (erstatning skal tilkjennes), vil avgjørelsen gå mot ham dersom beviskravet ikke er oppfylt.<sup>77</sup> Arbeidstakeren har altså i utgangspunktet bevisbyrden.

Det alminnelige ansvarsgrunnlaget i norsk rett er culpanormen.<sup>78</sup> Ansvar etter culpanormen forutsetter at skadevolder «*kunne og burde handlet annerledes*».<sup>79</sup> Skaden må altså kunne tilregnes skadevolder «*som forsettlig eller uaktsom*».<sup>80</sup> Om arbeidsgiver har opptrådt uaktsomt beror på «en skjønnsmessig helhetsvurdering der handlingens skadeevne inngår som

---

<sup>74</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) s. 41.

<sup>75</sup> Konklusjonen kan bli en annen dersom arbeidstaker krever å stå i stilling mens tvist om oppsigelse pågår, jf. aml. § 15-11. Jeg har imidlertid avgrenset mot å behandle temaet, se punkt 1.4.

<sup>76</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 17.

<sup>77</sup> Se Skoghøy (2017) s. 911 om bevisbyrde.

<sup>78</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 68.

<sup>79</sup> *Op.cit.* s. 71.

<sup>80</sup> *Op.cit.* s. 68.

et viktig moment».<sup>81</sup> For at arbeidsgiver skal ha opptrådt culpøst og ansvarsgrunnlag skal foreligge, må arbeidsgiver altså kunne og burde ha handlet annerledes i forbindelse med forholdene som utløste arbeidstakers oppsigelse.

I tillegg til at det må foreligge et ansvarsgrunnlag for at erstatning skal bli aktuelt, må arbeidstakeren kunne påvise at han er påført en skade i form av et økonomisk tap. En slik skade kan være lidt tap og tap i fremtidig erverv, jf. forutsetningsvis skl. § 3-1 første ledd. Til slutt må arbeidstakeren kunne påvise årsakssammenheng, ved at arbeidsgiverens skyld var en nødvendig betingelse for skaden.<sup>82</sup> Det økonomiske tapet må dessuten være adekvat. I dette ligger det at «skaden må ha vært en såpass påregnelig og nærliggende følge av det ansvarsbetingende forholdet, at det er rimelig å pålegge ansvar».<sup>83</sup>

Oppsummert må arbeidstaker kunne bevise at arbeidsgiver har handlet *klanderverdigg* for at han skal bli tilkjent erstatning for økonomisk tap. Her ligger det to viktige og vesentlige forskjeller fra arbeidsmiljølovens erstatningsregler: Erstatningsansvaret i arbeidsmiljøloven er objektivt, og ansvarsgrunnlag foreligger når arbeidsgiver ikke kan bevise at oppsigelsen var saklig eller avskjeden rettmessig. Arbeidsmiljølovens regler gir altså arbeidstaker et vesentlig bedre erstatningsvern enn de alminnelige erstatningsreglene. En arbeidstaker som både ønsker rettsvirkningene gjeninntreden og erstatning for økonomisk tap, vil kunne kreve begge deler innenfor arbeidsmiljøloven.

Oppsummert er arbeidstaker altså mye bedre tjent med å anføre reklassifisering enn avtalerettslig ugyldighet når han ønsker erstatning for økonomisk tap, eventuelt kombinert med gjeninntreden.

### 3.1.2.3 Erstatning for ikke-økonomisk tap

Erstatning for ikke-økonomisk tap forutsetter en særskilt hjemmel.<sup>84</sup> Som nevnt i forrige punkt, gir verken avtl. §§ 33 eller 36 hjemmel for å tilkjenne erstatning. Bestemmelsene må

---

<sup>81</sup> *Op.cit.* s. 71.

<sup>82</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) skriver på s. 353 med henvisning til rettspraksis at «utgangspunktet [er] at en årsaksfaktor skal anses som årsak dersom den var en *nødvendig betingelse for skaden*».

<sup>83</sup> *Op.cit.* s. 403.

<sup>84</sup> Jf. blant annet Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).

også her suppleres med bakgrunnsretten som er særskilte erstatningshjemler for ikke-økonomisk tap i skadeerstatningsloven.

Etter skl. § 3-5 første ledd bokstav a kan erstatning for ikke-økonomisk tap kreves fra «[d]en som forsettlig eller grovt aktløst» har «voldt skade på person». Ordlyden «skade» åpner for at både fysisk og psykisk skade omfattes. Hva gjelder skyldkravet gir ordlyden anvisning på en kvalifisert form for uaktsomhet. Det kreves dermed grov uaktsomhet for at ansvarsgrunnlag skal foreligge, hvilket er strengere enn det alminnelige skyldkravet etter culpanormen.

Uttrykket «[d]en som» angir at ansvaret for ikke-økonomisk skade i utgangspunktet er et personlig ansvar. Dette gjelder også for den som har utført handlingene som ledd i et arbeidsforhold. Dersom arbeidstaker skal kunne kreve erstatning for ikke-økonomisk skade av arbeidsgiver som sådan, må den som har opptrådt på arbeidsgivers vegne kunne identifiseres med arbeidsgiver etter vilkårene i det ulovfestede organansvaret.<sup>85</sup> Videre har en arbeidstaker som vil kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter § 3-5 bevisbyrden for det faktum som anføres. Sammenholdt med at ansvarsgrunnlaget etter bestemmelsen er grov uaktsomhet, må beviskravet antas vanskelig å oppfylle.

Alternativet til skl. § 3-5 er skl. § 3-6. Etter § 3-6 kan arbeidstakeren kreve erstatning for ikke-økonomisk tap fra «den som har krenket privatlivets fred, såfremt han har utvist uaktsomhet eller vilkårene for straff er oppfylt», jf. første ledd første og andre punktum. Ansvarsgrunnlaget uaktsomhet er mindre strengt enn grov uaktsomhet i § 3-6, men arbeidstakeren må i tillegg bevise at arbeidsgiveren har «krenket privatlivets fred». Ifølge bestemmelsens forarbeider, viser «krenket privatlivets fred» til § 267 i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – heretter strl.).<sup>86</sup> Det må altså foreligge en objektiv overtredelse av det som anses som «privatlivets fred» i strl. § 267 for ansvar etter skl. § 3-6.

Oppsummert er det vanskelig for en arbeidstaker å kreve erstatning for ikke-økonomisk tap etter skl. §§ 3-5 eller 3-6. Grunnen er for det første at skl. § 3-5 fordrer at arbeidsgiver har utvist kvalifisert grad av skyld. Videre er det vel bare i sjeldne tilfeller at den skadevoldende handlingen fra arbeidsgiveren eller noen som kan identifiseres med ham har påført arbeidstakeren en psykisk skade – enda sjeldnere en fysisk skade. Hva gjelder skl. § 3-6 fordrer bestemmelsen en «krenkelse[...]» av «privatlivets fred». Selv om en arbeidsgiver for

---

<sup>85</sup> Om organansvaret, se Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 250–253.

