

Opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse

Arbeidsgivers mulighet til å si opp en gyldig arbeidsavtale før arbeidstakers tiltredelse

Kandidatnummer: 82

Antall ord: 13000



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11. desember 2023

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| Innholdsfortegnelse | 1 |
| 1 Innledning..... | 3 |
| 1.1 Tema og problemstilling | 3 |
| 1.2 Temaets aktualitet | 4 |
| 1.3 Begrepsavklaringer..... | 5 |
| 1.4 Metode og rettskildebildet..... | 6 |
| 1.5 Avgrensninger og den videre fremstilling..... | 7 |
| 2 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven og den alminnelige kontraktsretten..... | 9 |
| 2.1 Innledning og kort om arbeidsavtaler..... | 9 |
| 2.2 Når kommer arbeidsmiljøloven til anvendelse?..... | 9 |
| 2.3 Oppsigelse etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler | 12 |
| 2.4 Gjeldende rett ved oppsigelser før arbeidstakers tiltredelse..... | 13 |
| 2.4.1 Rt. 1988 s. 766 <i>Gravid vikar</i> og Rt. 2004 s. 76 <i>Allmennlærerdommen</i> | 13 |
| 2.4.2 Rettstilstanden etter Rt. 2004 s. 76..... | 15 |
| 2.4.3 Oppsummering av gjeldende rett | 20 |
| 2.5 Unntak der stillingsvernreglene gjør seg gjeldende før tiltredelse | 21 |
| 3 Opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse | 23 |
| 3.1 Innledning..... | 23 |
| 3.2 Oppsigelse av arbeidsavtaler som opphørsgrunn | 24 |
| 3.3 Heving av arbeidsavtaler som opphørsgrunn | 27 |
| 3.4 Læren om bristende forutsetninger som opphørsgrunn..... | 29 |
| 3.5 Finnes det andre rettslige grunnlag for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse? | 32 |
| 3.6 Opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse regulert i andre land..... | 33 |
| 3.6.1 Sverige..... | 34 |
| 3.6.2 Danmark | 35 |
| 4 Saksbehandlingsregler ved og virkninger av opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse | 36 |
| 4.1 Innledning..... | 36 |
| 4.2 Saksbehandlingsregler..... | 36 |
| 4.3 Arbeidstakers krav på erstatning eller kompensasjon | 37 |
| 4.4 Rett til å stå i stillingen?..... | 40 |
| 5 Oppsummering og avsluttende betraktninger | 42 |
| 5.1 Oppsummering | 42 |
| 5.2 Refleksjoner | 42 |
| Kilderegister | 44 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for masteroppgaven er ensidig opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse. Med «arbeidsavtaler» menes avtalen som regulerer vilkårene og samarbeidsforholdet mellom arbeidsgivere og arbeidstakere. Arbeidsavtalen utgjør grunnlaget for ethvert arbeidsforhold. Hovedregelen er at det inngås en skriftlig arbeidsavtale med et avtalt fremtidig tidspunkt for arbeidstakerens «tiltredelse» i stillingen. Tiltredelse er det tidspunkt arbeidstakeren skal starte i arbeidet.

Utgangspunktet er at arbeidsavtaler – i likhet med andre avtaler – skal holdes. En arbeidsavtale er bindende for begge parter, også før arbeidstaker har tiltrådt i stillingen. I det virkelige liv kan det likevel oppstå situasjoner der en inngått arbeidsavtale av ulike årsaker ønskes, eller må, bringes til opphør. Problemstillingen er i hvilke tilfeller en arbeidsgiver som har inngått en gyldig arbeidsavtale kan si seg løst fra avtalen, før arbeidstaker har tiltrådt stillingen.

Oppgaven vil undersøke hva som er gjeldende rett og hvilke regler arbeidsgiver er pliktet til å følge. Det klare utgangspunktet er at arbeidsmiljøloven har regler om opphør av arbeidsforhold etter tiltredelse.

Et arbeidsforhold er en gjensidig bebyrdende avtalerelasjon. Dette innebærer at også den alminnelige kontraktsretten og avtalelovens regler kan komme til anvendelse i forbindelse med opphør. Denne oppgaven vil undersøke samspillet mellom arbeidsmiljøloven og avtaleloven i situasjoner hvor en arbeidsgiver ønsker å si seg løst fra en arbeidsavtale.

Det kan tenkes en rekke forskjellige årsaker til at en arbeidsgiver ønsker å avslutte en arbeidsavtale før arbeidstakers tiltredelse. Hensynet til det varierte spekteret av situasjoner gjør det utfordrende å behandle alle tilfeller likt. Dette fremprovoserer spørsmålet om det er behov for en generell regel, eller om en generell regel kan gi uheldige utslag i det praktiske liv, noe jeg vil komme tilbake til.

1.2 Temaets aktualitet

Samfunnet og arbeidsmarkedet er kontinuerlig i endring. Nåtidens økonomiske utfordringer og økt usikkerhet i mange bransjer fører til at arbeidsgivere og virksomheter opplever større usikkerhet på arbeidsplassen. Dette kan føre til at virksomheter ser behov for å reforhandle allerede inngåtte avtaler om kommende ansettelse, eller at de ser seg nødt til å si opp arbeidstakere som skulle startet i nær eller fjern fremtid. Problemstillingen anses derfor relevant og aktuell i dagens samfunn.

NRKs artikkel fra 15. juli 2023¹ viser temaets aktualitet og relevans. Artikkelen handler om «Maria» som allerede i oktober 2022 sikret seg fast jobb fra høsten 2023. Dette førte til at Maria og kjæresten hennes startet en prosess med å flytte fra Bergen til Oslo. Marias kjæreste byttet kontorsted, paret fikk finansieringsbevis for å kjøpe ny leilighet i Oslo, og Maria solgte leiligheten sin i Bergen. Kun tre dager etter Maria solgte leiligheten i Bergen fikk hun en e-post fra den kommende arbeidsgiveren om at virksomheten trakk seg fra arbeidsavtalen. Maria mistet jobben hun signerte kontrakten på for mange måneder siden, allerede før hun startet i stillingen. Studenten Maria fikk ingen kompensasjon fra virksomheten, selv om hun hadde innrettet seg til at hun skulle starte i jobben og hadde kommet langt i prosessen ved å flytte til Oslo. Artikkelen tar opp at situasjonen anses som en gråsoner innenfor arbeidsretten. Dette kan føre til mange vanskelige og ulike skjebner for arbeidstakere som innretter seg til en arbeidsavtale. Artikkelen viser derfor hvorfor temaet er modent for en gjennomgang.

Et sentralt spørsmål i oppgaven er derfor hvorvidt en arbeidstaker som allerede har signert en gyldig arbeidsavtale med forventning om fremtidig ansettelse, bør omfattes av arbeidsmiljølovens vern. Oppgaven vil også utforske hvordan spørsmålet om opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse harmonerer med eksisterende regelverk, herunder arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler² og avtalerettslige prinsipper. Balansen mellom arbeidsgiveres behov for fleksibilitet og arbeidstakerens krav på vern står sentralt for å undersøke partenes behov for vern. Problemstillingen anses relevant både for arbeidsgivere og arbeidstakere som har inngått arbeidsavtaler.

¹ <https://www.nrk.no/trondelag/maria-mistet-jobben-i-oslo-for-hun-hadde-begynt-da-var-leiligheten-i-bergen-allerede-solgt-1.16467621> (lest 22. oktober 2023)

² Arbeidsmiljølovens kapittel 15.

I tillegg er temaet relevant gjennom at det ikke eksisterer klare retningslinjer eller lovregler som direkte regulerer situasjonen. Dette kan føre til ulik behandling fra virksomhet til virksomhet og fra arbeidstaker til arbeidstaker.

Samlet sett anser jeg temaet av stor betydning. Det berører fundamentale spørsmål om rettferdighet, og balansen mellom arbeidstaker- og arbeidsgiverinteresser. Videre setter det fokus på behovet for tilpasning i en stadig skiftende økonomisk og forretningsmessig virkelighet, for både virksomheter og arbeidstakere.

1.3 Begrepsavklaringer

Oppgaven omhandler kontraktsforholdet mellom arbeidstakere og arbeidsgivere. Etter arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav a skal en *arbeidsavtale* angi partenes identitet. Partene i en arbeidsavtale er *arbeidsgiver* og *arbeidstaker*.³

En *arbeidstaker* legaldefineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Ordlyden tilsier etter en naturlig forståelse en person som er ansatt for å gjennomføre oppgaver for andre. Forarbeidene fremhever at en arbeidstaker normalt er «økonomisk avhengig som lønnsinntaker og står i et organisatorisk avhengighetsforhold som innebærer underordning i forhold til arbeidsgiver.»⁴ I NOUen fra 2004 pekes det på at stillingsvernreglene skal sikre trygge ansettelsesforhold for arbeidstakeren, som også inkluderer reglene om arbeidsforholds opphør.⁵

Videre i oppgaven vil begrepet *arbeidstaker* også brukes om en arbeidstaker som enda ikke har tiltrådt sin stilling, selv om det ikke legges til grunn at arbeidstakeren har samme rettigheter som en arbeidstaker som har tiltrådt sin stilling.

En *arbeidsgiver* legaldefineres i arbeidsmiljøloven § 1-8 andre ledd som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». En naturlig forståelse tilsier at det må eksistere en arbeidstaker for at noen eller noe skal anses som en arbeidsgiver. I forarbeidene vises det til at det rettssubjekt som er arbeidsgiver, som regel vil være sammenfallende med arbeidsgivers

³ Fougner (2018) s. 61.

⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 73.

⁵ NOU 2004: 5 s. 288.

virksomhet. Hovedregelen «er at arbeidstakers rettigheter er knyttet til den enkelte virksomhet».⁶

Arbeidsmiljøloven § 1-8 avgrensar dermed hvem som er rettighets- og pliktsubjekter etter loven. Personer som ikke omfattes av arbeidsgiver- eller arbeidstakerbegrepet, har derfor i utgangspunktet verken rettigheter eller forpliktelser etter arbeidsmiljøloven.

En avtale kan være både *gyldig* og *ugyldig*. I oppgaven vil begrepet gyldig avtale brukes om avtaler som er bindende fra avtaleinngåelsen. Motsatt brukes begrepet ugyldige avtaler om avtaler som ikke er bindende på grunn av at det foreligger klassisk avtalerettslig ugyldighet, uavhengig av når forholdet som fører til dette blir oppdaget.

Oppsigelser av arbeidsavtaler er regulert i arbeidsmiljølovens kapittel 15. Kapittelet inneholder lovens stillingsvernsregler, og de sentrale vilkår og fremgangsmåten for avslutninger av arbeidsforhold. Begrepet oppsigelse vil brukes i de tilfellene arbeidsavtalen skal bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler. Det er også den alminnelige måten å avslutte et arbeidsforhold på.⁷ Oppsigelsesbegrepet vil også brukes utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. Dette vil imidlertid være klargjort i det enkelte tilfellet.

1.4 Metode og rettskildebildet

Problemstillingen som oppgaven gjelder faller innenfor både arbeidsretten og den alminnelige kontraktsretten. Arbeidsmiljøloven og tilgrenset lovgivning er omfattende. Lovgivningen setter rammene for arbeidsavtalene mellom arbeidstakere og arbeidsgivere.

Temaet i oppgaven er imidlertid ikke direkte regulert i arbeidsmiljøloven. Det er heller ikke kommentert i lovens forarbeider. Arbeidsmiljøloven vil imidlertid komme til anvendelse der den kan være relevant for oppgaven. Lovens bestemmelser vil benyttes ved sammenligning mellom forhold som faller utenfor og innenfor lovens anvendelsesområde.

Praksis fra Høyesterett er en viktig rettskildefaktor i norsk rett. Dette gjelder også innenfor både arbeidsretten og avtaleretten. Høyesterettsavgjørelser kan ha forskjellige funksjoner som rettskilde.⁸ I denne masteroppgaven er det særlig én høyesterettsavgjørelse som er relevant, den

⁶ Ot.pr. nr. 49 (2004–2005) s. 74.

⁷ Arbeidsmiljøloven § 15-4, se også Hagstrøm (2011) s. 39.

⁸ Nygaard (2004) s. 205–210.

såkalte *Allmennlærerdommen* inntatt i Rt. 2004 s. 76. I dommen behandler Høyesterett grensen mellom arbeidsmiljøloven og alminnelig kontraktsrett. Sakens faktum og betydning for temaet vil bli behandlet senere i oppgaven.

På grunn av fravær av relevante høyesterettsdommer vil jeg også se på rettspraksis fra lagmannsretten og tingretten. Hvilken vekt det kan legges på avgjørelser fra underinstansene er det uenighet i den juridiske teori om. Nils Nygaard viser til at der det finnes ingen eller få dommer fra Høyesterett, burde dommer fra lavere instanser kunne ha en viss interesse. Forfatteren hevder at utgangspunktet uansett må være at den løsningen dommen inneholder, må kunne regnes som juridisk teori og ha minst like stor interesse som dette.⁹ Det trekkes frem at underrettspraksis i forbindelse med ulovfestet rett, kan fungere som bidrag til regeldanning eller presisering av rettsituasjonen for det aktuelle rettsspørsmålet.¹⁰ Jeg vil derfor behandle underrettspraksis i noen grad som juridisk teori, men først og fremst bruke det til belyse praktiske og faktiske tilfeller, samtidig som jeg vil se på hvilke faktiske vurderinger de ulike domstolene har tatt.

Til tross for at det finnes lite høyesterettspraksis om temaet, er problemstillingen relativt grundig utforsket i juridisk teori. Det er flere teoretikere som har adressert vilkårene som legges til grunn for arbeidsgiveres mulighet til å terminere en fremtidig arbeidskontrakt før arbeidstakeren har påbegynt den planlagte stillingen, og enda flere som kommenterer forholdet mellom arbeidsmiljøloven og den alminnelige kontraktsretten. Relevant teori vil bli gjennomgått og vurdert i lys av oppgavens problemstilling.

