

## **Retten til å stå i stilling ved urettmessig avskjed**

Er gjeldende rett tilstrekkelig egnet til å effektivisere retten til å fortsette i stillingen ved å forhindre at arbeidsgiver urettmessig benytter avskjed der rettmessig reaksjon er oppsigelse.

Kandidatnr: 572

Veileder: Henning Jakhelln

Leveringsfrist: 1. juni 2004

Til sammen 39624 ord

02.06.2004

# Innholdsfortegnelse

<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNINGER	2
1.3	PESEPTIVITET - AML.§5	3
1.4	VIRKEOMRÅDE	4
1.5	BEVISBYRDE	5
<b><u>2</u></b>	<b><u>AVSKJED OPPRETHOLDT SOM OPPSIGELSE</u></b>	<b><u>6</u></b>
<b><u>3</u></b>	<b><u>SAKSBEHANDLINGSREGLER OG FORMKRAV</u></b>	<b><u>8</u></b>
<b><u>4</u></b>	<b><u>RETTE TIL Å STÅ I STILLING</u></b>	<b><u>11</u></b>
4.1	HOVEDREGLER OG UTGANGSPUNKTER	11
4.1.1	BEGRUNNELSE	12
4.1.2	INNHALDET I RETTE TIL Å STÅ I STILLING	13
4.2	UNNTAK	15
4.2.1	UNNTAK I OPPSIGELSESTILFELLER, §61 NR.4	15
4.2.2	UNNTAK I AVSKJEDSTILFELLER, §66 NR.3	19
4.2.3	FORHOLDET MELLOM UNNTAKENE	21
4.2.4	KRAV OM GJENINNTREDEN, §61 NR.4 3.LEDD	24
4.2.5	BEVISBYRDE VED PREJUDISIELL PRØVING	26
4.3	RETTENS BEHANDLING AV KRAVET	27
4.3.1	RETTE KAN PRØVE UNNTAK I AVSKJEDSTILFELLER EX OFFICIO	28
4.3.2	RETTSKRAFT	30
4.4	NOU 2004:5	35
4.4.1	FORSLAG OM Å ”SNU” HOVEDREGEL	35
4.4.2	URIMELIGHETSVURDERINGEN I LOVFORSLAGET	38
4.5	ALTERNATIVE OPPHØRSFORMER MED FRATREDEN	40
4.5.1	MELLOMFORMER	40
4.5.2	SUSPENSJON	44
		I

<b>5</b>	<b>SANKSJONER VED URETTMESSIG AVSKJED</b>	<b>45</b>
5.1	SAKSOMKOSTNINGER	46
<b>6</b>	<b>UGYLDIGHET</b>	<b>47</b>
6.1	HOVEDREGEL - GJENINNTREDEN	47
6.2	UNNTAK FRA HOVEDREGEL OM GJENINNTREDEN	48
<b>7</b>	<b>ERSTATNING</b>	<b>48</b>
7.1	ERSTATNING FOR ØKONOMISK TAP	50
7.1.1	TAPTE LØNNSINNTEKTER	50
7.1.2	TAP I FRAMTIDIG INNTEKT	60
7.1.3	FRADRAG I ERSTATNINGEN FOR ANNEN INNTEKT	61
7.1.4	TAPSBEGRENSNINGSPLIKT	61
7.1.5	DAGPENGER	62
7.1.6	SKATTEPLIKT	62
7.2	OPPREISNING	63
7.2.1	OPPREISNINGENS FUNKSJON	63
7.2.2	UTMÅLING	63
7.3	DE LEGE FERENDA	65
7.3.1	OPPREISNING	66
7.3.2	TAPTE LØNNSINNTEKTER	67
7.3.2.1	Lønn i oppsigelsestiden	69
7.3.2.2	Lønn mellom oppsigelsesfristens utløp og dom	71
7.3.2.3	Bevisbyrde	76
<b>8</b>	<b>STRAFF</b>	<b>83</b>
8.1	MATERIELL VURDERING	85
8.1.1	AML.§85 – STRL.§410	85
8.1.2	OBJEKTIV GJERNINGSBESKRIVELSE	87
8.1.3	SUBJEKTIVT SKYLDKRAV	88
8.1.4	VILLFARELSE	91
8.1.4.1	Faktisk villfarelse	91
8.1.4.2	Rettsvillfarelse	92

8.1.5	STRAFFEFØLGE	93
<b>8.2</b>	<b>PROSESSUELLE SPØRSMÅL</b>	<b>97</b>
8.2.1	PRIVAT PÅTALEBEGJÆRING	98
8.2.2	PÅTALEMYNDIGHETENES BEHANDLING	98
8.2.2.1	Forelegg	98
8.2.2.2	Påtaleunntatelse eller henleggelse	99
8.2.2.3	Straffesak	105
8.2.3	OPPSUMMERING	111
<b>8.3</b>	<b>BØR URETTMESSIG AVSKJED STRAFFESANKSJONERES?</b>	<b>113</b>
<b>9</b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>117</u></b>

**10** **LITTERATURLISTE** **ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**

**11** **LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V** **ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**

## 1 Innledning

### 1.1 Oppgavens problemstilling

Formålet med denne oppgaven er å analysere effektiviteten av arbeidstakers rett til å stå i stilling ved urettmessig avskjed. Nærmere bestemt tas det sikte på den situasjonen hvor arbeidstaker har gjort seg skyldig i mislighold som kvalifiserer til oppsigelse, men arbeidsgiver urettmessig tar i bruk avskjed.