<sup>86</sup> Ot.prp. nr. 22 (2008–2009) s. 488.

eksempel presser arbeidstaker til å skrive under på oppsigelse, innebærer dette ikke nødvendigvis en krenkelse av arbeidstakerens privatliv. I tillegg må arbeidstaker også etter denne bestemmelsen bevise at arbeidsgiver har utvist skyld.

En arbeidstaker som kun ønsker erstatning for ikke-økonomisk tap, eventuelt kombinert med gjeninntreden og/eller erstatning for økonomisk tap, er etter dette vesentlig bedre tjent med å anføre reklassifisering. Dette fordi arbeidsmiljøloven § 15-12 i seg selv gir hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap, samt at ansvarsgrunnlaget er objektivt og foreligger dersom arbeidstaker ikke kan bevise at oppsigelsen var saklig eller avskjeden rettmessig. Til sammenlikning er det arbeidstaker som må bevise at arbeidsgiver har utvist skyld eller grov skyld under skadeerstatningslovens regler. I tillegg beror erstatning for ikke-økonomisk tap etter aml. § 15-12 på en rimelighetsvurdering, slik at det ikke er et vilkår at arbeidstakeren er påført en konkret skade.

### 3.1.3 Tilbakekall av viljeserklæringen om oppsigelse: re integra

#### 3.1.3.1 Gjeninntreden

I tillegg til at en oppsigelse er et påbud, er det som nevnt under punkt 1.1 også et løfte om å avslutte arbeidsforholdet. Som alternativ til avtalerettslig ugyldighet, kan arbeidstaker påberope seg at løftet om oppsigelse må regnes som trukket tilbake etter regelen om re integra, ved en analogisk anvendelse av avtl. § 39 andre punktum. Når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, fritas løftegiveren fra løftet.<sup>87</sup> Dersom arbeidstaker får medhold i at oppsigelsen er tilbakekalt etter regelen om re integra, er rettsvirkningen dermed at arbeidsforholdet består, slik at arbeidstaker kan gjeninntre i stillingen. Dersom arbeidstakeren kun krever gjeninntreden, er han således ikke bedre tjent med å anføre reklassifisering enn regelen om re integra.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Giertsen (2014) s. 103.

<sup>88</sup> Konklusjonen kan bli en annen dersom arbeidstaker krever å stå i stilling mens tvist om oppsigelse pågår, jf. aml. § 15-11. Jeg har imidlertid avgrenset mot å behandle temaet, se punkt 1.4.

### 3.1.3.2 Erstatning for økonomisk tap

Regelen om tilbakekall re integra utgjør ingen erstatningshjemmel. Som ved avtalerettslig ugyldighet, må erstatning kreves etter de alminnelige erstatningsreglene som bakgrunnsrett. Jeg viser til fremstillingen under punkt 3.1.2.2. En arbeidstaker som får medhold i tilbakekall av løfte om oppsigelse må bevise at arbeidsgiveren har utvist skyld dersom det skal komme på tale med erstatning for økonomisk tap. Erstatningsansvaret i arbeidsmiljøloven er objektivt, og arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen eller avskjeden var lovlig. Arbeidstaker er følgelig best tjent med å anføre reklassifisering dersom han ønsker erstatning for økonomisk tap alene eller i tillegg til gjeninntreden.

### 3.1.3.3 Erstatning for ikke-økonomisk tap

Arbeidstakeren må påvise en særskilt hjemmel som grunnlag for erstatning for ikke-økonomisk tap. Jeg viser til fremstillingen i punkt 3.1.2.3. Også der arbeidstaker ønsker erstatning for ikke-økonomisk tap i tilfelle av tilbakekall av oppsigelsen, er han klart best tjent med å anføre reklassifisering. Jeg viser til begrunnelsen i punkt 3.1.2.3.

## 3.2 Kontraktsrettslige regler som alternativ til reklassifisering

### 3.2.1 Forholdet mellom kontraktsrettslige regler og reklassifisering

Undertiden kan en arbeidstaker oppleve arbeidsforholdet som så belastende at han ikke holder ut å fortsette i stillingen én dag til. Mulige årsaker kan være mobbing, trakassering, manglende lønnsutbetaling eller et dårlig psykososialt arbeidsmiljø<sup>89</sup> skapt av arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker i slike tilfeller forlater arbeidsplassen for godt, kan han anføre at avslutningen av arbeidsforholdet var en rettmessig heving av arbeidsavtalen fordi forhold på arbeidsgivers side medførte et vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.<sup>90</sup> Hevingsretten etter

---

<sup>89</sup> Med «dårlig psykososialt arbeidsmiljø» sikter jeg i denne oppgaven til «problemer av sosial/psykososial art, som trakassering, mobbing, sosial isolasjon og uheldig kontakt med andre mv.», se Fougner mfl. (2018) s. 204. Uttalelsen knytter seg til innholdet i aml. § 4-3 som oppstiller krav til det psykososiale arbeidsmiljøet.

<sup>90</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) skriver på s. 469 at: «Dersom arbeidsgiver vesentlig misligholder sine forpliktelser i arbeidsforholdet, kan arbeidstaker heve arbeidsavtalen.»

alminnelige kontraktsrettslige regler gjelder også i arbeidsforhold.<sup>91</sup> Heving innebærer at arbeidstaker kan fratse stillingen umiddelbart, og at arbeidsgivers lønnsplikt faller bort.<sup>92</sup> I det følgende forutsetter jeg at arbeidstaker rettmessig kan heve arbeidsavtalen som følge av at arbeidsgiver vesentlig har misligholdt arbeidsavtalen. Når arbeidsgiver misligholder arbeidsavtalen, kan kontraktsrettslige regler om erstatning komme i spill. Spørsmålet blir om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn kontraktsrettslige regler om heving og erstatning ved arbeidsgivers mislighold, for å oppnå gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap.

### 3.2.2 Gjeninntreden

Konsekvensen av at arbeidstaker høres med rettmessig heving er som nevnt at arbeidsforholdet opphører umiddelbart – partene har ikke lenger plikter og rettigheter overfor hverandre. Dette medfører at det ikke finnes noen jobb å gjeninntre i for arbeidstaker. Det er dermed ingen poeng for arbeidstaker å påberope seg vesentlig mislighold i kontraktsforholdet dersom han ønsker å gjeninntre i stillingen. Da må han heller påberope seg reklassifisering, eller eventuelt avtalerettslige regler som gjennomgått i punkt 3.1.2.1 og 3.1.3.1.