I enkelte deler av oppgaven vil også utenlandsk rett bli berørt, herunder svensk og dansk rett. Det komparative perspektivet begrunnes i den tradisjonelle betydning svensk og dansk rett har hatt innenfor norsk rett, spesielt på privatrettens område. Rettskildesituasjonen både innenfor arbeidsretten og avtaleretten kan i stor grad sies å harmonisere med den norske rettstilstanden. Henvisninger til teori og rettspraksis fra de nevnte land vil derfor være av interesse.

1.5 Avgrensninger og den videre fremstilling

Opgaven er delt inn i fem kapitler. Temaet er avgrenset til å gjelde opphør av *gyldige* arbeidsavtaler før tiltredelse, nærmere bestemt vilkårene for opphør. Det avgrenses mot

⁹ Nygaard (2004) s. 210 med videre henvisninger.

¹⁰ Nygaard (2004) s. 326.

ugyldige arbeidsavtaler. Bakgrunnen for avgrensningen er at situasjonen hvor en arbeidsavtale sies opp før tiltredelse på grunn av ugyldighet er hyppigere og mer utbredt diskutert i teorien. Samtidig finnes det også mer rettspraksis som dreier seg om ugyldige avtaler. Rettstilstanden anses derfor mer avklart, enn der avtalen er gyldig. Relevant rettspraksis og juridisk teori som gjelder ugyldige arbeidsavtaler vil likevel berøres der dette er relevant for oppgavens fremstilling.

Hovedfokuset i oppgaven er opphør av arbeidsavtaler som er begrunnet i *arbeidsgivers forhold*. Med arbeidsgivers forhold menes opphør av arbeidsavtalen som forekommer på grunn av forhold som ligger på arbeidsgivers eller virksomhetens side.

Oppgaven behandler kun *ensidig* opphør av arbeidsavtaler. Et ensidig opphør tilsier at det ikke er enighet mellom partene om opphøret av kontrakten.

I kapittel 2 vil fokuset være på samspillet mellom arbeidsmiljøloven og den alminnelige kontraktsretten. Det vil undersøkes når arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse og hva som er gjeldende rett for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse. Perioden etter at en arbeidstaker har tiltrådt stillingen vil kun bli behandlet for sammenligningsformål. Deretter vil jeg i kapittel 3 ta for meg, og drøfte, hvilke muligheter en arbeidsgiver har når virksomheten ønsker å bringe en arbeidsavtale til opphør før den kommende arbeidstakeren har tiltrådt stillingen. I kapittel 4 undersøkes konsekvensene av at en gyldig arbeidsavtale avsluttes før tiltredelse. Jeg vil undersøke hvilke saksbehandlingsregler som gjelder, og om en arbeidstaker har krav på erstatning og å kunne kreve å få stå i stillingen under forhandlinger med arbeidsgiver. Etter en gjennomgang av gjeldende rett, gis en oppsummering i kapittel 5, med innslag av noen avsluttende refleksjoner om hvordan jeg mener problemstillingen burde vært regulert.

Lovteksters og øvrige rettskildefaktorerers fulle navn i fremstillingen fremgår av kilderegisteret. For enklere å skille rettsavgjørelser fra hverandre, benyttes enkelte kallenavn.

Alle kursiveringer og uthevninger i fremstillingen er foretatt av meg, med mindre annet er angitt.

2 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven og den alminnelige kontraktsretten

2.1 Innledning og kort om arbeidsavtaler

En gyldig arbeidsavtale følger de samme bindingsregler som andre avtaler. Det gjelder i utgangspunktet ingen formkrav og arbeidsavtalen kan inngås både muntlig, skriftlig eller gjennom konkludent atferd.¹¹ Spørsmålet om en arbeidsavtale er bindende for partene, beror på alminnelige avtalerettslige prinsipper.¹² Dette kommer uttrykkelig frem av Rt. 1988 s. 766 *Gravid vikar*.¹³ I Rt. 1998 s. 1357 *Oslo Kommune* s. 1362 legger retten til grunn at ansettelse utgjør den handlingen som gjør en arbeidsgiver til part i rettsforholdet mellom denne og arbeidstakeren. Dette synspunktet nyter også støtte i teorien.¹⁴

Til tross for at arbeidsavtaler likner alminnelige avtaler, anser man likevel individuelle arbeidsavtaler som unike sammenlignet med andre kontrakter.¹⁵ Teorien fremhever tre hovedtrekk som skiller en arbeidsavtale fra en alminnelig avtale. For det første etablerer arbeidsavtalen, i tillegg til det økonomiske aspektet, et sosialt forhold. For det andre er en arbeidsavtale, i motsetning til de fleste andre, ikke en kontrakt mellom likeverdige parter. Til slutt er arbeidsavtalens karakter dynamisk, og den forutsetter en kontinuerlig regulering og oppdatering gjennom kontraktsforholdets varighet.¹⁶

2.2 Når kommer arbeidsmiljøloven til anvendelse?

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke direkte fra hvilket tidspunkt lovens bestemmelser generelt, eller lovens bestemmelser om stillingsvern, gjøres gjeldende fra. Problemstillingen er heller ikke behandlet i lovforarbeidene.¹⁷ Det neste som skal drøftes er derfor fra hvilket tidspunkt arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse.

¹¹ Jakhelln (2006) s. 218.

¹² Hotvedt (2016) s. 299.

¹³ Dommens faktum gjøres rede for i punkt 2.4.1.

¹⁴ Hotvedt (2016) s. 140 med videre henvisninger.

¹⁵ Aas (2010) s. 38 med videre henvisninger.

¹⁶ Aas (2010) s. 39 med henvisning til Evju 2003 s. 6–10.

¹⁷ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 214

Arbeidsmiljøloven gjelder for «virksomhet som sysselsetter arbeidstaker», jf. § 1-2. Virksomhetens formål må forsøkes oppnådd gjennom «*underordning av personer under en annens vilje*».¹⁸ Denne aktiviteten må drives ved hjelp av arbeidstakere. Etter blant annet Rt. 1997 s. 1458 *Dykker*¹⁹ tolkes kravet slik at arbeidstakeren må være tilknyttet virksomheten gjennom en arbeidsavtale.²⁰ Stian Evju forstår dette som at det er et inngangsvilkår om at en arbeidsavtale mellom partene *må* være inngått for at arbeidsmiljøloven skal gjelde.²¹ Det er imidlertid ikke klart om forfatteren mener at loven skal få anvendelse allerede fra inngåelsen av arbeidsavtalen, eller om dette er et slags minimumsvilkår for at loven i det hele tatt kan gjelde mellom partene.

Ordlyden i arbeidsmiljølovens § 1-8 (1) kan gi et inntrykk av at arbeidstakeren må ha tiltrådt stillingen. Bestemmelsen viser til «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». En naturlig forståelse av «utfører» tilsier at arbeidstakeren må gjennomføre en form for arbeid for en annen for å kunne være omfattet av ordlyden. Dette forstås derfor som at en arbeidstaker må ha tiltrådt en stilling for å være underlagt bestemmelsen. En tiltredelse har funnet sted når en arbeidstaker har møtt frem til avtalt tid og sted for å gjennomføre det avtalte arbeid.²² Før tiltredelse har ikke arbeidstakers plikt til å stille arbeidskraft til rådighet, eller arbeidsgivers plikt til å utbetale lønn.²³

Henning Jakhelln tar imidlertid til orde for at ordlyden i § 1-8 ikke er tilsiktet, og at en ikke kan legge for stor vekt på formuleringen og utformingen av lovteksten. Selv legger han større vekt på reelle hensyn i relasjon til bestemmelsen.²⁴ Marianne Hotvedt hevder at inngåelse av en arbeidsavtale er det sentrale inngangsvilkåret for å være omfattet av pliktene etter arbeidsmiljøloven og annen verneavgivning.²⁵

Siri Falch-Olsen og Ruben Hoffgaard argumenter for at ordlyden i arbeidsmiljøloven §§ 1-2 og 1-8 gir uttrykk for at lovens regler først trer i kraft når en arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon for virksomheten. Samtidig påpeker de at flere av lovens bestemmelser gir

¹⁸ Ot.prp. nr. 31 (1935) s. 9.

¹⁹ Rt. 1997 s. 1458 avsnitt 33.

²⁰ Hotvedt (2016) s. 139.

²¹ Evju (1979) s. 13.

²² Jakhelln (2006) s. 221.

²³ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 219.

²⁴ Jakhelln (2006) s. 223.

²⁵ Hotvedt (2016) s. 139.

arbeidstaker vern før tiltredelse, slik at ordlydene i de nevnte paragrafer ikke alene kan gi grunnlag for en slik konklusjon.²⁶

Lasse Gommerud Våg påpeker også at det er flere regler i arbeidsmiljøloven som gjelder før en kommende arbeidstaker har tiltrådt stillingen, som for eksempel kapittel 13, jf. § 13-2, samt §§ 14-2, 14-5, 14-6, 14-9 og 14-10. Videre viser han til at det også er en rekke regler i loven som gjelder etter at et arbeidsforhold er avsluttet.²⁷

Jakhelln stiller spørsmål ved om hvordan tiden mellom en inngått arbeidsavtale og tiltredelsen skal reguleres, dersom det ikke reguleres av arbeidsmiljølovens regler. Det påpekes at spørsmålet har stor betydning for nettopp tilfeller der en arbeidsgiver ønsker å si opp en arbeidsavtale før en arbeidstaker har tiltrådt.²⁸

Et spørsmål i relasjon til dette er om en kommende arbeidstaker har behov for stillingsvern, utover det vernet vedkommende har gjennom generelle kontraktsrettslige regler. Samtidig kan det argumenteres for at arbeidstakeren, i lys av arbeidsavtalens spesielle karakter, har bruk for et vidtgående vern også før tiltredelse. Jeg viser i den forbindelse til eksempelet i punkt 1.2 om teknologistudenten Maria som i betydelig grad hadde innrettet livet sitt etter en inngått arbeidsavtale. Eksempelet viser at arbeidstakere også før tiltredelse kan ha behov for noe vern, spesielt med tanke på innrettelseshensynet.

Jakhelln hevder imidlertid at spørsmålet om når stillingsvernsreglene får anvendelse, ikke kan besvares helt generelt. Arbeidsmiljøloven og reglene som gjelder arbeidslivet regulerer svært mange ulike forhold, hvor en rekke forskjellige hensyn gjør seg gjeldende, slik at en ikke kan ta et generelt standpunkt og legge til grunn at tiltredelse utgjør det avgjørende skillet mellom hvilke regler som kan gjøres gjeldende.²⁹ Etter min mening fremstår forfatterens standpunkt som hensiktsmessig, sett i lys av spekteret av forhold som kan gjøre seg gjeldende i ulike arbeidsforhold.

Konklusjonen er derfor at ordlyden i arbeidsmiljøloven er uklar med hensyn til når arbeidsmiljølovens bestemmelser gjelder. De ulike bestemmelsenes anvendelsesområde viser at dette ikke kan avgjøres generelt for alle lovens bestemmelser. Det kan derfor ikke anses

²⁶ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 214.

²⁷ Våg, Karnov lovkommentar til kapittel 15 punkt 1.

²⁸ Jakhelln (2006) s. 222.

²⁹ Jakhelln (2006) s. 222.

klargjort når arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler kommer til anvendelse fra. Dette spørsmålet vil jeg ta stilling til senere, først vil jeg imidlertid se på oppsigelse etter arbeidsmiljølovens regler.

2.3 Oppsigelse etter arbeidsmiljølovens stillingsvernregler

Arbeidsmiljøloven kapittel 15 regulerer opphør av arbeidsforhold. Kapitlet inneholder blant annet bestemmelser om drøftelsesmøter, krav til hvordan oppsigelser skal gjennomføres, en arbeidstakers vern mot usaklige oppsigelser og ytterligere bestemmelser hvor formålet i hovedsak er å ivareta arbeidstakeren.

Arbeidsmiljølovens formål kommer frem av dens formålsparagraf § 1-1. Etter bokstav b er et av hovedformålene med loven «å sikre trygge ansettelsesforhold». NOU 2004: 5 poengterer at stillingsvernsreglene skal sikre forutsigbare og trygge ansettelsesforhold for de enkelte arbeidstakerne.³⁰ Sentral blant stillingsvernsreglene er arbeidsmiljøloven § 15-7 som gir arbeidstaker et vern mot usaklige oppsigelser. Bestemmelsen krever at en oppsigelse er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.

Formålet bak stillingsvernsreglene er å sikre arbeidstakers rettigheter ved å garantere at en oppsigelse skjer på et solid grunnlag og etter en grundig vurdering.³¹ Rettsavgjørelsen inntatt i HR-2019-424-A *Skanska* illustrerer at oppsigelser må følge en forsvarlig saksbehandling, og at de lovfestede prosedyrene må bli fulgt.

Det er tidligere gjort rede for hovedtrekk som kjennetegner en arbeidsavtale. Grunntrekkene ved en arbeidsavtale kan anses for å danne grunnlaget for reglene om stillingsvern i arbeidsmiljøloven.³² Et arbeidsforhold og en arbeidsavtale har stor betydning for en arbeidstaker, både økonomisk, psykologisk og sosialt. Derfor er det nødvendig å ha en fornuftig fremgangsmåte som ivaretar arbeidstakeren ved oppsigelser av arbeidsavtaler.

Stillingsvernsreglene kan også bidra til å balansere det skjeve maktforholdet som vanligvis er tilfellet mellom en arbeidstaker og arbeidsgiver.³³ For å sikre at arbeidsmiljølovens

³⁰ NOU 2004: 5 s. 288.