Rettmessig reaksjon på forgåelse fra arbeidstaker, avhenger av misligholdets grovhet. Samme type mislighold kan altså gi grunnlag både for oppsigelse og avskjed. Avskjed kan således sies å være en "skjerpet" oppsigelse hvor de materielle tersklene er ulike.<sup>1</sup> Avskjed er forbeholdt de grovere tilfeller hvor arbeidstaker vesentlig har misligholdt arbeidsavtalen, jf. arbeidsmiljøloven<sup>2</sup> (aml.) §66 nr.1. Oppsigelse krever ikke vesentlig mislighold, men også her må det et kvalifisert mislighold til. Aml.§60 nr.1 oppstiller krav til "saklig grunn" for oppsigelse. Grensen mellom avskjed og oppsigelse er skjønnsmessig og det kan i praksis være problematisk å subsumere et konkret forhold under det ene eller det andre.

Avskjed gir arbeidstaker færre rettigheter i forbindelse med arbeidsforholdets opphør enn oppsigelse. Ved oppsigelse vil arbeidstaker for det første ha rett til arbeid og lønn i oppsigelsestiden. Dersom arbeidstaker krever domstolens prøvelse av oppsigelsens gyldighet, vil arbeidstaker dessuten som hovedregel ha krav på å fortsette i stillingen fram til rettskraftig dom, jf. aml.§61 nr.4 2.ledd. Ved avskjed fratrer arbeidstaker stillingen umiddelbart, og arbeidstaker har verken krav på lønn eller arbeid i oppsigelsestiden. Arbeidstaker som reiser sak om avskjedens rettmessighet, vil som hovedregel heller ikke ha krav på å få stå i stillingen til rettskraftig dom, jf. aml.§66 nr.3, se oppgavens kap.4. For arbeidstaker vil det således være en langt større personlig tragedie å få avskjed enn oppsigelse, både økonomisk og personlig. Hensynet til

---

<sup>1</sup> Friberg,s.706

<sup>2</sup> Lov 1977-02-04 nr.4

reglenes effektivitet er derfor viktig, og utgjør fokus i denne oppgaven. Herunder vil hensynet til å forhindre omgåelse stå sentralt.

Dersom arbeidstaker avskjediges uten at lovens vilkår er oppfylt, er hovedregelen at avskjeden anses ugyldig og arbeidstaker gis rett til å gjeninntre i stillingen, jf. aml. §66 nr.4 2.ledd. Arbeidsmiljøloven gir imidlertid domstolen kompetanse til å opprettholdes urettmessig avskjed som oppsigelse med den følge at arbeidsforholdet likevel anses opphørt, jf. aml. §66 nr.4 2.ledd 3.pkt. Bestemmelsen åpner for at arbeidsgiver kan misbruke sin styringsrett, og gi avskjed selv om det kun er grunnlag for oppsigelse, med det formål å slippe unna oppsigelsestid og arbeidstakers rett til å stå i stillingen.

Oppgavens problemstilling fordrer en vurdering av hvorvidt eksisterende regelverk er tilstrekkelig til å forhindre slik omgåelse av stillingsvernsreglene som presentert ovenfor. Hvis det er slik at reglene innbyr til omgåelse, kan det tenkes at det kan eller bør gjøres grep for å forhindre misbruk.

Oppgaven er lagt opp etter gangen i en opphørssak. I kap.3 gis en kort fremstilling av formkrav og saksbehandlingskrav i forbindelse med opphørsprosessen. Deretter foretas en ganske inngående redegjørelse av retten til å stå i stilling i henholdsvis avskjeds- og oppsigelsessituasjonen i kap.4. I kap.5-7 behandles lovregulerte sanksjoner ved urettmessig avskjed. Som bakgrunn for drøftelsen presenteres i kap.2 rettens mulighet til å opprettholde en urettmessig avskjed som oppsigelse, jf. aml. § 66 nr.4 3.pkt.

## 1.2 Avgrensninger

Avskjed som opphørsform er forbeholdt arbeidstakers vesentlige mislighold. Oppgavens problemstilling er således kun aktuell ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, og oppsigelse på grunn av virksomhetens- eller arbeidsgivers forhold behandles ikke.

Avhandlingen vil kun behandle arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven. Reglene i tjenestemannsloven<sup>3</sup> og forvaltningsloven<sup>4</sup> vil ikke behandles.

---

<sup>3</sup> Lov 1983-03-04 nr.3

<sup>4</sup> Lov 1967-02-10 nr.10

Retten til å stå i stilling er omstridt. Denne oppgaven behandler ikke hvorvidt arbeidstaker bør ha en slik rett. Det er her nok å konstatere at det per dags dato foreligger en rett til å stå i stillingen ved oppsigelse etter §61 nr.4 2.ledd, og at denne retten ikke foreslås fjernet i forslag til arbeidslivslov, jf. NOU 2004:5. De foreslåtte nyanseringer i reglene vil bli kommentert under kap.4.4.