### 3.2.3 Erstatning for økonomisk tap

Når avslutningen av arbeidsforholdet er en rettmessig heving av arbeidsavtalen, har arbeidsgiver vesentlig misligholdt arbeidsavtalen. I slike tilfeller kan arbeidstaker i tillegg til heving, kreve erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler.<sup>93</sup> Arbeidstaker kan tilkjennes den positive kontraktsinteressen, ved for eksempel å legge ned påstand om krav på det han hadde tjent om arbeidsavtalen ble gjennomført.<sup>94</sup> I tillegg til mislighold, må man også ved erstatning i kontrakt kunne påvise et ansvarsgrunnlag, en erstatningsbetingende skade og årsakssammenheng mellom ansvarsgrunnlaget og skaden.<sup>95</sup> Jeg viser til tidligere behandling av vilkåret om skade og årsakssammenheng i punkt 3.1.2.2.

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 77 til aml. 1977 § 66 forutsetningsvis. Paragraf 15-14 i aml. 2005 «innebærer en videreføring av arbeidsmiljøloven § 66», jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 338.

<sup>93</sup> Se for eksempel Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).

<sup>94</sup> Hov og Høgberg (2017) s. 200 i den retning. Forfatterne skriver generelt om erstatning som følge av kontraktsbrudd – ikke spesielt om arbeidsforhold.

<sup>95</sup> Hagstrøm og Stenvik (2015) s. 18.

Vedrørende vilkåret om ansvarsgrunnlag, må det enten foreligge «skyld eller objektivt ansvar i henhold til lov eller «alminnelige kontraktsrettslige regler»». <sup>96</sup> Det kan stilles spørsmål ved om arbeidsmiljølovens objektive erstatningsansvar kan anvendes analogisk når arbeidstaker hever arbeidsavtalen. Høyesterett lot spørsmålet stå åpent i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) på s. 1517. Etter mitt skjønn kan det ikke være adgang til en analogisk anvendelse av erstatningsansvaret i § 15-12 andre ledd, all den tid bestemmelsen er av positivrettslig karakter og at det derfor ville ha uthullet det objektive erstatningsansvaret i loven om ansvaret kunne ha blitt benyttet analogisk. <sup>97</sup> Man må derfor falle tilbake på skyldansvaret etter culpa-normen, slik gjennomgått under punkt 3.1.2.2. Etter kontraktsrettslige regler er det allikevel slik at arbeidsgiver har bevisbyrden for at han ikke kan bebreides for kontraktsbruddet, og følgelig for at ansvarsgrunnlag ikke foreligger. <sup>98</sup> Dette innebærer at forskjellen på om arbeidstaker krever erstatning for økonomisk tap som følge av brudd på stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven, eller som følge av at arbeidsgiver begår et kontraktsrettslig brudd på arbeidsavtalen, er mindre. Ettersom erstatningsansvaret i arbeidsmiljøloven er objektivt, er arbeidstaker likevel best tjent med å anføre reklassifisering.

### 3.2.4 Erstatning for ikke-økonomisk tap

Til slutt er spørsmålet om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn regler om erstatning i kontrakt for å oppnå erstatning for ikke-økonomisk tap, eventuelt også erstatning for økonomisk tap. Slik erstatning fordrer som nevnt at det kan påvises en særskilt hjemmel. Det kan også for erstatning for ikke-økonomisk tap stilles spørsmål ved om arbeidsmiljølovens objektive erstatningsansvar kan anvendes analogisk når arbeidstaker rettmessig hever arbeidsavtalen. I Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) uttalte Høyesterett på s. 1517 om hjemmelen for ikke-økonomisk tap i § 62, nå § 15-12 andre ledd, at denne «neppe [kan] benyttes utenfor sitt område». <sup>99</sup> I lys av Høyesteretts uttalelse, sammenholdt med at det ville ha uthullet det objektive erstatningsansvaret i arbeidsmiljøloven om ansvaret kunne ha

---

<sup>96</sup> Hov og Høgberg (2017) s. 200.

<sup>97</sup> Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 485 i samme retning. De skriver at: «Erstatningsbestemmelsen [aml. § 15-12 andre ledd] gjelder kun der det foreligger en oppsigelse eller avskjed i arbeidsmiljølovens forstand. Der dette ikke er tilfellet, må et erstatningskrav bygge på alminnelige kontraktsrettslige eller erstatningsrettslige regler.»

<sup>98</sup> Fougner mfl. (2018) s. 952 med henvisning til Rt. 2012 s. 983 avsnitt 115.

<sup>99</sup> Paragraf 62 i aml. 1977 er videreført i aml. 2005 § 15-12, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 337.

blitt benyttet analogisk på rettmessig heving fra arbeidstaker, er det etter mitt skjønn ikke adgang til å anvende aml. § 15-12 andre ledd analogisk.<sup>100</sup>

Hvis arbeidstakeren skal tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap, må det dermed hjemles i skl. §§ 3-5 eller 3-6.<sup>101</sup> Jeg viser til fremstillingen under punkt 3.1.2.3. Dersom arbeidstakeren kun ønsker erstatning for ikke-økonomisk tap, eventuelt kombinert med erstatning for økonomisk tap, er han altså klart best tjent med å anføre reklassifisering fremfor regler om erstatning i kontrakt.

### 3.3 Konklusjon

Gjennomgangen i kapittel 3 viser at svaret på om arbeidstaker er bedre tjent med å anføre reklassifisering enn alternative regler, er et forbeholdent «ja».

Dersom arbeidstaker ønsker gjeninntreden, viser gjennomgangen at arbeidstaker er like godt tjent med å påberope seg avtalerettslige regler som reklassifisering.<sup>102</sup> En arbeidstaker som i tillegg til gjeninntreden vil kreve erstatning for økonomisk tap og ikke-økonomisk tap, er imidlertid klart best tjent med å anføre reklassifisering. Dette skyldes både at arbeidsmiljøloven § 15-12 i seg selv gir hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap, at ansvarsgrunnlaget i arbeidsmiljøloven er objektivt slik at arbeidsgiver har bevisbyrden for at oppsigelsen eller avskjeden var saklig eller rettmessig. I tillegg krever arbeidsmiljøloven ikke at arbeidstaker må være påført en konkret skade for at erstatning skal tilkjennes. For erstatning utenfor arbeidsmiljøloven, har arbeidstaker bevisbyrden for at arbeidsgiver har utvist enten alminnelig eller grov skyld, og han må i tillegg kunne påvise at han har blitt påført en konkret skade, og eventuelt også en hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap.

---

<sup>100</sup> Se i samme retning Mo (1999) som på s. 149 skriver at «dersom arbeidstakeren også vil kreve erstatning for *ikke-økonomisk tap*, må han prosedere på at det foreligger en de facto-oppsigelse fra arbeidsgiveren. Slik erstatning krever et særlig grunnlag. aml. § 62 andre ledd, som omfatter også ikke-økonomisk tap, kommer bare til anvendelse dersom det foreligger en oppsigelse, jf. Rt-1997-1506 [sic]».