³¹ Våg, Lovkommentar til kapittel 15 punkt 1 med henvisning til Ot.prp. nr. 50 (1993-1994) s. 182.

³² Aas (2010) s. 39.

³³ Aas (2010) s. 39.

stillingsvernregler faktisk ivaretas, er det viktig med en god og grundig saksbehandling som fremgår av lovgivningen.³⁴

I teorien fremheves det at arbeidstakere oppnår en trygghet gjennom stillingsvernsreglene. Reglene sikrer en arbeidstaker mot oppsigelser når arbeidsgiver ikke har saklig grunn til å gjennomføre oppsigelsen.³⁵ Det er også lagt vekt på at reglene kan sikre forutberegneligheten til arbeidstakere gjennom kravene til saksbehandling og opplysningsplikten som arbeidsgiver er lovpålagt i en oppsigelsesprosess.³⁶

Stillingsvernsreglene og saksbehandlingsreglene kan derfor anses å forsøke og utjevne maktbalansen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Videre vil det undersøkes om stillingsvernreglene kan anses å være gjeldende også *før* arbeidstakeren har tiltrådt en planlagt stilling.

2.4 Gjeldende rett ved oppsigelser før arbeidstakers tiltredelse

2.4.1 Rt. 1988 s. 766 *Gravid vikar* og Rt. 2004 s. 76 *Allmennlærerdommen*

Høyesterettsavgjørelsen inntatt i Rt. 1988 s. 766 *Gravid vikar* gjaldt en kvinne som hadde fått tilbud om et firemåneders vikariat som lærer. Vikaren samtykket til jobbtilbudet og søkte samtidig arbeidsgiver om fødselspermisjon én måned etter oppstart av vikariatet. Arbeidsgiveren var ikke kjent med graviditeten da de tilbøy kvinnen vikariatet, og anførte at skolen kunne si opp arbeidsavtalen på grunn av bristende forutsetninger.³⁷ Vikaren mente imidlertid at opphøret av arbeidsavtalen måtte behandles etter arbeidsmiljølovens regler.

Kjæremålsutvalget konkluderte med at spørsmålet om en bindende arbeidsavtale var inngått mellom partene måtte vurderes i tråd med alminnelige avtalemessige prinsipper. Den gravide vikaren fikk derfor ikke medhold i at de særskilte prosessreglene for arbeidsforhold kom til

³⁴ Våg, Lovkommentar til kapittel 15 punkt 1.

³⁵ Jakhell (2006) s. 416.

³⁶ Aas (2010) s. 40.

³⁷ Læren om bristende forutsetninger gjøres rede for i kapittel 3.4.

anvendelse i tilfellet. Avgjørelsen hadde fått et annet utfall i dag ettersom den er i strid med likestillingslovens forbud mot diskriminering av gravide.³⁸

I Rt. 2004 s. 76 *Allmennlærerdommen* bygger Høyesterett videre på utgangspunktene som kjæremålsutvalget la til grunn i *Gravid Vikar*-dommen.

Allmennlærerdommen gjaldt en mann som ble fast ansatt som lærer ved en skole. Etter at læreren hadde jobbet en stund, viste det seg at han ikke oppfylte kravene for stillingen som allmennlærer. Både læreren og skolen som arbeidsgiver kunne bebreides for at den manglende kompetansen ikke hadde blitt oppdaget tidligere.

Et av spørsmålene for retten var om arbeidsforholdet måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om det var tilstrekkelig å avslutte arbeidsforholdet på bakgrunn av avtalerettslig ugyldighet. Problemstillingen var ikke løst i arbeidsmiljøloven eller dens forarbeider. Temaet var kun vagt behandlet i norsk og svensk juridisk teori.³⁹

Førstvoterende påpekte at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler bygger på en forutsetning om at det er inngått en gyldig arbeidsavtale mellom partene, samtidig fant han at en slik teknisk betraktningssmåte ikke kunne være avgjørende for vurderingen av hvilket regelsett som gjelder.⁴⁰

Videre ble det lagt til grunn at dersom lærerens manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, kunne kommunen brakt forholdet til opphør utenfor arbeidsmiljølovens regler. Førstvoterende uttaler at «*tiltredelsen i utgangspunktet må være avgjørende for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler her skal anvendes*».⁴¹ Allmennlæreren hadde imidlertid allerede tiltrådt stillingen slik at førstvoterendes uttalelse ikke fikk betydning for vurderingen av saken. Uttalelsen er derfor et *obiter dictum*.⁴²

Samlet sett gir dommen gir uttrykk for at *tiltredelsestidspunktet* danner skillet mellom hvilket regelsett som regulerer opphøret av en arbeidsavtale. Dersom man legger standpunktet til

³⁸ Fougner (2018) s. 841.

³⁹ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 46.

⁴⁰ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 46.

⁴¹ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 49.

⁴² Et *obiter dictum* er et uttrykk som gjerne blir brukt om utsagn i en avgjørelse som ikke er nødvendige for doms resultatet. (Nygaard (2004) s. 117)

grunn, gjelder arbeidsmiljølovens stillingsvernregler kun *etter* at arbeidstakeren tiltrer stillingen.

2.4.2 Rettstilstanden etter Rt. 2004 s. 76

Allmennlærerdommen er omfattende kommentert og kritisert i den juridiske teori, samtidig som den er fulgt opp i både lagmannsretten og tingretten. I denne delen av kapitelet vil relevante synspunkter fra rettskildene gjennomgås og drøftes.

Marianne Hotvedt⁴³, Henning Jakhelln⁴⁴, og Tonje Forså Aas⁴⁵ kritiserer alle *Allmennlærerdommen* og er av den oppfatning at uttalelsen ikke kan tas til inntekt for at arbeidsmiljølovens stillingsvernregler ikke gjelder før arbeidstakeren har tiltrådt stillingen. Forfatterne har imidlertid noe ulike begrunnelser i hvorfor de hevder uttalelsen ikke er gjeldende.

Jakhelln hevder at det ikke er opplagt at tiltredelse utgjør et egnet skille mellom arbeidsmiljølovens prosessregler og alminnelig avtalerett. Prosessreglene skal søke å ivareta særlige hensyn som gjelder når et arbeidsforhold opphører og de skal videre ivareta en arbeidstakers vern. Det legges vekt på at arbeidstakere ofte har svært begrunnede forventinger om at et arbeidsforhold er inngått og derfor har forventninger om fremtidig tiltredelse.⁴⁶ Jakhelln hevder på bakgrunn av blant annet dette at dommen ikke kan anses som et prejudikat for at tiltredelse er skillet mellom regelsettene.⁴⁷

Jakhellns standpunkt har gode grunner for seg, spesielt med tanke på en arbeidstakers begrunnede forventninger om arbeidsforholdet. Dette illustrerer blant annet den tidligere nevnte artikkelen om teknologistudenten Maria som mistet jobben før tiltredelse mange måneder etter avtaleinngåelse.⁴⁸

Hotvedt stiller spørsmålet om arbeidsgiver *må* bringe et arbeidsforhold, før tiltredelse, til opphør etter stillingsvernreglene, eller om det kan velges å gjøre etter avtalerettslig

⁴³ Hotvedt (2016) s. 331–332.

⁴⁴ Jakhelln (2006) s. 230.

⁴⁵ Aas (2010) s. 14.

⁴⁶ Jakhelln (2006) s. 230.

⁴⁷ Jakhelln (2006) s. 228.

⁴⁸ https://www.nrk.no/trondelag/maria_mistet_jobben_i_oslo_for_hun_hadde_begynt_da_var_leiligheten_i_bergen_allerede_solgt-1.16467621 (lest 22. oktober 2023).

ugyldighet.⁴⁹ Hun mener imidlertid at stillingsvernsreglene gjelder allerede fra avtaleinngåelsen, og at *Allmennlærerdømmens* obiter dictum ikke er tilstrekkelig til å begrunne noe annet. Dette mener Hotvedt på bakgrunn av at hun mener uttalelsen har klare svakheter. En arbeidstaker har behov for forutsigbarhet også før tiltredelse, hvor sterkt behovet er beror på konkrete omstendigheter.⁵⁰

Forså Aas mener at utgangspunktet må tas i arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. Det kreves en vurdering av om arbeidsmiljøloven er anvendelig i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse.⁵¹ Ifølge Aas bør det foretas en vurdering av hvorvidt hensynene bak stillingsvernsreglene gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet, for å undersøke om en arbeidstaker som ikke har tiltrådt stillingen har behov for arbeidsmiljølovens vern.⁵²

Forså Aas og Hotvedt legger begge vekt på at forutsigbarhetshensyn og hensynene bak stillingsvernreglene også bør spille en rolle før arbeidstakers tiltredelse. Det kan også virke som forfatterne mener at det må tas en *konkret* vurdering av hvert enkelt tilfelle for å undersøke hvor stort behov for vern arbeidstakeren har. En slik løsning anser jeg fornuftig da den kan føre til mer individualiserte resultater på problemstillingen, hvor arbeidstakers vern kan bli bedre ivaretatt enn dersom stillingsvernsreglene ikke gjelder overhodet.

I en avgjørelse fra Agder lagmannsrett⁵³ la retten til grunn at det ved vurderingen av om det er avtalerettslige regler eller arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler som kommer til anvendelse, må tas et utgangspunkt i at dette som hovedregel beror på om arbeidstakeren har tiltrådt arbeidsforholdet. Lagmannsretten viste til *Allmennlærerdømmens* avsnitt 47–49.

Lagmannsretten bemerket imidlertid at avgjørelsen ikke oppstiller tiltredelsestidspunktet som en *absolutt* grense. Det ble vist til at det kan tenkes unntak både der arbeidet er begynt før avtalt tiltredelse, og der forhold utenfor arbeidstakerens kontroll gjør at vedkommende ikke kan tiltre på det avtalte tidspunkt. Slike unntak kan tilsi at den avtalte tiltredelsesdato skal gjelde, og dermed stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven, selv om tiltredelse enda ikke har funnet sted.

Dommen legger derfor til grunn at tiltredelse er skjæringspunktet, men åpner opp for at det kan finnes unntak. Dette forstås i noe samme retning som Hotvedt og Forså Aas standpunkt om at

⁴⁹ Hotvedt (2016) s. 329.

⁵⁰ Hotvedt (2016) s. 331.

⁵¹ Se kapittel 2.2.

⁵² Aas (2010) s. 32.

⁵³ LA-2019-159441.

det kan tas en konkret vurdering av hvilket behov for arbeidstakeren har for vern. Det er en interessant problemstilling som jeg vil komme tilbake til senere.

Lignende løsning ble også lagt til grunn i en avgjørelse fra Frostating lagmannsrett.⁵⁴ Avgjørelsen gjaldt en kvinne som skulle gjennomføre tre prøvevakter på en helseinstitusjon. Før gjennomføringen av vaktene trakk institusjonen tilbudet om vaktene på grunn av tidligere kontakt mellom kvinnen og institusjonen. Flertallet la til grunn at tiltredelsestidspunktet dannet utgangspunktet for grensen mellom arbeidsmiljøloven og alminnelige kontraktsrett. Samtidig viste også denne avgjørelsen til at unntak kan tenkes dersom konkrete forhold kan tilsi at arbeidstakeren bør være vernet av stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven.

Stein Evju hevder at *Allmennlærerdommens* uttalelser kun gjelder ved ugyldige arbeidsavtaler. For gyldige arbeidsavtaler viser han til at dommen ikke berører hvilke regler som kommer til anvendelse, og at det alminnelige utgangspunktet må være at arbeidsmiljølovens regler gjelder for begge parter.⁵⁵ Standpunktet hans forstås derfor som at han mener at *Allmennlærerdommen* ikke tar stilling til om stillingsvernreglene gjelder før tiltredelse ved gyldige avtaler og at det derfor ikke er rettskildemessige holdepunkter for å si at arbeidsmiljølovens regler ikke gjelder før tiltredelse. Jeg stiller meg noe kritisk til Evjus synspunkt, da det ikke begrunnes hvorfor det er klart at arbeidsmiljølovens regler er gjeldende også før en tiltredelse.

Jan Tormod Dege har et lignende standpunkt som Evju. Dege mener et arbeidsforhold først *oppstår* ved tiltredelsen. Dette begrunnet i at arbeidsgiver ikke har noen myndighetsutøvelse over arbeidstakeren før den tid, og at den kommende arbeidstaker heller ikke har en plikt til å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver før tiltredelsen. På bakgrunn av at partene ikke har plikter overfor hverandre før tiltredelse, mener han at forholdet ikke bærer preg av å være et arbeidsforhold før tiltredelse.⁵⁶

Dege mener imidlertid at selv om situasjonen før tiltredelse ikke kan anses som et arbeidsforhold, bør arbeidsmiljølovens regler og stillingsvern gjelde før tiltredelse der det ikke er tale om bristende forutsetninger eller en ugyldig avtale som begrunnelse for opphøret.⁵⁷ Forfatterens synspunkt fremstår derfor å være at arbeidsmiljøloven gjelder *før* tiltredelse når det dreier seg om gyldige arbeidsavtaler, med mindre disse ønskes opphør på bakgrunn av

⁵⁴ LF-2021-35670.

⁵⁵ Evju (2004), s. 15.

⁵⁶ Dege (2003) s. 86.

⁵⁷ Dege (2003) s. 88.

bristende forutsetninger. Standpunktet forutsetter dermed at det tas en vurdering av hvorfor arbeidsforholdet skal opphøre, før en bestemmer seg for hvilket regelsett som er gjeldende.