Arbeidsgivere som ønsker å omgå stillingsvernsreglene kan tenkes å benytte seg av innleide arbeidstakere og konsulenter. Innleide arbeidstakere og konsulenter vil normalt ikke ha et ansettelsesforhold til oppdragsgiver. Hvis arbeidsgiver bryter arbeidskontrakten med vedkommende, vil personen i utgangspunktet ikke ha noe krav mot oppdragsgiver etter reglene om oppsigelsesvern. Vedkommende er ansatt i utleiebyrået eller er selvstendig, f.eks. freelancer. Utgangspunktet er at oppdragsgiver har gjort seg skyldig i kontraktsbrudd med arbeidsgiver, ikke arbeidstaker. I slike tilfeller vil konsekvensene av kontraktsbruddet avhenge av hva som er avtalt mellom partene og alminnelig kontraktsrettslige prinsipper. Utgangspunktet er dermed at arbeidsgiver kan vri seg unna oppsigelsesvernsregelen ved å benytte konsulenter og innleide arbeidstakere. Det kan tenkes at det likevel påhviler oppdragsgiver arbeidsgiveransvar. Spørsmålet kan ikke besvares generelt. Problemstillingen nevnes fordi den har så nær sammenheng med oppgavens tema. Det faller imidlertid utenfor rammen av denne oppgaven å gå ytterligere inn i problematikken.

### 1.3 Peseptivitet - aml.§5

Arbeidsmiljølovens regler er preseptoriske medmindre noe annet fremkommer av de enkelte bestemmelsene, jf. aml.§5. Det følger ikke direkte av ordlyden, men fremgår av forarbeidene<sup>5</sup> at loven kan fravikes til gunst for arbeidstaker. Dette er et resultat av at arbeidsmiljøloven er en minimumslov som tar sikte på å verne arbeidstaker som den presumptivt svakere part.

Virkningen av avtalevilkår i strid med lovens bestemmelser, er at vilkårene anses ugyldige og dermed ikke tillegges rettsvirkning. Resten av avtalen vil likevel stå seg.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Ot.prp.nr.3(1975-76)s.102

<sup>6</sup> Friberg,s.111

Det finnes eksempler på at partene har avtalt at arbeidsforholdet skal opphøre etter reglene om avskjed, ikke oppsigelse. I den grad et slikt vilkår er forhåndsavtalt, vil det være ugyldig og arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler vil legges til grunn. Loven hindrer imidlertid ikke at arbeidstaker gir avkall på å hevde sine rettigheter etter at oppsigelse har funnet sted.<sup>7</sup> Avtaler som gir arbeidsgiver en dårligere løsning enn loven foreskriver, er imidlertid greit. Eksempelvis vil en avtale som begrenser arbeidsgivers avskjeds- eller oppsigelsesadgang være gyldig.

#### 1.4 Virkeområde

Regelen om retten til å stå i stilling har noe snevrere virkeområde enn arbeidsmiljøloven forøvrig, jf. aml.§2. For enkelte arbeidstakere er reglene deklarasjonelle. I noen særlige tilfeller av oppsigelse unntar loven fra retten til å stå i stilling.

For øverste leder i bedrifter gjøres det i stor grad bruk av etterlønsavtaler. I en slik avtale kan det reserveres mot hele kap.XII. Foreligger det ikke en slik avtale, gjelder reglene i kap.XII også for øverste leder. Unntaket omfatter trolig kun administrative toppledere, og sannsynligvis også dersom flere deler dette ansvaret.<sup>8 9</sup>

Med hjemmel i §56 1.ledd er statstjenestemenn og embetsmenn unntatt ved kgl.res. av 27.mai 1994 fra reglene i §§56A-67. Høyesterett fastslo i Rt.2002.349 at de unntatte reglene heller ikke gis analogisk anvendelse for statstjenestemenn.

Det følger av §61 nr.4 4.ledd at retten til å fortsette i stillingen ikke gjelder for deltakere i arbeidsmarkedstiltak, forutsatt at arbeidsmarkedstiltaket er i regi av eller i samarbeid med arbeidsmarkedsetaten, samt at oppsigelsen skyldes at arbeidstakeren får *”ordinært arbeid, overføres til annet tiltak eller tiltaket avsluttes”*.

---

<sup>7</sup> Sammesteds

<sup>8</sup> Friberg,s.580

<sup>9</sup> Bestemmelsen var ny 28. februar 2003. I avtaler stiftet før dette tidspunkt vil reglene i kap.XII også gjelde øverste leder.



Retten til å fortsette i stillingen er videre unntatt ved oppsigelse i prøvetid, ved midlertidig tilsetting, svangerskap, fødsel, sykdom, og innkalling til militærtjeneste, jf. §§63 5.ledd, 58A nr.4, 4.ledd, 64 nr.4, 65 nr.3, 65A nr.4. Retten kan ved kjennelse bestemme at arbeidstaker likevel skal få fortsette i stillingen etter samme mønster som ved avskjed, jf.kap.3.2.2.

## 1.5 Bevisbyrde

I stillingsvernssaker hvor opphørsgrunnlaget er arbeidstakers forhold, kan det lett oppstå en situasjon hvor det er ”ord mot ord” om faktum. Det blir da spørsmål om hvilken av partene som skal ha bevisbyrden, og hvilken sannsynlighetsgrad som skal kreves.