<sup>101</sup> Har arbeidstaker blitt *diskriminert* eller *trakassert* under utføring av arbeidet, kan han dessuten anføre erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk tap uten hensyn til arbeidsgivers skyld, jf. aml. § 13-1 første og andre ledd, jf. § 13-9 første ledd og lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (heretter likestillings- og diskrimineringsloven) § 29 jf. §§ 6 og 13, jf. § 38. Arbeidsgiver har bevisbyrden for at det ikke er begått diskriminering eller trakassering dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som «gir grunn til å tro at det har funnet sted» slik atferd, jf. aml. § 13-8 og likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

<sup>102</sup> Konklusjonen kan bli en annen dersom arbeidstaker krever å stå i stilling mens tvist om oppsigelse pågår, jf. aml. § 15-11. Jeg har imidlertid avgrenset mot å behandle temaet, se punkt 1.4.



Dersom arbeidstaker ønsker gjeninntreden, er det verken praktisk eller nødvendig å anføre at avslutningen av arbeidsforholdet var en rettmessig heving. Når arbeidstaker derimot ønsker å oppnå erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap som følge av misligholdet, er han klart best tjent med å påberope seg reklassifisering. Begrunnelsen er den samme som i avsnittet overfor.

Reklassifisering er etter dette den muligheten arbeidstaker har til enklest å samlet kreve gjeninntreden, erstatning for økonomisk tap og erstatning for ikke-økonomisk tap ved opphør av arbeidsforholdet. Arbeidstaker er videre klart best tjent med å anføre reklassifisering dersom han ønsker erstatning for økonomisk tap og/eller erstatning for ikke-økonomisk tap. Gjennomgangen viser altså at det er et praktisk behov for reklassifisering i norsk rett.

Spørsmålet i kapittel 4 blir i hvilke tilfeller det er adgang til reklassifisering. Dette beror på en analyse av rettspraksis. Rettspraksisen er strukturert etter de ulike faktiske typetilfellene jeg oppdaget da jeg gjorde rettskildesøk. Fremstillingen har ikke til hensikt å være en uttømmende oversikt over alle typetilfeller der spørsmålet om reklassifisering *kan* oppstå. All den tid reklassifisering alltid beror på en konkret vurdering av realiteten i oppsigelsessituasjonen, er det uansett ikke et mål å gi en slik uttømmende oversikt.

Underveis i analysen i kapittel 4 vil jeg under hvert typetilfelle trekke slutninger fra rettspraksis for spørsmålet om hvorvidt reklassifisering kan skje, før jeg til slutt trekker samlede slutninger fra rettspraksisen og forsøker å utlede en generell retningslinje for i hvilke tilfeller det er adgang til reklassifisering. Avslutningsvis i kapitlet fremsetter jeg noen betraktninger *de lege ferenda* om mitt syn på rettens håndtering av spørsmålet om reklassifisering, i lys av konklusjonen i kapittel 3.

## 4 I hvilke tilfeller er det adgang til reklassifisering?

### 4.1 Arbeidstaker leverer skriftlig oppsigelse under møte med arbeidsgiver

#### 4.1.1 Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim)

I Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim), som ble behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg, ble tre arbeidstakere som arbeidet som barbetjening på et hotell konfrontert med anklager om ølsvinn under et møte med arbeidsgiver. På slutten av møtet leverte de skriftlige egenoppsigelser, som de så trakk tilbake henholdsvis syv og 11 dager senere. Arbeidstakerne saksøkte deretter arbeidsgiver med krav om erstatning for urettmessig avskjed.

Spørsmålet for kjæremålsutvalget var om «de prosessuelle regler i arbeidsmiljøloven §§ 61 flg, som etter sin ordlyd gjelder for arbeidsgivers oppsigelser og avskjedigelser, etter omstendighetene kommer til anvendelse også på oppsigelser fra arbeidstakeren».<sup>103</sup>

Spørsmålet ble besvart bekreftende. Da kjæremålsutvalget behandlet det prosessuelle spørsmålet, tok de også stilling til sakens realitet – om arbeidstakernes egenoppsigelser i realiteten var avskjedigelser fra arbeidsgiveren. Retten uttalte på side 560 at:

Møtet begynte ca kl 1730 og varte til ca kl 2200. Arbeidstakerne var innkalt til møtet uten å ha fått opplyst hva møtet gjaldt, og de var ikke informert om ølsvinnet. *Innkallingen fremstår derfor som en overrumpning.* Saken var på dette tidspunkt heller ikke tilstrekkelig opplyst fra ledelsens side, idet flere mulige forklaringer på det svinn som var avdekket, ikke var undersøkt. *Ledelsen forsøkte å legge bevisbyrden for at det ikke forelå uregelmessig atferd fra arbeidstakernes side på disse.* De fikk heller ikke reelle muligheter for å søke faglige råd, og de ble ikke gitt tid til nødvendige overveielser og gjennomtenkning av konsekvensene av egen oppsigelse. *Ledelsen presset på for å komme frem til en avgjørelse i møtet.* Styreformannen opplyste at *saken ville bli politianmeldt, og han foreholdt arbeidstakerne risikoen for negativ omtale i media mv dersom de ikke selv sa opp stillingene.*

---

<sup>103</sup> Fra februar 1995 gjaldt de prosessuelle reglene også arbeidstakers oppsigelse, se bl.a. Fougner mfl. (2018) s. 1163.

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

Det første som kan utledes av kjennelsen er at selv om arbeidstakeren er den som formaliserer opphøret av arbeidsforholdet, kan oppsigelsen likevel regnes som en oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiveren dersom arbeidstakeren blir stilt overfor et ultimatum som må besvares innen kort tid: enten må han si opp selv, eller så blir han sagt opp. I kjennelsen måtte arbeidstakerne fatte en beslutning om oppsigelse i løpet av et kveldsmøte som de ble innkalt til uten å vite noe mer om temaet for møtet. Under møtet ble arbeidstakerne altså stilt overfor et stort press om å si opp arbeidsforholdet, og arbeidsgivers holdning om at arbeidsforholdet skulle opphøre ble tilstrekkelig klart tilkjennegitt overfor arbeidstakerne.

Det andre som kan utledes av kjennelsen er hvilke momenter som kan inngå i den konkrete vurderingen av om det var arbeidsgiver som i realiteten sa opp arbeidstaker. Disse er omfanget av presset som arbeidstakeren blir utsatt for, om arbeidstakeren er kjent med hva møtet med arbeidsgiver skal omhandle og dermed om møtet fremstår som en overrumpning, samt om arbeidsgiver forsøker å legge bevisbyrden for at det ikke foreligger uregelmessig atferd på arbeidstakeren. Det kan også legges vekt på hvilke muligheter arbeidstakeren har til å områ seg og til å søke faglige råd, og om det blir fremsatt trusler om negative følger dersom arbeidstakeren ikke selv sier opp.

I juridisk teori er det uttalt at det forhold at arbeidsmiljølovens prosessregler ble ansett å komme til anvendelse i den konkrete saken, innebar at forholdet måtte betraktes som en avskjed i relasjon til arbeidsmiljøloven.<sup>104</sup> Videre er det i annen juridisk teori tatt til orde for at Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim), og kjennelser før denne, gjør det «klart at det etter omstendighetene kan bli bedømt som en oppsigelse fra arbeidsgiveren dersom arbeidstakeren er blitt presset til å si opp avtalen».<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> Dege Del I (2009) s. 531.