Også Nils Storeng har et noe lignende synspunkt som Dege og Evju, i tillegg til Hotvedt og Forså Aas. Storeng forstår *Allmennlærerdommen* slik at den gir uttrykk for hva som er gjeldende rett *etter* tiltredelse, men at den ikke kan tas til inntekt for å utlede en generell og klar regel for hva som gjelder *før* tiltredelse. Forfatteren mener løsningen beror en helt konkret vurdering av den enkelte situasjon, hvor et sentralt poeng er om arbeidstakeren har behov for et særlig vern.⁵⁸

Siri Falch-Olsen og Ruben Hoffgaard er av den oppfatning at arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern *ikke* kommer til anvendelse før tiltredelse. Ifølge forfatteren gjelder dette uavhengig av om arbeidsavtalen er gyldig eller ugyldig. Falch-Olsen og Hoffgaard mener samtidig at reglene i arbeidsmiljøloven kan ha *relevans* ved vurderingen av en arbeidsgivers adgang til å si fra seg arbeidsavtalen før tiltredelse. Forfatterne legger derfor til grunn, basert på den rettspraksis som foreligger, at arbeidsmiljølovens regler om stillingsvern ikke kommer direkte til anvendelse ved opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse.⁵⁹

Også Kurt Weltzien og Margrethe Meder hevder at *Allmennlærerens* obiter dictum om grensen mellom arbeidsmiljølovens stillingsvernregler og avtaleretten bygger på en riktig vurdering. De hevder rettstilstanden er at skjæringspunktet mellom regelsettene går ved tiltredelse. Forfatterne begrunner synspunktet sitt i arbeidsmiljølovens systematikk, med fokus på ordlyden i arbeidsmiljøloven § 1-8 og at en arbeidstaker som ikke har tiltrådt arbeidet ikke kan anses for å «utføre» arbeid i noen annens tjeneste.⁶⁰⁶¹

Begge forfatterne følger dermed *Allmennlærerdommens* synspunkt, også der det gjelder en gyldig arbeidsavtale. Arne Fanebust legger også til grunn løsningen i *Allmennlærerdommen*.⁶²

De ulike forfatterne begrunner standpunktene sine noe forskjellig, men essensen er likevel at de mener at *Allmennlærerdommen* gir uttrykk for gjeldende rett. Etter min mening har dette gode grunner for seg. Det er ikke kommet ny høyesterettspraksis som går bort fra uttalelsen i

⁵⁸ Storeng (2020) s. 513.

⁵⁹ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 213.

⁶⁰ Weltzien og Meder (2021) s. 618.

⁶¹ Se kapittel 2.2.

⁶² Fanebust (2017) s. 217.

dommen og den er heller ikke kommentert i arbeidsmiljølovens forarbeider, i tillegg har lagmannsretten fulgt Høyesteretts vurderinger, også der arbeidsavtalen er gyldig inngått.

Lasse Gommerud Våg har et eget syn på *Allmennlærerdommen*. Han hevder avgjørelsen gir uttrykk for at det ikke er et *krav* om at stillingsvernsreglene *må* komme til anvendelse før tiltredelse. Våg hevder at arbeidsgiver og arbeidstaker har en valgmulighet. Partene kan velge mellom arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler og avtalerettslige regler. Våg hevder regelvalget ikke er et enten/eller-spørsmål. Slutningen er basert på at retten i *Allmennlærerdommen* avsnitt 47 ikke uttaler at arbeidsmiljølovens regler ikke *kan* anvendes, men at reglene ikke *må* komme til anvendelse.⁶³

Standpunktet er interessant da det går bort fra at tiltredelse er en absolutt grense, og legger vekt på partenes egne valgmuligheter. Ettersom stillingsvernsreglene gir arbeidstaker et videre vern enn avtalelovgivningen er det imidlertid lett å ta en generaliserende tanke hvor en forventer at arbeidstaker ønsker vernet etter arbeidsmiljøloven, mens arbeidsgiver ønsker en «lettere» metode gjennom avtalelovgivningen. Våg kommenterer imidlertid ikke om partene må bli enige, eller om det er den som ønsker at avtalen skal opphøre som har valgmuligheten.

Det finnes altså ulike tolkninger og vurderinger av de føringer som ble gitt av Høyesterett i *Allmennlærerdommen*. Følgelig er det ingen enighet om at dommen er et prejudikat for at tiltredelsestidspunktet etablerer grensen mellom når arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler og alminnelige avtalerettslige prinsipper kommer til anvendelse. Samtidig viste avgjørelsene fra både Agder⁶⁴ og Frostating⁶⁵ lagmannsrett at dommen er fulgt opp i lagmannsretten. Også tingrettene har fulgt opp *Allmennlærerdommen*.

Stavanger tingrett behandlet i 2011⁶⁶ en sak mellom Fokus Bank og «Fetteren» til den avdøde i den mye omtalte Karmøy-saken. Spørsmålet for tingretten var om banken kunne si seg fra arbeidsavtalen før Fetteren hadde tiltrådt stillingen. Banken ønsket å gå fra avtalen da de etter inngåelsen hadde fått kjennskap til Fetterens tilknytning til Karmøy-saken, kunnskap som banken manglet da arbeidsavtalen ble inngått.

⁶³ Våg, Karnov lovkommentar kapittel 15 punkt 1.

⁶⁴ LA-2019-159441.

⁶⁵ LF-2021-35670.

⁶⁶ TSTAV-2011-81051.

Tingretten la til grunn at saken ikke skulle behandles etter arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler på grunn av at Fetteren ikke hadde tiltrådt stillingen med henvisning til *Allmennlærerdommen*.

Også Oslo tingretts flertall i en avgjørelse fra 2018 la til grunn at skillet mellom arbeidsmiljøloven og den alminnelige kontraktsretten gikk ved tiltredelse. Flertallet la til grunn sin forståelse på bakgrunn av juridisk teori, *Gravid Vikar*-dommen og *Allmennlærerdommen*.

Mindretallet kom imidlertid til motsatt konklusjon. Det ble lagt vekt på at uttalelsen i *Allmennlærerdommen* var et obiter dictum som var blitt kritisert i teorien. I tillegg la mindretallet avgjørende vekt på lovens formål, og at reelle hensyn sammenholdt med formålsbetraktninger tilsa at arbeidstakeren burde vernes etter arbeidsmiljølovens bestemmelser.⁶⁷

2.4.3 Oppsummering av gjeldende rett

Allmennlærerdommens obiter dictum⁶⁸ er både kritisert og løftet frem i den juridiske teorien. Kritikken dreier seg i stor grad om at arbeidstakeren også har behov for et vern før tiltredelse, og at uttalelsen kun er et obiter dictum som ikke hadde betydning for avgjørelsen i dommen.

Selv all den tid det er forfattere som hevder dommen ikke er et prejudikat for rettstilstanden, er uttalelsen fulgt opp i både tingrettene og lagmannsrettene. På bakgrunn av at underinstansene har fulgt uttalelsen og at det ikke er kommet ny høyesterettspraksis som går bort fra standpunktet i dommen, eller andre legitimerede rettskilder som viker fra standpunktet, anser jeg uttalelsen som gjeldende rett.

Etter min forståelse er gjeldende rett derfor at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler kun gjelder *etter* tiltredelse. Samtidig kan det være rom for unntak der det enten er særlige hensyn som gjør at arbeidstakeren har behov for et særskilt vern, eller i de tilfeller det er momenter som gjør at tiltredelse ikke var mulig eller utsatt.

Videre i oppgaven legges det derfor til grunn at arbeidsmiljølovens regler først kommer til anvendelse etter at en arbeidstaker har tiltrådt stillingen. Før tiltredelsen gjelder i

⁶⁷ TOSLO-2018-123985.

⁶⁸ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 49.

utgangspunktet alminnelig kontraktsrettslige ugyldighetsregler. Det neste som skal drøftes er i hvilke tilfeller arbeidsmiljølovens stillingsvernregler kan komme til anvendelse før tiltredelse.

2.5 Unntak der stillingsvernsreglene gjør seg gjeldende før tiltredelse

Som tidligere nevnt er det både tilfeller i praksis fra underinstansene og fra den juridiske teorien hvor det fremholdes at det ved vurderingen av hvilket regelsett som skal komme til anvendelse, må tas en konkret vurdering av de relevante omstendigheter. Dette fremgår direkte fra dommene fra Agder⁶⁹ og Frostating lagmannsrett⁷⁰. I dommen fra Frostating tar mindretallet nettopp en slik vurdering. Mindretallet mener det må legges avgjørende vekt på lovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet. Etter mindretallets vurdering mente de at reelle hensyn sammenholdt med formålsbetraktninger tilsa at arbeidstakeren i den konkrete saken burde vernes av arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Videre vil det undersøkes i hvilke tilfeller arbeidsmiljølovens stillingsvernregler også bør komme til anvendelse før arbeidstakers tiltredelse. Samtidig legges det til grunn at der ulike hensyn taler sterkt for at stillingsvernsreglene bør gjelde, legger jeg til grunn at reglene anvendes analogisk, slik at hensyn i seg selv ikke kan gjøre at en går bort fra utgangspunktet om at avtalerettslige regler er gjeldende før arbeidstakers tiltredelse.

Både Hotvedt⁷¹ og Forså Aas⁷² mener arbeidsmiljølovens regler gjelder før tiltredelse, men begge legger stor vekt på hensynet til arbeidstakeren og begrunner sitt syn i dennes behov for vern.

Samtidig er det vanskelig å skille mellom ulike arbeidstakers behov for vern. Et aspekt en kan vektlegge kan imidlertid være arbeidstakers innrettelse og tiden som er gått fra avtaleinngåelsen. Igjen kan det vises til studenten Maria som hadde klargjort alt for flytting til ny by, blant annet ved å selge leiligheten sin.⁷³ Maria hadde innrettet seg i stor grad til at hun skulle starte i arbeidsforhold og hun kunne derfor hatt et behov for vern.

⁶⁹ LA-2019-159441.

⁷⁰ LF-2021-35670.

⁷¹ Hotvedt (2016) s. 331

⁷² Aas (2010) s. 32.

⁷³ https://www.nrk.no/trondelag/maria_mistet_jobben_i_oslo_for_hun_hadde_begynt_da_var_leiligheten_i_bergen_allerede_solgt-1.16467621 (lest 22. oktober 2023).

I tillegg kan tiden frem mot planlagt tiltredelse ha noe å si. En arbeidstaker som blir sagt opp tre dager før tiltredelse, kontra en arbeidstaker som blir sagt opp tre måneder før tiltredelse vil ha forskjellige forventninger om tiden fremover. Arbeidstakeren som skal starte om tre måneder vil ha mer tid til å områ seg og eventuelt finne annet arbeid innen tiltredelsen.

Det finnes altså situasjoner hvor en arbeidstaker kan ha behov for så stort vern at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler bør kunne anvendes analogisk. Samtidig kan dette føre til svært skjønsmessige vurderinger av en arbeidstakers behov for vern. En slik praksis kan føre til at like tilfeller blir behandlet ulikt, noe som ikke er ønskelig.

Hensynet til et forutsigbart regelverk taler derfor for at tiltredelsestidspunktet bør være avgjørende i alle situasjoner. Dette fører til at både arbeidsgiver og arbeidstaker har forutsigbarhet i henhold til hvilket regelsett som gjelder.

Konklusjonen blir derfor at det kan tenkes en rekke ulike situasjoner hvor en arbeidstaker har behov arbeidsmiljølovens vern. Samtidig anser jeg det slik at en ikke kan fastsette generelle typetilfeller for spørsmålet, det krever derfor en konkret og skjønsmessig vurdering av hvert enkelt tilfelle.

3 Opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse

3.1 Innledning

Dersom en arbeidsgiver ser seg nødt til å avslutte en arbeidsavtale før en kommende arbeidstaker har tiltrådt arbeidet, bør første steg være å forsøke å komme til enighet med arbeidstakeren om opphøret av arbeidskontrakten. Dersom partene ikke blir enige, er arbeidsavtalen i utgangspunktet bindende mellom partene. Arbeidsgiver må i slike tilfeller ha et avtalerettslig grunnlag for å gå fra avtalen.⁷⁴

Weltzien og Meder legger frem tre måter å avslutte avtaler på etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. De viser til at oppsigelse er en vanlig opphørsgrunn i løpende kontraktsforhold,⁷⁵ heving en sanksjon ved kontraktsbrudd⁷⁶ og læren om bristende forutsetninger som gir muligheter for kontraktsrevisjon.

Falch-Olsen og Hoffgaard påpeker også at det må være mulig å si opp gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse, spesielt med tanke på at en avtale er oppsigelig etter tiltredelse. Forfatterne viser til at det har formodningen mot seg at arbeidsavtaler i tiden mellom avtaleinngåelse og tiltredelse ikke er underlagt rettsregler, og at dette som konsekvens fører til at arbeidsgiver må vente til etter tiltredelse med oppsigelsen av arbeidstakere. Både arbeidstakere og arbeidsgivere er tjent med at en arbeidsavtale sies opp så tidlig som mulig. Spesielt av hensyn til en arbeidstaker som eventuelt kan innrette seg etter å bli værende i sin stilling eller se etter annet arbeid for å begrense et eventuelt inntektstap.⁷⁷

Våg kritiserer imidlertid både Weltzien og Meder, og Falch-Olsen og Hoffgaard. Han mener begge forfatterne overser at oppsigelser etter alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper kun gjelder når ikke annet er avtalt, og at en arbeidsavtale skal inneholde oppsigelsesfrister.⁷⁸ Videre hevder han at forfatterne misforstår at det obligasjonsrettslige utgangspunktet er at tidsbegrensede avtaler ikke kan sies opp. Dette vil dermed føre til forskjellige regler før

⁷⁴ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 213.

⁷⁵ Weltzien og Meder (2021) s. 619 med videre henvisning til Haaskjold (2017) s. 93.

⁷⁶ Hagstrøm (2021) s. 43.

⁷⁷ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 219.