I utgangspunktet har arbeidsgiver bevisbyrden for at det foreligger tilstrekkelig faktisk grunnlag for oppsigelse eller avskjed. Det følger bl.a. av Rt.1991.956 hvor Høyesterett uttaler at det er *”arbeidsgiveren som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygger på”*. Se også Rt.1959.900, som gjaldt gyldigheten av en oppsigelse på grunn av arbeidstakers ekstraarbeid hos en annen arbeidsgiver. Høyesterett uttalte at *”Når verkstedet uten nærmere undersøkelser har gått ut fra feilaktige forutsetninger, så må arbeidsgiver selv ta risikoen for dette”*. Dette utgangspunktet må likevel modifieres for de tilfeller hvor arbeidsgiver på tilfredsstillende måte har forsøkt å klarlegge de faktiske forhold, og arbeidstaker har holdt tilbake opplysninger som viser at kontraktsbruddet likevel er rettmessig. Et eksempel kan være at fraværende arbeidstaker selv må melde fra om de grunnlag som gjør fraværet nødvendig og berettiget.<sup>10</sup>

Det ordinære utgangspunktet i sivilrettslig sammenheng er at sannsynlighetsovervekt<sup>11</sup> er tilstrekkelig. I disse tilfellene innebærer bevisbyrden at parten har risikoen for rettens tvil, også kalt tvilsrisikoen. Dege tar til orde for at det bør kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt ved avskjed på grunn av de alvorlige følger avskjed vil ha for arbeidstaker, dog ikke like sterke som i en straffesak.<sup>12</sup> Også Fanebust (s. 309) argumenterer for at ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold *”bør det nok også stilles strenge krav til bevis”*. Han sammenligner med strafferetten, og peker på at

---

<sup>10</sup> Fanebust, kap III pkt.6

<sup>11</sup> Rt.1992.64

<sup>12</sup> Dege, Arbeidsgivers styringsrett II, s.392 flg

tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende overfor arbeidstaker. Han finner likevel at parallellen til strafferetten ikke kan forfølges helt ut; ”*Bedriftens behov er således mer direkte og akutte enn de allmenne- og individualpreventive hensyn i slike saker*”.

Schei<sup>13</sup> mener derimot at det skal gjelde samme krav til bevisets styrke ved avskjed og oppsigelse. Lovgiver har innført krav til kvalifisert sannsynlighetsovervekt i særreglene i §64 nr.2, §65 nr.1 og §65 A nr.2. Det er ikke gjort i §63, §60 nr.1 eller §66. Jeg kjenner ikke til rettsavgjørelser hvor det legges til grunn en strengere bevisbyrde ved avskjed eller oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.

Det foreligger så vidt jeg kan se verken antydninger i lov, lovforarbeider eller praksis som gir grunnlag for å påstå at det kreves mer enn sannsynlighetsovervekt. Uttalelsene i teorien må dermed forstås som uttrykk for meninger framfor gjengivelse av gjeldende rett. De lege lata er det dermed tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt. Derav følger at arbeidsgivers bevisbyrde er en tvilsrisiko.

Ufullstendig eller uriktig faktisk grunnlag medfører ikke automatisk at oppsigelsen eller avskjeden settes til side. Forutsetningen er at feilen har vært egnet til å påvirke beslutningen. Arbeidsgiver må da ha bevisbyrden for at beslutningen om oppsigelse eller avskjed ville vært den samme, selv om de faktiske forhold var kjent.<sup>14</sup>

Arbeidsgivers bevisbyrde for opphørsgrunnlaget må ses i sammenheng med drøftingsregelen i aml.§57, som pålegger arbeidsgiver en undersøkelsesplikt. Sviktende faktisk grunnlag vil i den sammenheng kunne resultere i at oppsigelsen eller avskjeden settes til side fordi arbeidsgiver ikke har overholdt sin lovpålagte undersøkelsesplikt etter §57, se kap.3.<sup>15</sup> Bevisbyrdereglene bidrar således til at saksbehandlingsreglene overholdes.

## **2 Avskjed opprettholdt som oppsigelse**

Arbeidsmiljøloven åpner for at retten kan opprettholde urettmessig avskjed som oppsigelse, forutsatt at det er tilstrekkelig grunnlag for en slik reaksjon, jf. aml.§66 nr.4

---

<sup>13</sup> Schei II,s.13

<sup>14</sup> Fanebust, sammesteds

<sup>15</sup> Fanebust, sammesteds

3.pkt. Det stilles ikke strengere krav enn ved ordinær vurdering av oppsigelse. Dersom retten skal opprettholde urettmessig avskjed som oppsigelse kreves det at arbeidsgiver nedlegger særskilt påstand om det.<sup>16</sup> Bestemmelsen er praktisk og anvendes hyppig. Det er fordelaktig for alle parter at rettsforholdet avklares i samme sak.

Bestemmelsen angir at retten ”kan” opprettholde urettmessig avskjed som oppsigelse. Det kan reises spørsmål om bestemmelsen skal tolkes som at domstolen har valgfrihet mht. om det skal avsies dom for oppsigelse. Høyesterett gir i Rt.1999.184 (Naskedommen) uttrykk for at retten mer eller mindre automatisk skal avsi kjennelse for opphør hvis vilkårene for oppsigelse er tilstede. Retten tar ikke stilling til om forholdet ville gitt saklig grunn for oppsigelse i den konkrete saken, fordi avskjedsvedtaket var ugyldig forvaltningsrettslig, og uttalelsene er obiter dicta. Det uttales at ”*arbeidsgiver fritas ... for en vesentlig del av risikoen ved å velge feil sanksjon ved pliktbrudd fra arbeidstaker – avskjed istedenfor oppsigelse*”. I Dolphin-dommen<sup>17</sup> følger Høyesterett opp med å si at ”*det nok kan stilles spørsmål om hvor fritt retten egentlig står i sin vurdering når den finner at det var grunnlag for oppsigelse. Praksis synes å tyde på at bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 66 nr.4 tredje punktum da nokså automatisk gis anvendelse dersom arbeidsgiveren har nedlagt påstand om det*”. De to dommene tyder på at det ikke er rom for rimelighetskjønn fra domstolens side dersom vilkårene for oppsigelse foreligger. Domstolene skal altså avsi dom for oppsigelse så lenge vilkårene i aml.§60 nr.1 er oppfylt.