<sup>105</sup> Mo (1999) s. 149. I samme retning Aas (2010) s. 82–84.

## 4.1.2 TOSLO-2006-42859

Dommen TOSLO-2006-42859 gjaldt en ung kvinne som under et møte med arbeidsgiver skriftlig sa opp sin stilling som selger i firmaet. Kvinnen brakte saken inn for retten og anførte at arbeidsgiver hadde satt henne i en tvangssituasjon som medførte at hun sa opp stillingen. Hun hevdet at dette måtte innebære at egenoppsigelsen i realiteten var en oppsigelse fra arbeidsgiver. Ettersom oppsigelsen verken var formriktig eller saklig, måtte hun tilkjennes erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven. Hun krevde ikke dom for ugyldig oppsigelse med gjeninntreden som følge.

Et av hovedspørsmålene i saken var om «det må anses godtgjort at arbeidstakeren ble utsatt for et utilbørlig press da hun på møtet 15. november 2005 valgte å si opp sin stilling». Retten besvarte spørsmålet bekreftende. Tingretten vurderte det som tilstrekkelig bevist at kvinnen under møtet fikk valget mellom enten å selge opp mot budsjettkravet på i overkant av kroner 150 000 i løpet av de to kommende ukene, eller si opp selv. Ettersom det måtte ha fremstått som «temmelig umulig» for kvinnen å selge opp mot budsjettkravet innen fristen, kom retten til at kvinnen var utsatt for et «utilbørlig press». Retten fant det også bevist at dersom kvinnen ikke «selv tok konsekvensen av situasjonen», ville hun «bli sparket og dessuten havne i arkivet over de sparkede og ikke få god attest». Til slutt la retten vekt på at kvinnen ikke fikk mange minutter til å områ seg før hun eventuelt måtte levere egenoppsigelse, at hun var ung og ikke hadde skilt seg ut i negativ forstand ved utførelse av salgsarbeidet, at hun var alene i møtet, og at hun kun hadde arbeidet for firmaet i to måneder.

Tingretten uttalte at «[d]et er imidlertid på det rene at selv en klanderverdig fremprovosert egenoppsigelse ikke uten videre kan være erstatningsbetingende dersom arbeidsgiveren likevel hadde et grunnlag for å si opp arbeidstakeren». Arbeidsgiver kunne ikke vise til en saklig grunn, og tingretten konkluderte med at arbeidstakeren i saken «reelt sett [har] vært utsatt for en usaklig oppsigelse fra arbeidsgiverens side». Arbeidstakeren ble derfor tilkjent erstatning både for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven.

Det som kan utledes av dommen er at arbeidstakers oppsigelse kan bli å anse som en oppsigelse fra arbeidsgiver dersom den er «klanderverdig fremprovosert». Oppsigelsen er «klanderverdig fremprovosert» dersom arbeidstaker er utsatt for et utilbørlig press. Dette kan være tilfellet om arbeidstaker ikke har et reelt valg med tanke på oppsigelsen. I dommen var

det urealistisk at arbeidstakeren kunne oppnå budsjettkravet innen fristen, slik at hun ikke hadde et reelt valg med tanke på oppsigelsen. I dommen la tingretten dessuten vekt på mange av de samme vurderingsmomentene som kjæremålsutvalget la vekt på i Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim), slik som tidspress, om arbeidstaker hadde mulighet til å forhøre seg med noen og til å områ seg, og trusler om negative reaksjoner dersom arbeidstaker ikke selv sa opp.

I TOSLO-2006-42859 uttalte retten at en fremprovosert egenoppsigelse likevel ikke er erstatningsbetingende dersom arbeidsgiver kan vise til slike saklige grunner for oppsigelsen som kreves etter arbeidsmiljøloven. Grunnen til at dette poenget ikke ble tatt opp av kjæremålsutvalget i Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim) kan være at kjennelsen ikke direkte omhandlet erstatningsspørsmålet. Årsaken til at poenget tas opp i TOSLO-2006-42859 kan være at det i utgangspunktet ikke er noe i veien for at arbeidsgiver gir arbeidstaker valget mellom å si opp selv eller å bli sagt opp. Det kan være mindre belastende for arbeidstaker å si opp selv hvis arbeidstaker har en saklig grunn til å si henne opp, for eksempel hvis arbeidstakeren har gjort en dårlig jobb.<sup>106</sup> Dersom arbeidsgiver ikke har en saklig grunn til å si opp arbeidstaker, vil en fremprovosert egenoppsigelse fra arbeidsgiver i realiteten være en måte å omgå arbeidsmiljølovens stillingsvernregler på.

### 4.1.3 TOSLO-2017-46686

I TOSLO-2017-46686 skrev en telefonselger under på en oppsigelse som arbeidsgiver presenterte for henne under et møte. Arbeidstaker anførte for retten at hun ble presset til å si opp stillingen sin, slik at hun i realiteten ble urettmessig avskjediget av arbeidsgiver. Hun anførte at avskjeden var ugyldig og usaklig, og krevde erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven. Hun krevde ikke ugyldiggjøring med gjeninntreden som følge.

Spørsmålet for retten var om arbeidstakeren «har blitt presset til å levere sin oppsigelse av [arbeidsgiver] eller om hun frivillig sa opp sin stilling». Tingretten uttalte at:

Ved vurderingen skal det vektlegges alle omstendigheter rundt oppsigelsen slik som, arbeidstakers stilling, virksomhetens art, den tid arbeidstager fikk til å områ seg, hvorvidt

---

<sup>106</sup> Mo (1999) s. 149.

arbeidstager benyttet seg av rådgiver og hvor lang tid det tok fra egenoppsigelse til den trekkes tilbake.

Tingretten viste til at arbeidsplassen var av en helt utradisjonell karakter. Grunnen var at arbeidstaker ved å si ja til å arbeide, forpliktet seg til å gå i prosessgrupper utenfor arbeidstid. Dersom arbeidstaker ikke deltok i prosessgruppen, ville det få konsekvenser for arbeidsforholdet. Dette, sett i sammenheng med arbeidstakers stilling og tidspresset hun var under til å bestemme seg for om hun skulle si opp eller ikke, innebar etter rettens skjønn at arbeidstaker var utsatt for press til å si opp. Hun hadde ikke «[...] noe alternativ når [arbeidsgiver] fremla en oppsigelse for signering». Tingretten konkluderte derfor med at arbeidstaker oppsigelse i realiteten var en avskjed fra arbeidsgiver. Etersom arbeidsgiver ikke kunne vise til at avskjeden var rettmessig, ble arbeidstaker tilkjent erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven.