⁷⁸ Arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav h.

tiltredelse for faste og midlertidige kontrakter, hvor en fast kontrakt kan sies opp før tiltredelse, mens en midlertidig kontrakt ikke kan sies opp.⁷⁹

De ulike oppfatningene i den juridiske teori illustrerer at det er uenigheter for hvordan opphør av en arbeidsavtale før tiltredelse skal skje også etter avtalerettslige regler. Dette leder over til spørsmålet om hvilke avtalerettslige regler som kan gi arbeidsgivere mulighet til å si fra seg bindende arbeidsavtaler mellom virksomheten og arbeidstakeren.

3.2 Oppsigelse av arbeidsavtaler som opphørsgrunn

Falch-Olsen og Hoffgaard viser til at det for gyldig inngåtte avtaler må påvises et rettslig grunnlag for å bringe avtalen til opphør. Fra et rent kontraktsrettslig perspektiv, mener de en gyldig inngått avtale må kunne avsluttes med en oppsigelse.⁸⁰ Videre vil det drøftes hvordan oppsigelse fungerer som opphørsgrunn for opphør av gyldig inngåtte arbeidsavtaler før tiltredelse.

En oppsigelse kan kun forekomme i kontrakter som inneholder løpende ytelser og innebærer at et kontraktsforhold blir brakt til opphør.⁸¹ I den juridiske teori tas det til orde for at det kan oppstilles et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp om at det eksisterer en rett til oppsigelse i løpende kontraktsforhold.⁸²

Weltzien og Meder viser til at det alminnelige utgangspunktet i norsk rett om at løpende, tidsubestemte kontrakter kan sies opp med rimelig frist, kan være anvendelig på arbeidsavtaler før tiltredelse. Forfatterne problematiserer imidlertid om de særlige hensynene som arbeidsmiljøloven bygger på, likevel kan trekkes inn slik at en arbeidstaker som blir sagt opp etter et alminnelig utgangspunkt kan kreve både begrunnelse og en saklig grunn for oppsigelsen. Forfatterne kommer imidlertid frem til at dette ikke er tilfellet, begrunnet i at arbeidsmiljølovens regler ikke er gjeldende før en arbeidstaker har tiltrådt. De mener derfor at det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet er anvendelig for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse.⁸³

⁷⁹ Våg, Karnov lovkommentar til kapittel 15 punkt 1.

⁸⁰ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 213.

⁸¹ Hagstrøm (2021) s. 43.

⁸² Hagstrøm (2021) s. 246 med videre henvisninger.

⁸³ Weltzien og Meder (2021), s. 620 med henvisning til Hagstrøm (2011) s. 241.

Som allerede nevnt mener også Falch-Olsen og Hoffgaard at arbeidsforhold bør kunne sies opp ved en oppsigelse før tiltredelse. Både arbeidstakere og arbeidsgivere vil normalt være tjent med at opphør av arbeidsforhold ikke er betinget av at arbeidstakeren må ha tiltrådt stillingen før den kan sies opp.⁸⁴

Forfatterne mener imidlertid at utgangspunktet etter det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om at oppsigelser ikke kan kreves begrunnet, *ikke* kan fastholdes ved opphør av arbeidsavtaler. Dette på bakgrunn av at ansettelsesavtaler er underlagt arbeidsmiljøloven som skal sikre arbeidstakere mot usaklige oppsigelser.⁸⁵ Weltzien og Meder kritiserer uttalelsen fra Falch-Olsen og Hoffgaard, og viser til at gjeldende rett er at arbeidsmiljøloven *ikke* gjelder før tiltredelse og derfor kan det ikke kreves en begrunnelse på dette tidspunkt.⁸⁶

Falch-Olsen og Hoffgaard hevder imidlertid at terskelen for oppsigelse er *lavere* før en arbeidstaker har tiltrådt, enn etter arbeidstakers tiltredelse. Dette begrunner de i at tiltredelse er skjæringspunktet for hvilket regelsett som regulerer opphøret av et arbeidsforhold.⁸⁷

På den ene siden kan en forstå uttalelsen, da arbeidstakeren enda ikke har startet i arbeidsforholdet. En arbeidstaker kan dermed ikke forvente å nyte like mye vern som en arbeidstaker som har arbeidet i virksomheten i flere år har. Samtidig er hensynet til innrettelse viktig, og som vist i kapittel 2.5 og gjennom NRKs artikkel vil arbeidstakere i stor grad kunne ha innrettet seg til at de skal starte i et arbeidsforhold. Likevel er det etter min mening riktig å legge til grunn en lavere terskel for oppsigelse *før* tiltredelse, spesielt sett i lys av konklusjonen min i kapittel 2. Dersom terskelen var lik både før og etter tiltredelse, hadde det ikke vært noe poeng i å etablere et skille ved tiltredelse, og en arbeidstaker kunne vært vernet av arbeidsmiljølovens stillingsregler allerede fra avtaleinngåelsen.

Weltzien og Meders kritikk av Falch-Olsen og Hoffgaard kan derfor etter min mening anses berettiget, all den tid det kan virke som Falch-Olsen og Hoffgaard bruker tiltredelse som grensen mellom regelsett der de tenker det er hensiktsmessig, og ikke som en generell grense. Dette kan føre til en enda mer vilkårlig behandling av arbeidstakere før tiltredelse og må etter min mening anses uheldig.

⁸⁴ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 219.

⁸⁵ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 219.

⁸⁶ Weltzien og Meder (2021), s. 620 med henvisning til Hagstrøm (2011) s. 241.

⁸⁷ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 220.

Våg kritiserer derimot begge de nevnte forfatterne. Han mener forfatterne overser at oppsigelse etter alminnelige obligasjonsrettslige regler bare er gjeldende dersom ikke annet er avtalt. Dersom en arbeidsavtale er inngått, skal denne inneholde oppsigelsesfrister, jf. arbeidsmiljøloven § 14-6 første ledd bokstav h.⁸⁸ Synspunktet hans kan dermed forstås slik at oppsigelsesfristene og oppsigelsesadgangen avtalt i arbeidsavtalen, stenger for det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om oppsigelse på grunn av at forholdet allerede må anses regulert i arbeidsavtalen.

Dersom en forutsetter at den aktuelle arbeidsavtalen inneholder en slik oppsigelsesfrist, kan dette på den ene siden tale for at det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om at løpende avtaler kan sies opp, ikke gjelder for arbeidsavtaler. Dette på grunn av at oppsigelse kan anses å allerede være regulert i arbeidskontrakten.

Samtidig kan en se det slik at det er oppsigelsesfristene som er regulert i arbeidsavtalen, og ikke selve oppsigelsesadgangen en arbeidsgiver har. Dette kan tilsi at oppsigelsen i seg selv ikke er regulert i arbeidskontrakten, og at det alminnelige obligasjonsrettslige prinsipp om oppsigelse således kan gjøres gjeldende. Dette svekker dermed Vågs standpunkt.

Videre viser Våg også til at det er et obligasjonsrettslig utgangspunkt om at tidsbegrenset avtaler ikke kan sies opp.⁸⁹ Han mener dette er noe begge forfattergruppene har oversett, og at deres forståelse av reglene vil føre til at midlertidige arbeidsavtaler *ikke kan* sies opp før tiltredelse, mens faste arbeidskontrakter *kan* sies opp.⁹⁰

Vågs mening og kritikk må også ses i lys av at han mener at arbeidsmiljølovens krav om saklig grunn for oppsigelse og resterende stillingsvernsregler, også skal gjelde før tiltredelse.

Samlet sett vurderes det slik at det alminnelige obligasjonsrettslig prinsipp om at løpende, tidsubestemte avtaler kan sies opp, også gjelder ved arbeidsavtaler. Arbeidsavtaler er alminnelige avtaler, med særpreg, men like fullt alminnelige avtaler.⁹¹ Avtalene er derfor underlagt de samme prinsipper og utgangspunkter som alle andre avtaler. Dersom en arbeidsavtale er en løpende, tidsubestemt kontrakt, kan denne derfor sies opp etter det obligasjonsrettslige prinsippet.

⁸⁸ Våg, Karnov lovkommentar kapittel 15 punkt 1.

⁸⁹ Rt. 2005 s. 268 avsnitt 57 og Hagstrøm (2011) s. 134 og 241–242.

⁹⁰ Våg, Karnov lovkommentar kapittel 15 punkt 1.

⁹¹ Kapittel 2.2.

En slik oppsigelsesadgang kan på bakgrunn av Rt. 2005 s. 268 og samsvarende litteratur vist til av Våg⁹², ikke anses å foreligge dersom arbeidsavtalen er av *midlertidig karakter*. Dette på grunn av at en slik midlertidig avtale, ikke er en løpende, *tidsubestemt* avtale.

Som Våg nevner, er det underlig dersom kun faste arbeidsavtaler kan opphøre før tiltredelse, og ikke midlertidige arbeidskontrakter. Det kan imidlertid finnes andre muligheter for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse. På bakgrunn av dette kan ikke poenget anses å stenge for muligheten til at faste arbeidskontrakter kan sies opp etter det obligasjonsrettslige prinsippet.

Konklusjonen er derfor at det alminnelige obligasjonsrettslige prinsippet om at løpende, tidsubestemte avtaler kan sies opp, også gjelder for arbeidsavtaler før arbeidstakers tiltredelse.

3.3 Heving av arbeidsavtaler som opphørsgrunn

Heving av en avtale innebærer at en av partene i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold «*ved en ensidig erklæring bringer kontraktspartenes gjensidige rettigheter og forpliktelser til opphør*».⁹³ En heving av en kontrakt har også virkning for allerede presterte ytelser, det skal i utgangspunktet skje en tilbakelevering av ytelsene. For at en heving skal kunne gjøres gjeldende kreves det at det foreligger et vesentlig kontraktsbrudd fra en av partenes side. Et vesentlig kontraktsbrudd innebærer et mislighold av en slik art at det gir en part en rimelig grunn til å ville si seg løst fra den inngåtte kontrakten.⁹⁴

Det neste som skal drøftes er derfor om heving av en arbeidsavtale kan fungere som opphørsgrunn for gyldige arbeidsavtaler.

Ettersom oppgaven dreier seg om opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse, vil det i ytterst få tilfeller være relevant med en heving av arbeidsavtaler. Dersom dette skulle vært tilfelle må en tenke seg frem til en situasjon hvor en arbeidsgiver og arbeidstaker inngår en gyldig og bindende arbeidsavtale, og det før tiltredelsesdatoen skjer en hendelse som gjør at en av partene vesentlig har misligholdt kontrakten.

⁹² Våg, Karnov lovkommentar kapittel 15 punkt 1.

⁹³ Hagstrøm (2021) s. 43.

⁹⁴ Hagstrøm (2021) s. 449 med henvisning til Rt. 1998 s. 1510, Rt. 1999 s. 408, Rt. 2010 s. 710 og Rt. 2015 s. 321.

Dette kan eksemplifiseres ved at en skole har ansatt en førskolelærer som i tiden før tiltredelse begår et lovbrudd som fører til at vedkommende ikke lenger oppfyller kravene til vandel og redelighet for den planlagte stillingen. I en slik situasjon har arbeidstakeren, etter min mening, begått et vesentlig kontraktsbrudd og arbeidsgiver vil i et slikt tilfelle kunne heve arbeidsavtalen. Samtidig ville en slik situasjon sannsynligvis ført til at kontrakten kunne ugyldiggjøres, for eksempel på grunn av bristende forutsetninger, og det hadde derfor ikke vært nødvendig å heve arbeidsavtalen.

Falch-Olsen og Hoffgaard hevder også at heving av arbeidsavtaler ikke er relevant hvor det er tale om en gyldig inngått arbeidsavtale. De begrunner synspunktet i at heving av kontrakter normalt forutsetter vesentlig mislighold fra en av partene. Forfatterne skriver videre at i relasjon til koronapandemien, som artikkelen deres i stor grad dreier seg om, er det ikke en aktuell beføyelse å bruke for opphør av arbeidsavtaler.⁹⁵

I den nevnte saken om Fetteren til den avdøde i Karmøy-saken ville arbeidsgiver heve arbeidsavtalen på grunn av arbeidstakerens bakgrunn. Arbeidsgiver la stor vekt på at arbeidstakeren ikke hadde fortalt om sin relasjon til den avdøde i Karmøy-saken og sin rolle i saken. Banken anførte at arbeidsavtalen var inngått under uriktige forutsetninger og ønsket å heve eller terminere arbeidskontrakten.

Retten kom etter en vurdering av hvilken kjennskap fetteren hadde til hvor stor oppmerksomhet saken hadde i Norge, og at hans navn ikke var allment kjent i offentligheten, under en viss tvil, til at det ikke forelå en uriktig forutsetning hos banken som var synbar for fetteren. Banken måtte derfor selv bære risikoen for sin uriktige forutsetning, og det fantes derfor ikke grunnlag for å heve ansettelsesavtalen. Det forelå et avtalebrudd fra arbeidsgivers side, som førte til at arbeidsgiver måtte betale erstatning til Fetteren.⁹⁶

Avgjørelsen viser, som litteraturen ovenfor, at heving kan være en beføyelse for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse, men avtalen kunne ikke heves i saken på grunn av omstendighetene.

⁹⁵ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 213.

⁹⁶ TSTAV-2011-81051, sakens faktum er gjort rede for i kapittel 2.3.3.

Konklusjonen er derfor at heving av arbeidskontrakten *kan* danne grunnlag for opphørsgrunn, men det kan vise seg å være en lite praktisk opphørsgrunn, på grunn av kravet om vesentlig mislighold av kontrakten og at det dreier seg om gyldige arbeidsavtaler.