Når arbeidsgiver fritas for risikoen for feilvurderingen, kan det tenkes at arbeidsgiver fristes til å gi avskjed for å omgå arbeidstakers rett til å stå i stillingen i oppsigelsestiden og eventuell etterfølgende periode. Når avskjed er en såpass mye mer inngripende reaksjon overfor arbeidstaker enn oppsigelse, er det viktig å forebygge at arbeidsgiver misbruker den mulighet §66 nr.4 åpner for. At arbeidsgiver i stor grad fritas for risikoen ved feil valg, innebærer likevel ikke at arbeidsgiver fritas for erstatningsansvar, og eventuelt straffeansvar. Det er viktig at det foreligger en latent risiko for sanksjoner som er egnet til å avskrekke arbeidsgiver fra å misbruke regelen. Jeg kommer tilbake til sanksjonsmulighetene i kap.5, 6 og 7.

---

<sup>16</sup> Rt.1999.184, jf.Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>17</sup> Rt.2001.1253

### 3 Saksbehandlingsregler og formkrav

Arbeidsmiljøloven §57 inneholder preseptoriske krav til saksbehandlingen ved oppsigelse. Saksbehandlingen ved oppsigelse og avskjed er generelt underlagt et krav om forsvarlig saksbehandling.<sup>18</sup> Her følger en meget kort oversikt.

Saksbehandlingsreglene og lovens formkrav er i det alt vesentlige sammenfallende for oppsigelse og avskjed. Det primære formålet er å forhindre uriktige avgjørelser. Dessuten skal saksbehandlingsreglene og formkravene sikre størst mulig ryddighet. Det skal bl.a. gis opplysninger om arbeidstakerens rett til å kreve forhandlinger og reise søksmål, om retten til å fortsette i stillingen etter §61, samt de frister som gjelder for å kreve forhandlinger, for å reise søksmål og for å fortsette i stillingen.<sup>19</sup> For det tredje skal reglene bidra til å sikre et hensiktsmessig utgangspunkt for etterprøving og kontroll.<sup>20</sup> Dette kan særlig være til hjelp under prejudisiell behandling om rett til å stå i stilling hvor det sjelden foretas full bevisførsel, se kap.4.3. Saksbehandlingsreglene bidrar således til å effektivisere stillingsvernet i flere ledd av opphørsprosessen.

Det følger av §57 nr.1 2.ledd at arbeidsgiver, i den grad det er praktisk mulig, skal drøfte<sup>21</sup> beslutningen om avskjed eller oppsigelse med arbeidstaker og arbeidstakers tillitsvalgte før den fattes. Arbeidstaker kan velge bort bistand av tillitsvalgte. Unntak fra drøftingsplikten kan gjøres hvis det ikke er praktisk mulig å få gjennomført den. Regelen er en snever unntaksregel, og er primært aktuell der det er forhold på arbeidstakers side som gjør det vanskelig.<sup>22</sup>

Drøftingsregelen er et svært viktig bidrag til å forhindre uriktige avgjørelser. Både arbeidstaker og arbeidsgiver er tjent med at oppsigelse ikke gis på uriktig faktisk grunnlag. Arbeidsgiver pålegges gjennom drøftingsregelen en undersøkelsesplikt, som skal sikre at oppsigelses-/avskjedsbeslutningen treffes på opplyst og riktig faktisk grunnlag. Arbeidstaker og arbeidsgiver kan i fellesskap søke å få klarlagt faktum.

---

<sup>18</sup> F.eks. Rt.1966.393

<sup>19</sup> Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, kap.4.19.2

<sup>20</sup> Ot.prp.nr.50(1993-94)s.185

<sup>21</sup> Hovedavtalene LO-NHO §10-2 og §9-3 har regler om drøftingsplikt. Tilsvarende bestemmelser er inntatt i andre tariffavtaler. Også tjenestemannsloven §18 har regler om drøftelsesplikt. Forvaltningsloven gjelder vsa. arbeidsmiljøloven i offentlig virksomhet.

<sup>22</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.183

Ved siden av å bidra til at situasjonen blir bedre opplyst, vil et slikt møte kunne hindre at beslutning om oppsigelse og avskjed skjer i et øyeblikks affekt. Når drøftingsmøte skal holdes blir partene tvunget til samtale, og arbeidsgiver tvinges til å bruke noe mer tid før beslutningen tas. Arbeidsgiver skal foreta de nødvendige vurderinger av saklighetskravet i aml.§60.<sup>23</sup>

Det kan reises spørsmål om når drøftingsplikten er oppfylt. I noen tilfeller kan det tenkes at arbeidsgiver har bestemt seg for at arbeidstaker skal slutte før drøftingsmøtet og arbeidstaker blir innkalt mer eller mindre for å oppfylle lovens formkrav. Det vil ikke være i tråd med lovens ordlyd ”før beslutningen treffes”. Når formålet med drøftingsmøte er å sikre at oppsigelse treffes på et veloverveid grunnlag, er det en forutsetning at arbeidstaker som blir innkalt til møte får tid til å forberede seg, og at møtet er reelt. Aml.§57 inneholder ingen fristregel for avholdelse av drøftingsmøtet, men det må antas at å bli innkalt samtidig med møtestart ikke er i tråd med lovens forutsetninger.<sup>24</sup>