#### 4.1.4 Slutninger fra rettspraksis i relasjon til typetilfellet

Gjennomgangen viser at retten har åpnet for å gi arbeidstaker medhold i anførsel om reklassifisering i de tilfeller der arbeidstaker leverer skriftlig oppsigelse under et møte med arbeidsgiver. Reklassifisering forutsetter i så fall at arbeidstaker er stilt overfor et utilbørlig press – et ultimatum om å si opp selv eller bli sagt opp. Det er altså ikke nok at arbeidstakeren kun tar initiativet til eller oppfordrer arbeidstaker til å si opp.<sup>107</sup>

Hvorvidt reklassifisering kommer på tale i det konkrete tilfellet, beror forøvrig på en konkret helhetsvurdering. Momenter er blant annet tidspresset arbeidstaker står overfor med tanke på å bestemme seg for om han skal si opp eller ikke, hvilken mulighet arbeidstaker har til å søke råd fra andre, om arbeidsgiver fremsetter trusler, arbeidstakers stilling og om møteinnkallelsen fremstår som en overrumpling. Erstatning etter arbeidsmiljøloven fordrer dessuten at arbeidsgiver ikke kan vise til en gyldig grunn for oppsigelsen eller avskjeden.

Gjennomgangen viser også at retten i dette typetilfellet ikke anser det som avgjørende at det var arbeidstaker som fremsatte viljeserklæringen om oppsigelse. Det avgjørende synes å være om arbeidsgiveren klart har tilkjennegitt overfor arbeidstakeren at arbeidsforholdet skal opphøre innen kort tid, slik at arbeidstakers oppsigelse i realiteten ikke var frivillig.

---

<sup>107</sup> Mo (1999) s. 150 i den retning.

## 4.2 Arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet som følge av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø

### 4.2.1 Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek)

I Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) ble tre apotekere sykemeldt med diagnosen depressiv nevrose da de arbeidet ved samme apotekfilial. Etter utløpet av henholdsvis sykemeldingsperiodene for to av arbeidstakerne og en svangerskapspermisjon for en av arbeidstakerne, returnerte de tre apotekerne ikke til arbeidsstedet. Selv om arbeidstakerne hvis sykemeldingsperiode var utløpt ble ansett arbeidsføre av legen, ble de av helsemessige grunner ikke ansett i stand til å returnere til tidligere arbeidssted. Årsaken var det dårlige arbeidsmiljøet.

Apotekerne hevdet at arbeidsgiveren drev med utstrakt detaljkontroll av dem. Detaljkontrollen skjedde ved at arbeidsgiveren kontrollerte bestillingene som ble gjort fra apotekfilialen. Hun var ofte innom apoteket, selv om hun hadde sitt daglige arbeidssted annensteds. I tillegg kommuniserte arbeidsgiveren med apotekerne ved å legge igjen en betydelig mengde lapper og sende telefakser. Lappene hadde av og til et ubehagelig og negativt innhold.

Arbeidstakerne anførte prinsipalt at arbeidsgiverens opptreden måtte anses som en usaklig oppsigelse av dem, og at de derfor kunne kreve erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven. Subsidiært anførte de at de uansett måtte tilkjennes erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

Da Høyesterett vurderte om apotekerne måtte anses som oppsagt, uttalte retten på side 1511 at en oppsigelse fra arbeidsgiver i utgangspunktet er et påbud, og at oppsigelsen skal skje skriftlig. Retten uttalte videre at det i relasjon til spørsmålet om erstatning etter arbeidsmiljøloven ikke var avgjørende at en oppsigelse var skjedd skriftlig. Oppsigelsen kunne også gis muntlig eller i handling. Høyesterett uttalte deretter på side 1512 at:

*Det er dokumentert at apoteker A [arbeidsgiver] høsten 1994 overfor bestyrer B [en av de tre apotekerne] ga uttrykk for at det kunne bli aktuelt med oppsigelse, men noen oppsigelse ble ikke meddelt [apotekerne], verken skriftlig eller muntlig. Det foreligger heller ikke*

*opplysninger om noen konkret handling som kan betraktes som en oppsigelse fra As [arbeidsgivers] side. [...] Etter en totalvurdering og i tråd med anbefaling fra legen, fant de ikke å kunne gå tilbake til sine stillinger. Selv om dette skyldtes det dårlige arbeidsmiljøet som hadde utviklet seg gjennom årene, og som A [arbeidsgiver] etter lagmannsrettens flertalls vurdering hadde ansvaret for, er det for anstrengt å rubrisere forholdet som oppsigelse fra apotekerens [arbeidsgiverens] side. Jeg kan heller ikke se at det er behov for å ty til en slik betraktningssmåte. Jeg viser til at arbeidstakerne vil ha vern gjennom alminnelige kontraktsrettslige regler. (mine kursivering)*

Ettersom arbeidstakerne ikke kunne regnes som oppsagt av arbeidsgiver, kom ikke erstatningsregelen i arbeidsmiljøloven til anvendelse. Arbeidstakerne ble imidlertid tilkjent erstatning for økonomisk tap i medhold av alminnelige kontraktsrettslige regler som følge av at arbeidsgiveren vesentlig hadde misligholdt sine plikter ovenfor dem og kunne bebreides for misligholdet.

Arbeidstakerne ble altså ikke hørt med anførsler om reklassifisering i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek). Premissene kan tolkes slik at retten ikke anså *det konkrete tilfellet* som tilstrekkelig for reklassifisering. Retten synes imidlertid ikke å utelukke at reklassifisering kan skje når arbeidstaker sier opp som følge av at arbeidsgiver har skapt et dårlig psykososialt arbeidsmiljø. Dommen må likevel tas inntekt for at retten heller foretrekker å løse slike saker gjennom alminnelige kontraktsrettslige regler. Dette da arbeidstakeren uansett «vil ha vern» gjennom slike regler.

#### 4.2.2 LB-2000-1128

LB-2000-1128 gjaldt en arbeidstaker som tilkjennega i et brev sendt til arbeidsgiveren i juni 1998 at hun ikke ville gjenoppta arbeidsforholdet etter endt permisjon. Fem måneder senere brakte hun saken inn for retten og anførte at hun i realiteten hadde vært utsatt for en usaklig oppsigelse av arbeidsgiver. Grunnen var ifølge arbeidstakeren at en annen hadde blitt tilbudt og angivelig takket ja til stillingen hennes mens hun var i permisjon. Hun oppfattet det slik at det måtte være uttrykk for at hun var uønsket i selskapet og at hun ikke hadde et annet valg enn å si opp. Oppfattelsen skyldtes at hun angivelig hadde sett andre ansatte som var uønsket i firmaet bli trakassert og mobbet til å si opp.