3.4 Læren om bristende forutsetninger som opphørsgrunn

Det alminnelige utgangspunktet i norsk rett er at hver av partene bærer risikoen for sine forutsetninger ved inngåelse av kontrakter. Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2002 s. 1110 *Bodum*. Læren om bristende forutsetninger, jf. Rt. 2010 s. 1345 avsnitt 61, er en ulovfestet lære som innebærer at risikoen for en forutsetningsbrist kan flyttes over til den andre parten i et kontraktsforhold.⁹⁷ Forutsetningslæren kan også føre til at avtaleforpliktelser endres eller faller bort dersom forholdene utvikler seg i negativ retning, slik at en bærende forutsetning for avtaleinngåelsen, sett fra en parts ståsted, brister.⁹⁸

Haaskjold peker på at dersom reglene om bristende forutsetninger⁹⁹ skal anvendes, må en identifisere den aktuelle forutsetningen.¹⁰⁰ I en arbeidsavtale er en vanlig forutsetning at det finnes arbeid til arbeidstakeren på tiltredelsestidspunktet. Dette er en forutsetning som sjelden er eksplisitt regulert mellom kontraktpartene, verken i arbeidsavtalen eller muntlig. Normalt vil arbeidsgiver ved inngåelsen av en arbeidsavtale ha behov for arbeidskraft og ha gode forutsetninger til å vite om det er arbeid som kan tiltres den planlagte tiltredelsesdatoen. Utgangspunktet er derfor at en arbeidstaker kan fastholde ansettelsesavtalen gjennom at de har en rett til å tiltre stillingen.

Weltzien og Meder stiller spørsmålet om det eksisterer en adgang for arbeidsgiveren til å si seg løst fra arbeidsavtalen på grunn av endrede forutsetninger. Både Weltzien og Meder¹⁰¹ og Falch-Olsen og Hoffgaard¹⁰² hevder at læren om bristende forutsetninger var et gyldig rettsgrunnlag da koronapandemien gjorde at flere arbeidsgivere hadde et behov for å si opp arbeidstakere før de hadde tiltrådt stillingene sine.

⁹⁷ Haaskjold (2023) s. 255.

⁹⁸ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 218.

⁹⁹ Det må skilles mellom *uriktige* og *bristende* forutsetninger. Bristende forutsetninger er relevant der det i tiden mellom inngåelse og oppfyllelse av en avtale inntreffer forhold som fører til at forutsetningen ikke lenger er riktig. Ved uriktige forutsetninger foreligger forutsetningssvikten allerede på avtaletidspunktet. I oppgaven er kun *bristende* forutsetninger relevant. (Haaskjold (2023) s. 255.).

¹⁰⁰ Haaskjold (2023) s. 255.

¹⁰¹ Weltzien og Meder (2021) s. 621.

¹⁰² Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 218.

Spørsmålet er derfor om en arbeidsgiver kan si seg løst fra en gyldig arbeidsavtale før arbeidstakeren har tiltrådt, med bakgrunn i læren om bristende forutsetninger.

I rettspraksis og juridisk teori er det oppstilt tre vilkår for at læren om bristende forutsetninger kan anvendes. For det første må forutsetningen være vesentlig. For det andre må forutsetningen være synbar. Og for det tredje må forutsetningen være relevant. De to første vilkårene om vesentlighet og synbarhet må avgjøres ut fra hvordan forholdene var på avtaletiden. Det siste vilkåret om relevans må avgjøres ut fra tidspunktet hvor forutsetningsbristen gjøres gjeldende, som i de fleste tilfeller vil være etter avtaleinngåelse.¹⁰³

Vilkåret om vesentlighet forstås slik at parten som gjør læren om bristende forutsetninger gjeldende ikke ville ha inngått den aktuelle avtalen dersom vedkommende, på inngåelsestidspunktet, hadde vært klar over at forutsetningen ikke ville holde. Haaskjold trekker frem at forutsetningen måtte ha vært *motiverende* for parten. Det må tas en samlet vurdering av om en forutsetning kan anses vesentlig, og det er ikke tilstrekkelig å påvise at kontrakten ikke ville ha blitt inngått på akkurat de samme vilkår.¹⁰⁴

Synbarhetsvilkåret krever normalt at motparten er klar over forutsetningen. Det kreves ikke kun at forutsetning er synlig for motparten, men motparten må ha kjennskap til at forutsetningen også er vesentlig for den andre parten.¹⁰⁵

Det tredje vilkåret om relevans gir «anvisning på en helhetsvurdering, hvor målet er å komme frem til en løsning som kan anvendes generelt på tilsvarende kontraktsforhold».¹⁰⁶ I Rt. 1999 s. 922 peker Høyesterett på at det må tas en sammensatt vurdering av hvilken part som bør bære risikoen for utviklingen av situasjonen. Relevanskriteriet har dermed en vid utforming som krever en sammensatt rettslig vurdering av hvilken av partene som er nærmest til å bære risikoen for utviklingen av forutsetningen.

En vurdering av om læren om bristende forutsetninger kan være relevant som opphørsgrunn for arbeidsavtaler før tiltredelse kan vanskelig tas generelt. Læren om bristende forutsetninger krever en inngående vurdering av de ulike vilkårene for at den skal være anvendelig. Både

¹⁰³ Haaskjold (2023) s. 256.

¹⁰⁴ Haaskjold (2023) s. 256–257.

¹⁰⁵ Haaskjold (2023) s. 257.

¹⁰⁶ Haaskjold (2023) s. 258.

Weltzien og Meder, og Falch-Olsen og Hoffgaard har imidlertid trukket frem at forutsetningslæren kan være relevant ved opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse.

Falch-Olsen og Hoffgaard mener imidlertid at læren om bristende forutsetninger kun i *særlige* tilfeller vil kunne gi arbeidsgiver et grunnlag til å anse en arbeidsavtale som bortfalt på grunn av en pandemi-liknende situasjon. De begrunner synspunktet sitt i at det skal mye til for at en kan la en arbeidstaker bære risikoen for at arbeidskraften er endret etter avtaleinngåelsen, og på grunn av dette innebærer relevanskriteriet at læren vanskelig kan fungere som grunnlag.¹⁰⁷

Weltzien og Meder er enige i at det ikke kan tas en generell slutning om at koronakrisen medførte at arbeidsgivere kunne si seg fri fra allerede inngåtte arbeidsavtaler, på grunn av det må tas en konkret vurdering. De hevder imidlertid at bortfallet av markedet og de inngrepene tiltakene fra regjeringen i mars 2020, må anses konkret nok.¹⁰⁸

Forfatterne trekker videre frem om det kan anses som rimelig risikoplassering i kontraktsforholdet at en rekke sommervikarer skal få tiltre sitt arbeidsforhold når det ikke finnes arbeid til dem på arbeidsplassen, og alle de faste ansatte er permittert. De viser til at det er denne typen konkrete vurderinger som må gjøres. Forfatterne kommer imidlertid ikke med sin egen konklusjon om læren om bristende forutsetninger kan fungere som opphørsgrunn for gyldige arbeidsavtaler.¹⁰⁹

Gjennomgangen av vilkårene og forfatternes standpunkter viser at det ikke kan tas en generell slutning om læren om bristende forutsetninger er en fornuftig måte å avslutte gyldige arbeidsavtaler på. Samtidig viser vilkårene at forutsetningslæren absolutt kan være relevant, der de ulike vilkårene er oppfylt. For eksempel kan forhold som har betydning for en arbeidstakers utførelse av det konkrete arbeidet eller av relevans for virksomhetens oppgaver og karakter, tale for at det vil være grunnlag for å bruke forutsetningslæren som opphørsgrunn før arbeidstakers tiltredelse.

¹⁰⁷ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 218.

¹⁰⁸ Weltzien og Meder (2021) s. 623.

¹⁰⁹ Weltzien og Meder (2021) s. 623.

3.5 Finnes det andre rettslige grunnlag for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse?

I dette kapitlet vil det undersøkes om det finnes andre rettslige grunnlag som kan fungere som opphørsgrunn for arbeidsavtaler før arbeidstakeren har tiltrådt.

Arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er en avtale¹¹⁰. Arbeidsmiljølovens §§ 14-5 og 14-6 stiller krav til at det i arbeidsforhold skal foreligge en arbeidsavtale, og til dennes innhold. Loven inneholder imidlertid ingen begrensning om at kontrakten ikke kan inneholde klausuler eller andre vilkår om opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse. Avtalefriheten tilsier dermed at dersom både arbeidstaker og arbeidsgiver ønsker det, kan det avtales at begge parter kan si seg løst fra kontrakten før tiltredelse. Dette er derfor et annet rettslig grunnlag som kan fungere som opphørsgrunn av arbeidsavtaler før tiltredelse.

En tvistesak for Oslo Tingrett¹¹¹ omhandlet spørsmålet om arbeidsavtale ble inngått, tilbakekall av arbeidstilbud og arbeidstakers erstatningskrav for urettmessig avslutning av arbeidsforhold. I saken vurderte flertallet om vilkårene for tilbakekall av arbeidsavtalen var oppfylt. Arbeidsgiveren hadde ensidig tilbakekalt arbeidstilbudet til arbeidstakeren uten at arbeidstakeren var klar over dette eller hadde sagt seg enig i at arbeidsforholdet skulle opphøre. Flertallet vurderte vilkårene for tilbakekall av løfter etter en analogisk anvendelse av avtaleloven § 39.¹¹² I den konkrete saken kom tingrettens flertall frem til at arbeidsgiveren ikke ensidig kunne trekke seg fra arbeidsavtalen på grunn av at ingen av vilkårene var oppfylt.

En analogisk anvendelse av avtaleloven § 39 innebærer etter Rt. 2012 s. 1904 at to vilkår må være oppfylt. For det første kan ikke løftemottakeren ha innrettet seg etter avtalen, og for det andre er det et krav om at særlige grunner tilsier at tilbakekall av avtalen tillates.

På bakgrunn av vilkårene synes jeg en analogisk anvendelse av avtaleloven § 39 vanskelig kan brukes i arbeidsforhold. Vilåret om at løftemottakeren, som i et tenkt tilfelle vil være arbeidstakeren, ikke har innrettet seg etter avtalen kan vanskelig være oppfylt der en

¹¹⁰ Se kapittel 2.2.

¹¹¹ TOSLO-2018-123985.

¹¹² Rt. 2012 s. 1904 gjør rede for vilkårene for en analogisk anvendelse av avtaleloven § 39.

arbeidsavtale er underskrevet. Dette viser eksempelvis NRK-artikkelen med teknologistudenten Maria.¹¹³

Samtidig var Marias tilfelle spesielt, og kontrakten ble inngått lang tid før hun skulle tiltre stillingen. Det kan stille seg annerledes dersom en arbeidsavtale blir inngått kun få dager før tiltredelse, slik at arbeidstakeren ikke har like mye tid til å innrette seg til at vedkommende skal starte i jobben. Imidlertid fremstår det noe kunstig å skulle legge til grunn at en arbeidstaker som har inngått en arbeidsavtale ikke innretter seg til å starte i det planlagte arbeidet.

Det følger imidlertid av Rt. 2012 s. 1904 avsnitt 52 og 53 med videre henvisninger at de to vilkårene må ses i sammenheng, og at ikke enhver innrettelse er til hinder for et tilbakekall av løftet. Videre krever vilkåret om «særlige grunner» en god del, slik at ikke enhver grunn for et tilbakekall kan godtas. Dette gjør også at terskelen sannsynligvis blir høyere for å anvende avtaleloven § 39 analogisk ved ønske om å trekke tilbake et tilbud om en arbeidsavtale.

Etter min mening vil derfor en slik analogisk bruk av avtaleloven § 39 ikke være hensiktsmessig for å bringe et arbeidsforhold til opphør. Likevel viser dommen og det analogiske anvendelsesområdet at det kan være en aktuell måte å avslutte arbeidsforhold før tiltredelse på.

3.6 Opphør av gyldige arbeidsavtaler før tiltredelse regulert i andre land

Oppsummeringsvis synes rettsstilstanden å være noe usikker. Det er derfor interessant å se hvordan problemstillingen reguleres i svensk og dansk rett, som i stor grad er bygget på samme rammer som norsk rett.

Svensk og dansk avtalerett og arbeidsrett likner den norske.¹¹⁴ Regelverket i de nordiske landene om arbeidstakers stillingsvern er tilnærmet like.¹¹⁵ I tillegg til dette er avtalelovens utforming i norsk rett blitt til etter nordisk lovsamarbeid med både Sverige og Danmark.¹¹⁶

¹¹³ https://www.nrk.no/trondelag/ maria_-mistet-jobben-i-oslo-for-hun-hadde-begynt-_da-var-leiligheten-i-bergen-allerede-solgt-1.16467621 (lest 22. oktober 2023).

¹¹⁴ Aas (2010) s. 5.

¹¹⁵ Fanebust (2017) s. 64–65.

¹¹⁶ Aas (2010) s. 25 med videre henvisninger.

Høyesterett viser også i *Allmennlærerdommen* at spørsmålet om hvilket regelsett som skal være gjeldende på spørsmålet er berørt i både norsk, og svensk teori.¹¹⁷ Også i HR-2021-605-A uttaler Høyesterett at «svensk rett har noenlunde like regler for oppsigelse begrunnet i arbeidstakers forhold som Norge». I dommen la retten også vekt på praksis fra den svenske Arbetsdomstolen. Begge avgjørelsene viser dermed relevansen nordisk rett kan ha for den norske, og det er derfor relevant å se på hvordan problemstillingen er berørt i Sverige og Danmark i denne oppgaven.

3.6.1 Sverige

I svensk rett kan både arbeidsrettslige stillingsvernsregler og avtalerettslige regler anvendes ved opphør av arbeidsavtaler før arbeidstakeren har tiltrådt det planlagte arbeidsforholdet, se for eksempel AD 2000 nr. 81 og AD 1993 s. 137. Det er, som i norsk rett, den svenske arbeidsmiljøloven som i utgangspunktet regulerer opphør av arbeidsforhold, mens den svenske avtaleloven regulerer ugyldige avtaler.