Drøftingsregelen må suppleres med at arbeidsgiver har bevisbyrden for at det foreligger saklig grunn til oppsigelse og tilstrekkelig grunnlag for avskjed, se kap.1.5. Det kan således være at arbeidsgiver også har plikt til å opplyse situasjonen på annen måte, f.eks. i forhold til årsakene til problemene.<sup>25</sup> Drøftelsene kan, i den grad de er vel dokumenterte, være av betydning for domstolens etterprøving av oppsigelses- eller avskjedsvedtaket.<sup>26</sup> Det er i rettspraksis lagt vesentlig vekt på saksbehandlingen før oppsigelsesbeslutningen. Se f.eks. Rt.1972.1330 hvor en 45 år gammel bokholder med lang tjenestetid var gitt oppsigelse fra sin stilling ved et hotell, uten at det på forhånd var tatt kontakt med ham. Høyesteretts flertall fant at hvis man hadde tatt spørsmålet opp med bokholderen på forhånd, hadde det vært mulig få til en ordning slik at han kunne fortsatt i arbeidet. Han ble dermed tilkjent kr.10.000,- i erstatning.

---

<sup>23</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.182

<sup>24</sup> Friberg,s.592.

<sup>25</sup> Fanebust,s.80

<sup>26</sup> Fougner, Arbeidsavtalen,s.355

Det følger av forarbeidene<sup>27</sup> at drøftingsregelen i utgangspunktet er en ordensregel. Feil medfører ikke nødvendigvis ugyldighet. Dette avhenger av i hvilken grad feilen kan ha påvirket resultatet etter en konkret vurdering. I Friberg s.593 antas det at domstolen lett vil komme til at oppsigelsen er usakelig dersom mulig drøfting er unnlatt. Det vises til at det kun i snevre tilfeller vil være anledning til å unnlate drøfting, noe som understrekes i forarbeidene. Forfatterne viser til rettspraksis vektlegging av drøftelsene ved saklighetsvurderingen, og at det antagelig bare er hvor ”*det er rimelig klart at feilen ikke har hatt betydning*” at oppsigelsen likevel vil stå seg. Jakhelln uttaler<sup>28</sup> at drøfting anses som selvsagt når oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold.

I Rt.2000.1800 er likevel et eksempel på at oppsigelsen stod seg selv om drøftingsplikten ikke var overholdt. Det var imidlertid holdt drøftingsmøte like etter at oppsigelsen var gitt. I tillegg var det gitt flere forvarsler ved uformelle samtaler og et uformelt møte. Retten fant at saksbehandlingsfeilen ikke hadde påvirket saken, og stadfestet oppsigelsen.

Selv om brudd på saksbehandlingsreglene ikke medfører ugyldighet, kan det likevel ha betydning at saksbehandlingen ikke har vært forsvarlig. I Dolphin-dommen var noe av begrunnelsen for oppreisningserstatningen nettopp at saksbehandlingen ikke var tilfredsstillende, se kap.5.

Drøftingsregelen i §57, og det alminnelige krav til forsvarlig saksbehandling, er viktige bidrag til å forhindre urettmessige avskjeder og usaklige oppsigelser. Retten har som sagt lagt stor vekt på saksbehandlingsreglene, som kan ha betydning både for saklighetsvurderingen, erstatningsutmålingen, bevisbyrden og saksomkostningsspørsmålet. Saksbehandlingsreglene er likevel ikke alene tilstrekkelige for å forhindre at arbeidsgiver urettmessig benytter avskjed. Bestemmelsens effekt vil også avhenge av arbeidsgivers vilje til å treffe riktig beslutning.

---

<sup>27</sup> Ot.prp.nr.50(1993-1994)s.183

<sup>28</sup> Oversikt over arbeidsretten,s.282

## 4 Retten til å stå i stilling

### 4.1 Hovedregler og utgangspunkter

En oppsagt arbeidstaker kan reise sak om oppsigelsens rettmessighet. Inntil domstolen rettskraftig har stadfestet oppsigelsen har arbeidstaker som hovedregel rett til å fortsette i stillingen, jf. aml. §61 nr.4 2.ledd 1.pkt.

Også avskjediget arbeidstaker har krav på å få avskjedens rettmessighet prøvet av domstolen. Det følger av aml. §66 nr.3 at hovedregelen er motsatt enn i oppsigelsessakene. Arbeidstaker har verken rett til å fortsette i stillingen i oppsigelsestiden, eller i det etterfølgende tidsrom i påvente av rettskraftig dom. Hovedregelen er med andre ord umiddelbar fratreden, jf. §66 nr.1.

Både §61 nr.4 og §66 nr.3 åpner for at retten ved kjennelse kan gjøre unntak fra hovedregelen. Arbeidsgiver kan i oppsigelsestilfellene kreve at arbeidstaker skal fratre etter oppsigelsestidens utløp i påvente av dom. Vilkåret er at retten finner det "urimelig" at arbeidsforholdet opprettholdes i denne perioden, se kap.4.2.1. Arbeidstaker kan ved avskjed kreve å få stå i stillingen til avskjedssaken er endelig avgjort, se kap.4.2.2. Arbeidstaker vil i avskjedstilfeller normalt ha fratrudd stillingen, og må da eventuelt kreve kjennelse for gjeninntreden etter §61 nr.4 3.ledd, jf. kap.4.2.4. Prosessinitiativet ved prejudisiell prøving om retten til å stå i stilling er altså ulikt ved oppsigelse og avskjed.