Innledningsvis uttalte lagmannsretten med henvisning til Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) at oppsigelse kan være «gitt muntlig eller ved handling, for eksempel hvor arbeidsgiver har stilt arbeidstaker overfor et ultimatum og på denne måten presset frem en egenoppsigelse». Det ble også slått fast at arbeidstakeren hadde bevisbyrden for at oppsigelsen i realiteten var en oppsigelse fra arbeidsgivers side. Lagmannsretten kunne verken se at det forelå en skriftlig eller muntlig oppsigelse fra arbeidsgiver, ei heller at «hendelsene i mai 1998 hadde en slik karakter at A med rette kunne anse seg som oppsagt.» Lagmannsretten fant det heller ikke bevist at et annen skulle overta arbeidstakerens stilling. Lagmannsretten uttalte deretter at:

A kan utvilsomt ha opplevd situasjonen som svært vanskelig og følelsesmessig sterkt belastende. Men dette er ikke ensbetydende med at arbeidsgiver har sagt henne opp.

Retten kom til at arbeidsgiveren ikke hadde sagt opp arbeidstakeren, og arbeidstakeren fikk derfor ikke medhold i krav om erstatning etter arbeidsmiljøloven. Arbeidstakeren fikk heller ikke medhold i påstand om erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler.

### 4.2.3 Slutninger fra rettspraksis i relasjon til typetilfellet

Gjennomgangen viser at en arbeidstaker som har sagt opp arbeidsforholdet som følge av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø som arbeidsgiver er ansvarlig for, per dags dato ikke har fått medhold i reklassifisering og krav om erstatning etter arbeidsmiljølovens regler. Dommene stenger imidlertid ikke for at det *kan* komme på tale med reklassifisering i disse tilfellene. I juridisk teori er det hevdet at «[I]isten for å «reklassifisere» i slike tilfeller er [...] høy, jf. Rt. 1997 s. 1506».<sup>108</sup> Det anses ikke tilstrekkelig for reklassifisering at arbeidstakeren blir anbefalt av lege å ikke returnere til det konkrete arbeidet etter utløpet av sykemeldingsperioden som følge av helsemessige årsaker, se Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek). Det anses heller ikke tilstrekkelig for reklassifisering at arbeidstaker opplever situasjon i tilknytning til arbeidsforholdet som følelsesmessig sterkt belastende, se LB-2000-1128.

Felles for dommene er at arbeidsforholdet som sådan og relasjonen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, var dårlig. Arbeidsgiverne hadde imidlertid ikke på noen måte tilkjennegitt overfor arbeidstakerne at arbeidsforholdet faktisk skulle opphøre. Det kunne altså ikke

---

<sup>108</sup> Aas (2010) s. 85.

påvises et konkret handlingsbidrag eller press fra arbeidsgiverne som kunne sies å fremprovosere arbeidstakernes oppsigelser.

### 4.3 Arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet som følge av manglende lønnsutbetaling

Det siste typetilfellet av reklassifisering som meg bekjent har vært oppe i rettspraksis, er der arbeidstaker avslutter arbeidsforholdet som følge av manglende lønnsutbetaling. I

LE-2016-120043 fikk ikke arbeidstaker lønn for timene han arbeidet som transportør av hvitevarer. Arbeidstakeren forlot arbeidet, og begynte å jobbe annensteds.<sup>109</sup> Arbeidstakeren anførte at han som følge av manglende lønnsutbetaling ble stilt i en oppsigelsessituasjon, og at han derfor *de facto* var oppsagt. På denne bakgrunn krevde han erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap etter arbeidsmiljøloven, men ikke gjeninntreden.

Lagmannsretten uttalte at arbeidsgiveren ikke hadde meddelt arbeidstakeren en formriktig oppsigelse, men at en oppsigelse også kan gis muntlig eller i handling. Retten uttalte videre at:

*Det følger av rettspraksis at det er en relativt høy terskel for å konstatere at det har skjedd en oppsigelse i handling fra arbeidsgiver. Det foreligger ikke nødvendigvis en faktisk oppsigelse selv om arbeidsgiver vesentlig misligholder sine plikter i arbeidsforholdet. Det må foreligge en konkret atferd som viser at arbeidsgiver har inntatt det standpunkt at arbeidstaker skal fratruke. (mine kursivering)*

Lagmannsretten delte seg i et flertall og et mindretall (4-1) ved vurderingen av det konkrete oppsigelsesspørsmålet. Flertallet kom til at arbeidsgiveren ikke verken muntlig eller ved handling hadde sagt opp arbeidstakeren, og uttalte at det:

*[...] verken er naturlig eller behov for å kategorisere manglende lønnsutbetaling som en oppsigelse. Det vises til at arbeidstaker i en slik situasjon vil ha vern gjennom alminnelige kontraktsrettslige regler. (mine kursivering)*

Da oppsigelsen ikke kunne tilskrives arbeidsgiveren, kom heller ikke erstatningsregelen i arbeidsmiljøloven til anvendelse. Mindretallet kom på sin side til at det forelå en formløs

---

<sup>109</sup> Jeg forstår dommens faktum slik at arbeidstaker i handling sa opp stillingen, og ikke at han «fantegikk». Saken er derfor et reklassifiseringstilfelle som kan benyttes i analysen av rettspraksisen.

oppsigelse fra arbeidsgiver ved at han ikke kontaktet arbeidstaker for nye oppdrag, men at erstatning ikke kunne tilkjennes etter arbeidsmiljøloven som følge av flertallets standpunkt.

Det som kan utledes av dommen er at retten var varsom med å kalle manglende lønnsutbetaling for en oppsigelse fra arbeidsgiveren. Det avgjørende for oppsigelsesspørsmålet syntes å være om arbeidsgiver konkret hadde gitt uttrykk for at arbeidsforholdet skulle bringes til opphør. Når det ikke kunne påvises slik konkret atferd fra arbeidsgiveren, var retten av den oppfatning at alminnelige kontraktsrettslige regler uansett ga arbeidstaker et tilstrekkelig vern.

#### 4.4 Samlede slutninger fra rettspraksis og betraktninger *de lege ferenda*

Gjennomgangen i punkt 4.1–4.3 viser at det eneste typetilfellet der retten har gitt arbeidstaker medhold i anførsel om reklassifisering, er når arbeidstaker leverer oppsigelse under møte med arbeidsgiveren. Dersom arbeidstaker sier opp som følge av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø eller manglende lønnsutbetaling, anser retten det som for «anstrengt»<sup>110</sup> eller ikke «naturlig»<sup>111</sup> å kalle forholdet for en oppsigelse (eller avskjed) fra arbeidsgiver.

Det som kjennetegner typetilfellet der arbeidstaker har blitt hørt med reklassifisering, er at arbeidstaker er utsatt for et konkret press fra arbeidsgiver ved at han blir stilt ovenfor et ultimatum om enten å si opp selv eller bli sagt opp. Arbeidstaker har kort tid på seg til å fatte avgjørelsen, og blir kanskje også truet med negative konsekvenser dersom han ikke selv sier opp. Arbeidsgiver utviser dermed et *handlingsbidrag til oppsigelsen som er konkret, tidsavgrenset og ganske eksplisitt*. Det foreligger nærmest en oppsigelse eller avskjed ved konkludent atferd fra arbeidsgiver.<sup>112</sup> I disse tilfellene er det nærliggende at arbeidstaker ikke ville avgitt viljeserklæring om oppsigelse dersom det ikke skyldtes presset fra arbeidsgiver. Dersom retten skulle ha lagt avgjørende vekt på formalitetene ved oppsigelsen i dette typetilfellet, ville det vært lett for arbeidsgiver å omgå stillingsvernreglene. Det er i tillegg et

---

<sup>110</sup> Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).