Dette tilsier dermed at en arbeidsgiver som ønsker at en arbeidsavtale skal opphøre før tiltredelse, kan *velge* mellom regelsettene. Samtidig finner man rettsstilstanden i Sverige noe uavklart og usikker i relasjon til forholdet mellom arbeidsretten og avtaleretten.¹¹⁸

Tiltredelse har imidlertid også betydning i den svenske retten, avtalens bindende karakter oppstår ved avtaleinngåelsen, men det er tiltredelsen som utgjør utgangspunktet for oppfyllelser av forpliktelsene i arbeidsavtalen.¹¹⁹ I den svenske arbeidsretten følger det at avtalen er bindende for partene allerede fra den inngås.

Den svenske rettsstilstanden kan derfor anses relativt lik som den norske. Arbeidsavtaler kan bringes til opphør på bakgrunn av lov og på bakgrunn av bristende forutsetninger eller andre avtalerettslige regler.¹²⁰ En forskjell er samtidig denne valgmuligheten i svensk rett, som det ikke er rettskilder med demokratisk legitimitet som hevder i norsk rett. Våg hevder imidlertid at *Allmennlærerdommen* gir uttrykk for nettopp dette – arbeidsgiver kan velge hvilket regelsett den ønsker før tiltredelse.¹²¹

¹¹⁷ Rt. 2004 s. 76 avsnitt 46.

¹¹⁸ Aas (2010) s. 23 med henvisning til SOU 1993:32 s. 405.

¹¹⁹ Mulder (2007) s. 336 og AD 2004 nr. 37.

¹²⁰ Hotvedt (2015) s. 331, AD 2000 nr. 81 og AD 1993 nr 137.

¹²¹ Våg, Karnov lovkommentar kapittel 15 punkt 1.

3.6.2 Danmark

I Danmark er det også en adgang til å si opp arbeidsavtaler før tiltredelse. Det kan ikke gjøres etter den danske arbeidsmiljøloven, idet denne ikke tillater oppsigelser før tiltredelse.¹²² Arbeidsavtaler kan derfor avsluttes etter avtalerettslige regler, herunder gjennom uriktige og sviktende forutsetninger.¹²³

Etter dansk rett må dermed opphøret av en arbeidsavtale før tiltredelse bero på alminnelige kontraktsrettslige regler. En part i et arbeidsforhold kan påberope seg heving som følge av mislighold.¹²⁴ Ved bristende forutsetninger, og uriktige forutsetninger som har ligget til grunn allerede fra avtaleinngåelsen, kan også det gi grunnlag for heving etter avtalerettslige regler dersom forutsetningslæren er innfridd.¹²⁵

Den danske rettstilstanden likner i stor grad på den norske rettstilstanden der tiltredelsestidspunktet er grensen mellom hvilket regelsett som kommer til anvendelse ved opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse, nærmere bestemt avtalerettslige regler.

Noe som er annerledes med både svensk og dansk rett, som ikke har relevans for min problemstilling, men likevel kan være interessant å vise til. Er at i svensk rett er det klare utgangspunktet at en arbeidsgiver kan gjøre avtalerettslig ugyldighet gjeldende også *etter* tiltredelse. Tiltredelsen får imidlertid en betydning for hvilke konsekvenser ugyldigheten for. Det er lagt til grunn en lignende adgang også i dansk rett.¹²⁶

¹²² Hasselbalch (2013) s. 143.

¹²³ Aas (2010) s. 24 med videre henvisninger.

¹²⁴ Nielsen (2020) s. 376.

¹²⁵ Hasselbalch (2013) s. 181.

¹²⁶ Hotvedt (2016) s. 331.

4 Saksbehandlingsregler ved og virkninger av opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse

4.1 Innledning

Oppgaven har vist at arbeidsgivere har muligheten til å si opp gyldige arbeidsavtaler før en arbeidstaker har tiltrådt. I dette kapitlet vil det ses på virkningene av at en inngått arbeidsavtale sies opp før tiltredelse. Kan arbeidstakeren som hadde forventninger om at hun skulle starte i ny jobb med lønn og andre goder få erstatning eller kompensasjon fra arbeidsgiver? Hva med arbeidstakeren som har flyttet fra en by til en annen, sagt opp sin tidligere jobb, og opplever at arbeidskontrakten sies opp allerede før han har startet i stillingen?

Dersom en arbeidstaker blir sagt opp uten saklig grunn tilsier arbeidsmiljøloven § 15-12 at oppsigelsen normalt skal kjennes ugyldig. Vanligere i norsk rett er imidlertid at arbeidstakeren tilkjennes en erstatning for den usaklige oppsigelsen i tråd med arbeidsmiljøloven §§ 15-12 (2) og 15-14 (4). Hvilke rettigheter sitter en arbeidstaker som ikke er underlagt arbeidsmiljølovens vern igjen med, har denne arbeidstakeren krav på erstatning?

4.2 Saksbehandlingsregler

Det første som må undersøkes er hvilke regler som gjelder etter opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse. I kapittel 2 er det lagt til grunn at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ikke gjelder ved opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse, med enkelte unntak. Det må derfor vurderes om dette også gjelder etter at opphøret er et faktum, eller om arbeidsmiljølovens regler skal gjelde i disse tilfellene.

Ved oppsigelser etter arbeidsmiljøloven stilles det krav til hvordan arbeidsgiver må gå frem ved oppsigelsen. De formelle kravene til en oppsigelse kommer frem av arbeidsmiljøloven § 15-4. Reglene er betydningsfulle for arbeidstakere ettersom oppsigelser kan oppleves og være svært inngripende for personen som mister den tiltenkte stilling og det planlagte arbeid.¹²⁷

¹²⁷ Storeng (2020) s. 614.

Hvilke saksbehandlingsregler som gjelder for opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse er ikke direkte regulert i norsk rett, selv all den tid slikt opphør kan være minst like inngripende for arbeidstakeren. Rt. 1998 s. 766 *Gravid Vikar* viser at før tiltredelsen er det de alminnelige prosessregler som er gjeldende, og ikke arbeidsmiljølovens regler.¹²⁸ Dette taler derfor for at arbeidsmiljølovens regler ikke kommer til anvendelse.

Jakhelln tar til orde for at arbeidstakers generelle lojalitetsplikt antas å oppstå allerede ved inngåelsen av arbeidsavtalen.¹²⁹ Dette vil føre til at også en arbeidsgivers lojalitetsplikt i kontraktsforholdet oppstår ved avtaleinngåelsen. En lojalitetsplikt vil ikke gi arbeidstakeren samme rettigheter som etter arbeidsmiljøloven, men kan likevel noe på vei antas å beskytte en arbeidstaker, som må anses for den svakere parten i et arbeidsforhold.

Samlet sett kan det imidlertid ikke legges til grunn at arbeidsmiljølovens regler gjelder som saksbehandlingsregler for arbeidsavtaler som er opphørt før tiltredelse. Det vil derfor være alminnelige kontraktsrettslige regler som gjelder i saksbehandlingen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver etter opphøret av arbeidsavtalen.

4.3 Arbeidstakers krav på erstatning eller kompensasjon

I innledningen til masteroppgaven så vi at teknologistudenten Maria ikke fikk noen form for kompensasjon eller erstatning fra arbeidsgiveren som sa opp arbeidsavtalen tre måneder før hun skulle tiltre i den planlagte stilling.¹³⁰ Fetteren til den avdøde i Karmøy-saken fikk imidlertid 925 900 kroner i erstatning fra arbeidsgiveren etter at arbeidsavtalen ble terminert to uker før han skulle tiltre i stillingen sin i Fokus Bank.¹³¹

Problemstillingen er derfor hva som skal til for at en arbeidstaker har rett på erstatning eller kompensasjon etter vedkommende har blitt sagt opp før tiltredelse.

Jakhelln hevder en ikke skal trekke et skille basert på tiltredelse, og mener at erstatningsutmålingen må bedømmes – i det vesentligste – som ved usaklig oppsigelse eller uberettiget avskjed.¹³² Han mener videre at etter alminnelige avtalerettslige regler vil en

¹²⁸ Jf. nå arbeidsmiljøloven § 17-1, tidligere §§ 61 flg.

¹²⁹ Jakhelln (2006) s. 226.

¹³⁰ https://www.nrk.no/trondelag/ maria_-mistet-jobben-i-oslo-for-hun-hadde-begynt-_da-var-leiligheten-i-bergen-allerede-solgt-1.16467621 (lest 22. oktober 2023).

¹³¹ TSTAV-2011-81051.

¹³² Jakhelln (2006) s. 230.

arbeidsgivers mislighold utløse et erstatningskrav for det økonomiske tapet hos arbeidstakeren, mens arbeidstakeren har imidlertid ikke krav på erstatning for ikke-økonomisk tap.¹³³

I rettspraksis fra sjømannslovgivningens område har et tilsvarende spørsmål oppstått. Det finnes tilfeller hvor sjømenn har blitt lovet en stilling av rederiet, men ikke fått stillingen likevel.¹³⁴ I disse tilfellene ble erstatningen utmålt etter alminnelig erstatningsrettslige regler, og ikke etter reglene som fulgte av sjømannslovgivningen. I Rt. 1939 s. 291 kom retten imidlertid frem til at dersom rederiet hadde inngått en arbeidsavtale med sjømannen, for å så senere trekke seg fra arbeidsavtalen, ble normalerstatningsreglene i sjømannslovgivningen fulgt. Tiltredelsen av arbeidsforholdet var derfor ikke avgjørende for erstatningsutmålingen, det var selve avtaleinngåelsen som var avgjørende for hvilket regelsett som var gjeldende.

Weltzien og Meder mener at hva som er et rimelig vederlag ved oppsigelse før tiltredelse, må avgjøres konkret og uten å se hen til hva oppsigelsesfristen etter arbeidsmiljølovens regler er.¹³⁵

Etter min mening har forfatterens synspunkt gode grunner for seg der man legger til grunn at arbeidsmiljølovens regler ikke er gjeldende. Det kan bli kunstig dersom man i noen henseender skal se hen til reglene, mens i andre tilfeller ikke skal gjøre det.

Falch-Olsen og Hoffgaard hevder at en urettmessig oppsigelse før tiltredelse kan være begrenset til et erstatningsansvar, forutsatt at de alminnelige vilkår for erstatning er oppfylt.¹³⁶

Også dette synspunktet har gode grunner for seg, all den tid det dreier seg om alminnelig erstatningsrettslige regler. Dersom erstatningsansvar kan påvises og vilkårene er oppfylt, bør en arbeidstaker kunne kreve erstatning fra en arbeidsgiver.

Ettersom det i oppgaven er lagt til grunn at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler ikke gjelder før tiltredelse, og saksbehandlingsreglene heller ikke gjelder i en slik situasjon, kan arbeidsmiljølovens regler heller ikke anses å være gjeldende ved erstatningsutmåling i den samme situasjonen. Det må derfor ses hen til alminnelige avtalerettslige og erstatningsrettslige

¹³³ Jakhelln (2006) s. 229.

¹³⁴ Rt. 1923 II s. 241 og Rt. 1939 s. 417.

¹³⁵ Weltzien og Meder (2021) s. 621.

¹³⁶ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 222.

regler. Ved en urettmessig heving av en kontrakt kan man ha krav på erstatning, men ikke for ikke-økonomisk tap som man kunne hatt etter arbeidsmiljøloven.¹³⁷

Innledningsvis nevnes to forskjellige saker fra henholdsvis Stavanger tingrett og NRK, hvor kun den ene arbeidstakeren har fått tilkjent erstatning. Det er imidlertid flere ulikheter mellom sakene som må adresseres. For det første ble arbeidsavtalen mellom Fokus Bank og Fetteren hevet kun to uker før han skulle ha startet i stillingen, og for det andre er det lagt til grunn at banken ikke hadde rett til å heve avtalen, slik at arbeidsgiver hadde begått et avtalebrudd overfor Fetteren.¹³⁸ Teknologistudenten Maria skulle ikke starte jobben i teknologiselskapet før tre måneder etter hun ble sagt opp, og det kan ikke legges til grunn at arbeidsgiveren i den saken begikk et avtalebrudd.¹³⁹

En vesentlig forskjell mellom sakene er derfor tidspunktet termineringen av arbeidsavtalen skjer. Falch-Olsen og Hoffgaard hevder at dersom arbeidsavtalen sies opp slik at oppsigelsesfristen i avtalen løper ut *før* arbeidstakeren skulle tiltrådt, er det ikke grunnlag for noe økonomisk kompensasjon i oppsigelsestiden. Forfatterne mener derfor også motsatt, at dersom oppsigelsesfristen utløper *etter* arbeidstakeren skulle ha tiltrådt, burde arbeidsgiver kompensere arbeidstakeren med et beløp tilsvarende lønn i perioden fra tiltenkt tiltredelsestidspunkt og ut den planlagte oppsigelsestiden.¹⁴⁰

Etter min vurdering har standpunktet til Falch-Olsen og Hoffgaard gode grunner for seg, ettersom arbeidstakeren normalt har innrettet seg i større grad jo nærmere enn er tiltredelsestidspunktet.

Videre er den andre vesentlige forskjellen mellom sakene at det i saken mellom Fokus Bank og Fetteren kan legges til grunn at banken begikk et avtalebrudd ved å forsøke og heve arbeidsavtalen, et slikt avtalebrudd kan det ikke legges til grunn at arbeidsgiver utførte overfor teknologistudenten Maria. Etter min vurdering bør det kunne skilles mellom tilfeller hvor opphøret skyldes avtalebrudd fra arbeidsgivers side, og tilfeller hvor det ikke gjør det.

¹³⁷ Aas (2010) s. 16.

¹³⁸ TSTAV-2011-81051.