Intensjonen da disse reglene ble innført i 1977 var at saker om oppsigelse og avskjed skulle avgjøres hurtig, og normalt innen utløpet av oppsigelsestiden. Dette har i liten grad skjedd. Sakene kan bli langvarige dersom ankemulighetene benyttes fullt ut. Som jeg vil komme tilbake til i kap.7, er lønnsutgifter normalt den største utgiften for arbeidsgiver i forbindelse med oppsigelsessaker. I den grad arbeidstaker ikke har krav på å fortsette i stillingen opphører også arbeidsgivers betalingsplikt. Den økonomiske betydningen av retten til å stå i stilling er dermed stor for begge parter.

Dersom arbeidsgiver gir avskjed i stedet for oppsigelse, i et forsøk på å unngå arbeidstakers rett til å stå i stillingen, og spekulerer i at avskjeden ved eventuell rettssak opprettholdes som oppsigelse i medhold av aml. §66 nr.4 2.ledd 3.pkt., se kap.2, er

spørsmålet om arbeidsgiver faktisk kommer unna retten til å stå i stillingen på denne måten, eller om arbeidstakers interesser kan ivaretas gjennom unntaket i §66 nr.3. For å besvare spørsmålet, må det vurderes hvor stor realitetsforskjell det er mellom arbeidstakers mulighet til å fortsette i stillingen etter §61 nr.4 2.ledd 1.pkt. og etter §66 nr.3. Jeg vil belyse hva arbeidsgiver i denne sammenheng "tjener" på å avskjedige arbeidstaker istedenfor å si opp vedkommende, med fokus på arbeidstakers rett til å stå i stillingen.

Begrunnelsen for de ulike utgangspunktene ved oppsigelse og avskjed angis i kap.4.1.1. Deretter vil jeg si noe om hva retten til å stå i stillingen inneholder i kap.4.1.2. I kap.4.2 vil unntakene i §61 nr.4 2.ledd 3.pkt. og §66 nr.3 behandles nærmere.

Arbeidslivslovutvalget kommenterer unntaksregelen i oppsigelsestilfellene, jf. I NOU 2004:5 s. 323 flg. Uttalelsene vurderes i kap.4.4. I kap.4.3 vil jeg kort gjennomgå rettens behandling av krav om rett til å stå i stilling, fordi det synliggjør ulikheter mellom oppsigelse og avskjed. I kap.4.5 gjennomgår jeg alternative opphørsformer til avskjed og oppsigelse.

#### 4.1.1 Begrunnelse

Retten til å stå i stilling etter aml.§61 nr.4 har sammenheng med ugyldighetsvirkningen av usaklig oppsigelse. Det følger av §62 1.ledd at en usaklig oppsigelse skal medføre ugyldighet hvis arbeidstaker krever det. Virkningen av ugyldig oppsigelse er at arbeidstaker fortsetter i stillingen. Formålet med arbeidstakers rett til å stå i stillingen mens oppsigelsessaken prøves for domstolene, er å sikre en reell mulighet for at arbeidstaker skal kunne fortsette i sitt arbeide etter dom for usakelig oppsigelse. Derigjennom sikres et reelt vern mot usaklig oppsigelse. Å gå tilbake i jobb etter å ha vært ute av stillingen under oppsigelsessaken, kan være umulig av flere grunner. Både fordi det rent psykisk volder problemer, men også fordi arbeidsgiver i mellomtiden kan ha ansatt en ny i arbeidstakers stilling, eller arbeidstaker av økonomiske hensyn har sett seg nødt til å ta annet arbeid i mellomperioden. Effektiviteten av retten til å stå i stillingen er avhengig av at arbeidsgiver ikke gir avskjed der det kun er grunnlag for oppsigelse.



Tilknytningen mellom retten til å stå i stillingen og ugyldighetsvirkningen viser seg bl.a. i §61 nr.3 hvor det er satt en kort søksmålsfrist på 8 uker når det påstås ugyldighet. Hvis det derimot bare kreves erstatning, er søksmålsfristen 6 måneder.<sup>29</sup> Når arbeidstaker innenfor 8 ukers fristen kun krever erstatning, følger det av forarbeidene at arbeidsgiver ”uten videre” skal gis medhold i krav om fratreden. Dersom arbeidstaker etter 8 ukers fristens utløp bare krever erstatning, vil arbeidstaker ikke ha rett til å fortsette i stillingen i påvente av behandling av hovedsaken i domstolene. Dette følger av at §61 nr.4 2.ledd 1.pkt. forutsetter at ”søksmål etter nr. 3 er reist innen åtte uker” for at arbeidstaker skal ha rett til å stå i stillingen.<sup>30</sup>