<sup>111</sup> LE-2016-120043.

<sup>112</sup> Om konkludent atferd som grunnlag for usaklig oppsigelse skriver Dege (2009) Del II på s. 1025 at det ved: «utilbørlig opptreden fra arbeidsgivers side [...] kan bli tale om *konkludent usaklig oppsigelse fra arbeidsgivers side*, selv om det er den ansatte som slutter tilsynelatende frivillig». Se også Mo (1999) som på s. 137 skriver at «[o]ppsigelsen kan være [...] gitt i handling (konkludent atferd)».

poeng at det utilbørlige presset som arbeidsgiver utviser, i tid og sted sammenfaller med at arbeidstaker sier opp arbeidsforholdet.

I tilfellene der arbeidstakers oppsigelse er en følge av et dårlig psykososialt arbeidsmiljø eller manglende lønnsutbetaling, har arbeidsgiver *ikke utøvd et konkret, tidsavgrenset press overfor arbeidstaker*. Arbeidstakeren er heller ikke stilt direkte overfor et ultimatum som må avgjøres innen kort tid om å si opp selv eller bli sagt opp. I disse typetilfellene har arbeidstaker hatt tid til å rådføre seg med andre, og har også i teorien hatt mulighet til å ta opp problemet med arbeidsgiver. Det som kjennetegner disse typetilfellene er at arbeidstaker opplever et slags udefinert press, ubehag eller en belastning som følge av forhold på arbeidsgiversiden. Man kan altså ikke påvise et konkret handlingsbidrag fra arbeidsgiver som utløser eller medfører arbeidstakers oppsigelse.

I lys av den gjennomgåtte rettspraksisen kan følgende generelle retningslinje oppstilles for i hvilke tilfeller det synes å være adgang til reklassifisering: Reklassifisering kan komme på tale i de tilfeller der arbeidstakers oppsigelse fremsettes som følge av et konkret og tidsavgrenset press fra arbeidsgiver av et slikt omfang og en slik karakter at arbeidstaker ikke har et reelt valg med hensyn til om arbeidsforholdet skal opphøre. I slike tilfeller, kan oppsigelsen like godt ses som en konkludent oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgiver med den konsekvens at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler kommer til anvendelse.

Avslutningsvis vil jeg komme med noen betraktninger *de lege ferenda* i relasjon til at retten synes å vektlegge at det ikke var «behov»<sup>113</sup> for å reklassifisere i tilfelle av dårlig psykososialt arbeidsmiljø eller manglende lønnsutbetaling, da arbeidstaker uansett ville ha «vern gjennom alminnelige kontraktsrettslige regler».<sup>114</sup>

I dommene som gjaldt et dårlig psykososialt arbeidsmiljø og manglende lønnsutbetaling krevde arbeidstaker erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk tap. Jeg tolker rettens uttalelser om at det ikke var behov for å reklassifisere i disse tilfellene dithen at retten mente at arbeidstaker *like enkelt* kunne kreve erstatning etter kontraktsrettslige regler som etter arbeidsmiljølovens regler. Gjennomgangen min i kapittel 3 viser at det er mye vanskeligere for arbeidstaker å oppnå erstatning både for økonomisk og for ikke-økonomisk tap etter

---

<sup>113</sup> Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) og LE-2016-120043.

<sup>114</sup> *Ibid.*

kontraktsrettslige regler enn etter arbeidsmiljølovens regler. Jeg er derfor uenig i rettens standpunkt, og jeg er i alle tilfeller av den oppfatning at retten burde ha begrunnet standpunktet ytterligere.

Etter mitt skjønn bør retten, når den behandler spørsmålet om arbeidstakers oppsigelse kan reklassifiseres, fokusere på hvorvidt det kan oppstilles *retningslinjer* for vurderingen, og ikke på om arbeidstaker har *vern* etter andre regler. Dersom retten fokuserer på *retningslinjer* for vurderingen, oppnår man klarere rammer for når det er adgang til reklassifisering sammenliknet med om man skal vurdere det konkrete *behovet* for reklassifisering fra sak til sak.

## 5 Kilde- og litteraturliste

### 5.1 Lover

2017	Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
2005	Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).
1969	Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeerstatning (skadeerstatningsloven).
1918	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeseerklæringer (avtaleloven).

### 5.2 Forarbeider

Ot.prp. nr. 22 (2008–2009)	Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning).
Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
NOU 2004: 5	Arbeidslivslovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
Ot.prp. nr. 5 (1982–1983)	Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel).

Ot.prp. nr. 41 (1975–1976)

Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn  
m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

### 5.3 Rettspraksis

Rt. 2009 s. 723.

Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).

Rt. 1995 s. 555 (Hotel Maritim).

Rt. 1992 s. 64 (P-pilledom II).

LB-2017-73133.

LE-2016-120043.

LB-2000-1128.

TOSLO-2017-46686.

TOSLO-2006-42859.

### 5.4 Litteratur

Dege Del I (2009)

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett Del I*,  
Minerva 2009.

Dege Del II (2009)

Dege, Jan Tormod, *Den individuelle arbeidsrett Del II*,  
Minerva 2009.

Eckhoff (2001)

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan. E  
Helgesen, Universitetsforlaget 2001.

Fougner (2019)

Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: styringsrett,  
samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget  
2019.

Fougner mfl. (2018)

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei  
Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven: lov av 17. juni 2005  
nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.:  
lovkommentar*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018.

- Giertsen (2014) Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2014.
- Hagstrøm og Stenvik (2015)<sup>115</sup> Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik, *Erstatningsrett*, Universitetsforlaget 2015.
- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Papinian 2017.
- Mo (1999) Mo, Einar, «Oppsigelse i arbeidsforhold fra en avtalerettslig synsvinkel», *Lov og Rett* 1999, s. 131–159.
- Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2017.
- Skoghøy (2017) Skoghøy, Jens Edvin. A, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017.
- Aagaard, Melsom og Weltzien (2012)<sup>116</sup> Aagaard, Erik C., Nina Melsom og Kurt Weltzien, *Bedriftens personalhåndbok: rett og plikt i arbeidsforhold*, 8. utgave, Gyldendal Norsk Forlag 2012.
- Aas (2010) Aas, Tonje Forså, «Forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler – utvalgte problemstillinger», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 5 2010, s. 1–121.

---

<sup>115</sup> 2. utgave av boken kom først i salg 03.12.19. Da oppgaven leveres 10.12.19, har jeg brukt utgaven fra 2015.

<sup>116</sup> 9. utgave av boken kom først i salg 06.12.19. Da oppgaven leveres 10.12.19, har jeg brukt utgaven fra 2012.