¹³⁹ https://www.nrk.no/trondelag/ maria_-mistet-jobben-i-oslo-for-hun-hadde-begynt_-da-var-leiligheten-i-bergen-allerede-solgt-1.16467621 (lest 22. oktober 2023).

¹⁴⁰ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 220.

I en tidligere nevnt dom fra Oslo tingrett¹⁴¹ vurderte flertallet det slik at arbeidsgiveren i saken ikke hadde rett til å ensidig trekke seg fra en bindende arbeidsavtale. Konsekvensen av arbeidsgivers handlinger ble at arbeidsforholdet skulle ha vært avsluttet etter reglene i arbeidsmiljøloven kapittel 15. En følge av dette ble at arbeidstakeren hadde krav på erstatning etter arbeidsmiljøloven §§ 15-5 og 15-12. Dommen skiller seg derfor fra dommen om Fetteren¹⁴² med tanke på hvordan erstatningen ble utmålt. Det sentrale er imidlertid at begge arbeidstakerne ble utsatt for avtalebrudd fra arbeidsgiver.

Samlet sett kan det derfor vanskelig legges til grunn en hovedregel som gjelder for erstatning eller kompensasjon for en arbeidstaker som opplever å bli sagt opp før vedkommende har tiltrådt. Vurderingen er konkret og skjønnsmessig. Likevel ser man at dersom det er kort tid før arbeidstakeren skulle ha tiltrådt stillingen, og at den avtalte oppsigelsestiden går forbi tiltredelsesdatoen, kan det i tråd med lojalitetsplikten og teorien se ut til at arbeidstakeren *burde* få erstatning. Og videre tilsier alminnelige erstatningsrettslige regler at der arbeidstakeren påføres et økonomisk tap og de øvrige vilkårene for erstatning også er oppfylt, har arbeidstaker krav på erstatning.

4.4 Rett til å stå i stillingen?

Etter arbeidsmiljøloven § 15-11 kan en oppsagt arbeidstaker i tråd med §§ 15-7 og 17-3 ha rett til å stå i stillingen så lenge det pågår forhandlinger med arbeidsgiver. Videre vil det undersøkes om dette også gjelder når en er utenfor arbeidsmiljølovens regler. Har en arbeidstaker som ikke har startet i en stilling, rett til å kreve at vedkommende skal starte, og fortsette, i stillingen mens forhandlinger, og eventuelt en rettslig prosess, pågår?

Der en arbeidstaker blir sagt opp i god tid før tiltredelsestidspunktet, og en alminnelig oppsigelsesfrist ville vært ute, kan ikke arbeidstakeren kreve å få starte i stillingen. I en slik situasjonen må arbeidsforholdet mellom partene anses avsluttet *før* tiltredelsestidspunktet.

Fetteren til den avdøde i Karmøy-saken¹⁴³ anførte i sin arbeidsrettssak mot Fokus bank at han kunne kreve naturaloppfyllelse som misligholdsbeføyelse. Tingretten kom til at dette ikke kunne gjennomføres, og at Fetteren måtte nøye seg med å kreve erstatning fra arbeidsgiver. I

¹⁴¹ TOSLO-2018-123985.

¹⁴² TSTAV-2011-81051.

¹⁴³ TSTAV-2011-81051

avgjørelsen ble det lagt vekt på at en ansettelsesavtale er en avtaletype av personlig karakter som fører til at retten må være forsiktig med å overprøve arbeidsgivers vurderinger. Tingretten la videre vekt på at når Fetteren ikke hadde tiltrådt stillingen, kan han ikke få en sterkere posisjon enn en arbeidstaker som har gått gjennom en 'vanlig' oppsigelse. Fokus Bank kunne derfor ikke påtvinges å motta Fetterens arbeidsytelser.

Tingrettsavgjørelsen viser dermed at en arbeidstaker som ikke har tiltrådt stillingen, vanskelig kan ha en sterkere posisjon enn en arbeidstaker som har tiltrådt stillingen. Videre kan det også virke noe kunstig dersom en arbeidstaker som ikke har tiltrådt, skal tiltre stillingen sin ut oppsigelsestiden. Arbeidsforhold krever ofte opplæring og tilsetting før en arbeidstaker kan gjennomføre arbeidet på en tilfredsstillende måte. Det kan anses unødvendig å lære opp en ny ansatt før vedkommende skal slutte om kort til. Videre vil også den eventuelle tidsbruken i noen grad stenge for arbeidstakerens mulighet til å finne seg nytt arbeid så raskt som mulig.

Etter min mening kommer tingretten derfor til en fornuftig konklusjon. Betrachtingene deres fremstår rimelige og veloverveid, sett i lys av at arbeidsmiljølovens regler ikke gjelder.

Også Henning Jakhelln hevder at der arbeidsmiljølovens *får* anvendelse før tiltredelse, kan ikke arbeidstaker kreve å få starte eller stå i stillingen.¹⁴⁴ Falch-Olsen og Hoffgaard stiller seg også bak Jakhellns synspunkt om temaet.¹⁴⁵

Samlet sett anses det derfor slik at en arbeidstaker som opplever at arbeidsavtalen blir sagt opp før tiltredelse, ikke kan kreve å få starte eller fortsette i stillingen.

¹⁴⁴ Jakhelln (2006) s. 231.

¹⁴⁵ Falch-Olsen og Hoffgaard (2020) s. 221.

5 Oppsummering og avsluttende betraktninger

5.1 Oppsummering

I oppgavens kapittel 2 er gjeldende rett om opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse gjennomgått. Gjennomgangen viser at *Allmennlærerdommens* obiter dictum er kritisert og diskutert i den juridiske teori. Likevel er avgjørelsen og dens uttalelse om at det er de avtalerettslige betraktninger som skal ha forrang i tiden etter avtaleinngåelse og før tiltredelsen av en stilling, fulgt opp i underrettspraksis. Hensynet til en ensartet praktisering av regelverket og likebehandling taler derfor for at utgangspunktet fra Allmennlærerdommen bør legges til grunn som gjeldende rett.

På bakgrunn av dette må uttalelsen, etter mitt syn, anses som gjeldende rett frem til det kommer ny lovgivning eller ny høyesterettspraksis som eventuelt går bort fra uttalelsen. Samtidig må det holdes åpent for at det kan finnes unntak fra regelen, hvor arbeidsmiljølovens regler i enkelte tilfeller også kan være analogisk gjeldende før tiltredelse.

Kapittel 3 går gjennom ulike måter en arbeidsgiver kan si opp en arbeidsavtale før tiltredelse. Som gjennomgangen viser kan ingen av måtene anses som svært gunstige for verken arbeidsgiver eller arbeidstaker. Videre illustrerer kapittel 4 om virkningene av de opphørte avtalene at dette heller ikke kan reguleres av arbeidsmiljølovens regler, som kan føre til ulik behandling og ulike praktiseringer av regelverket.

5.2 Refleksjoner

Ettersom det er lite relevant Høyesterettspraksis, og heller ikke omfattende underrettspraksis, fremstår det som at opphør av arbeidsavtaler før tiltredelse hører med til sjeldenhetene. Samtidig tror jeg at dette ikke er tilfellet, spesielt med tanke på koronapandemien og dens virkninger, i tillegg til andre uforutsatte utfordringer som arbeidsgivere og virksomheter opplever. Mangelen på rettspraksis kan skyldes at slike tvister vanligvis løses mellom partene, og derfor sjeldent går til rettssystemet.

For en arbeidstaker kan det ha store konsekvenser og føre med store kostnader å ta en slik sak til rettssystemet, når en ikke har kjennskap til prosessrisikoen. I tillegg kan arbeidstakeren være i en sårbar situasjon hvor fokuset heller ligger på å skaffe seg nytt fast arbeid.

En arbeidstaker som opplever at arbeidsforholdet opphører før tiltredelse og som ikke vernes av arbeidsmiljølovens regler, kan oppleve en annerledes oppsigelsessituasjon enn en arbeidstaker som er vernet av stillingsvernsreglene. På den ene siden kan hensynet til arbeidstakeren, den svake part i avtalesituasjonen, tale for at arbeidstakeren burde vært vernet allerede fra avtaleinngåelsen. Spesielt når en ser situasjoner hvor folk har sagt opp sin tidligere jobb eller flyttet langt av sted for å starte i den nye jobben.

Samtidig kan en slik regulering føre til at arbeidstakeren nyter for stort vern. Kan det anses rettferdig at en arbeidstaker som har jobbet i en bedrift i 16 år stiller likt med en arbeidstaker som enda ikke har startet hos virksomheten?

Hensynet til både arbeidsgivere og arbeidstakere krever etter min mening at regelverket utbedres og endres. Mangelen på tydelige og konkrete rettsregler kan føre til at ulike arbeidstakere i ulike bransjer, eller bare hos ulike arbeidsgivere, blir behandlet ulikt på grunnlag. Dette fører til en ulik praktisering av regelverket. Dette gjelder både når det kommer til hvilken opphørsmetode som blir brukt, og virkningene dette kan ha for arbeidstakeren. Jeg mener at det er uheldig, både for arbeidsgiveren og ikke minst for arbeidstakeren. For arbeidsgiver hadde det skapt forutberegnelighet dersom de kunne forholdt seg til klare og praktikable regler som var skapt av lovgiver. En lovregulering kunne dermed minsket unødvendig usikkerhet for begge parter i et arbeidsforhold.

Kilderegister

Norske lover

Arbeidsmiljøloven

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

Avtaleloven

Lov 32. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer

Forarbeider

Ot.prp. nr. 31 (1935)

Om å utferdige en lov om tilsyn med arbeid

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m v

NOU 2004: 5

Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 49 (2004–2005)

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

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1988 s. 766 *Gravid vikar*

Rt. 1997 s. 1458 *Dykker*

Rt. 1997 s. 1506

Rt. 1998 s. 1357 *Oslo Kommune*

Rt. 1998 s. 1510 *Ekte Hussopp*

Rt. 1999 s. 408 Borettslagsleilighet

Rt. 1999 s. 922 *Salhus*

Rt. 2001 s. 248

Rt. 2001 s. 501

Rt. 2004 s. 76 Allmennlærerdommen

Rt. 2005 s. 268

Rt. 2010 s. 710

Rt. 2012 s. 1904

Rt. 2015 s. 321

HR-2017-971-A

HR-2019-424-A *Skanska*

HR-2021-605-A

Lagmannsrett

LA-2019-159441

LF-2021-35670

Tingrett

TSTAV-2011-81051

TOSLO-2018-123985

Juridisk litteratur

- Aas, Tonje Forså. *Forholdet mellom avtalerett og arbeidsrett ved inngåelse og opphør av arbeidsavtaler: utvalgte problemstillinger.* Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 5, s. 1–123, 2010.
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsrett – Rettigheter og plikter i et arbeidsforhold,* Minerva A/S 2003.
- Evju, Stein. *Arbeidsrettslige emner.* Universitetsforlaget 1979.
- Evju, Stein. *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv.* Arbeidsrett og arbeidsliv Bind 1, s. 3–30, 2003.
- Evju, Stein. *Nytt i privatretten, «avtalerettslig ugyldighet eller stillingsvern – Høyesteretts dom 21. Januar 2004 (NH-2004-01 19-A)»* 2004, nr. 2 s. 14–15. Utgitt av institutt for privatrett ved Universitet i Oslo.
- Falch-Olsen, Siri og Hoffgaard, Ruben Skifjell. «Gir koronakrisen arbeidsgiver rett til å fri seg fra en ansettelsesavtale før arbeidstaker tiltredelse?» *Arbeidsrett*, 2 (2020), årgang 17 s. 212–222.
- Fanebust, Arne. *Oppsigelse i arbeidsforhold.* 5. utg., Universitetsforlaget 2017.
- Fougner, Jan. *Endring i arbeidsforhold.* 2.utgave, Universitetsforlaget 2016.
- Fougner, Jan, mfl. *Arbeidsmiljøloven: lovkommentar*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2018.

- Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett: en innføring*, Universitetsforlaget 2017.
- Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett: en innføring*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2023.
- Hagstrøm, Viggo mfl. *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2011.
- Hagstrøm, Viggo mfl. *Obligasjonsrett*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2021.
- Hotvedt, Marianne Jenum. *Arbeidsgiverbegrepet*, Gyldendal Norsk Forlag AS 2016.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, N. W. Damm & Søn 2006.
- Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.
- Storeng, Nils H. mfl. *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget 2020.
- Våg, Lasse Gommerud. *Karnov Lovkommentar: Arbeidsmiljøloven*, til kapittel 15. (Lest 25. september 2023 på www.lovdatab.no).
- Weltzien, Kurt og Meder, Margrethe. «Styringsrett i krisetider – midlertidig vidtgående», i Alexander Sønnerland Skjønberg mfl. (red.), *Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Gyldendal 2021, s. 587–623.

Artikler

- Elina Rydland Ørnhaug. «Kontrakten var signert og leiligheten solgt – så kom mailen som ødela alt», NRK, 15. juli 2023, https://www.nrk.no/trondelag/_maria-mistet-jobben-i-oslo-for-hun-hadde-begynt-

[-da-var-leiligheten-i-bergen-allerede-solgt-1.16467621](#) (lest 22. oktober 2023).

Utenlandsk rettspraksis og lovforarbeider

Rettspraksis

AD 1993 nr. 137.

AD 2000 nr. 81.

AD 2004 nr. 37.

Lovforarbeider

SOU 1993:32.

Utenlandsk litteratur

Hasselbalch, Ole.

Arbejdsret. 11. utgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2013.

Mulder, Bernard Johann.

Förtida uppsägning av anställningsförhållande, s. 327–337.
Vänbok till Axel Adlercreut särtryck, Juristförlaget 2007.

Nielsen, Ruth.

Dansk arbejdsret, 4. utgave, Djøf forlag 2020.