Det følger av §66 nr.4 at også urettmessig avskjed skal føre til ugyldighet dersom arbeidstaker krever det. Også her er ugyldighetsvirkningen gjeninntredelse. Likevel er hovedregelen ved avskjed at arbeidstaker ikke har krav på å fortsette i stillingen. De samme hensyn gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakers reelle mulighet til gjeninntreden ved ugyldig avskjed som ved ugyldig oppsigelse. Når loven likevel ikke gir avskjediget arbeidstaker rett til å stå i stillingen, er det fordi hensynet til arbeidsgiver i sterkere grad gjør seg gjeldende her. Mens oppsigelse er regulær opphørsform, baseres avskjed på et vesentlig mislighold som gir hevingsgrunnlag. Det ville være sterkt urimelig at en arbeidstaker som vesentlig har misligholdt sin arbeidsavtale skulle få fortsette i stillingen og således påberope seg rettigheter etter kontrakten.<sup>31</sup> I forarbeidene<sup>32</sup> erkjennes det at arbeidstakers fratreden under sakens gang vil gjøre det vanskelig for retten å finne en løsning i tråd med lovens intensjoner hvis avskjeden ikke engang gir grunnlag for saklig oppsigelse. Dersom arbeidstaker har vært ute av stillingen frem til dom på ugyldighet, vil arbeidstaker sjelden gjeninntre etter dom på ugyldighet.

#### 4.1.2 Innholdet i retten til å stå i stilling

Verken arbeidsmiljøloven eller forarbeidene definerer hva retten til å stå i stilling i sin alminnelighet skal bestå i. Spørsmålet er om retten til å stå i stilling kun innebærer et

---

<sup>29</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.74

<sup>30</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

<sup>31</sup> Friberg,s.715

<sup>32</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

krav på lønn, eller om det også gir arbeidstaker rett til å utføre arbeid. Problemstillingen er altså om arbeidsgiver kan frabe seg arbeidsytelsen, mot betaling av lønn.

I NOU 1992:20 s. 179-180 uttales at *"Arbeidsmiljøloven eller forarbeidene sier ikke noe om at retten til å stå i stillingen innebærer både rett til arbeid og lønn eller bare til lønn"*. Uttalelsene gir uttrykk for at spørsmålet er tvilsomt. Høyesterett fastslår i Rt.1984.400 at dersom arbeidstaker skal fratres, skal det skje i form av rettens kjennelse etter aml.§61 nr.4. Direkte gjaldt saken permittering mens arbeidstaker stod i stillingen ved oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold. Saken er imidlertid av interesse i denne sammenheng fordi den viser at arbeidstakers rett til å stå i stillingen også innebærer en rett til å utføre arbeid. Høyesterett uttalte at *"etter §61 nr.4 er regelen at en arbeidstaker har rett til å bli i stillingen inntil det foreligger en endelig dom for oppsigelsens gyldighet. ... Skal arbeidstaker pålegges å fratres, må dette besluttes av domstolene etter §61 nr. 4 tredje punktum."* RG.1996.202 gjaldt en oppsagt arbeidstaker som ble nektet å utføre arbeid selv om det ikke forelå kjennelse for fratreden. Lagmannsretten legger avgjørende vekt på formålet med retten til å stå i stilling, og konkluderer med at arbeidstaker som hovedregel har krav på å utføre arbeid i tillegg til lønn. For enkelte yrkesgrupper vil det være helt avgjørende at retten til å fortsette i stillingen også innebærer et krav på å få utføre arbeid. Flygelederforbundet har i Ot.prp.nr.50 pkt.12.3 sterkt fremhevet at piloter er avhengig av å fly for å opprettholde sine sertifikater. For denne yrkesgruppen kan retten til å utføre arbeid være et spørsmål om videre arbeid innenfor yrket eller ei. Evju viser i sin artikkel *"Rett til å stå i stilling?"*<sup>33</sup> til at retten til å stå i stilling bygger på to sentrale hensyn, nemlig hensynet til arbeidstakers økonomi og hensynet til å effektivisere arbeidstakers rett til å gjeninntre dersom det er gitt usaklig oppsigelse. Dersom arbeidsgiver ensidig skulle kunne frabe seg arbeidsytelsen i perioden arbeidstaker har rett til å stå i stillingen, ville kun hensynet til arbeidstakers inntekt ivaretas. Han konkluderer ut i fra dette med at retten til å stå i stillingen innebærer både krav på lønn og til å utføre arbeid. I Friberg s.573, finner forfatterne det *"nokså klart"* at rett til å stå i stilling både innebærer krav på lønn og arbeid, ut i fra hensynet til at arbeidstaker effektivt skal kunne gjeninntre. Både rettspraksis, teori og formålet med regelen tilsier at retten til å stå i stilling innebærer et krav både på lønn og arbeid. Det legges dermed til grunn i det følgende. Krav om

---

<sup>33</sup> LoR 1980,s.342 flg.

fratreden må skje etter §61 nr.4. Eventuell adgang til suspensjon mens arbeidstaker står i stillingen vil bli behandlet i kap.4.5.2.

## 4.2 Unntak

Selv om utgangspunktene mht. retten til å stå i stilling er motsatt ved oppsigelse og avskjed, så åpner begge bestemmelsene for at retten kan gjøre unntak. Jeg vil ta for meg unntaksreglene med det formål å se i hvilken grad de reelt sett virker forskjellig. Etter ulike forsøk har jeg funnet det best å behandle bestemmelsene hver for seg, med en etterfølgende oppsummering av forholdet mellom bestemmelsene.

### 4.2.1 Unntak i oppsigelsestilfeller, §61 nr.4

Loven åpner for at arbeidsgiver kan kreve rettens kjennelse for at oppsagt arbeidstaker skal fratre i påvente av dom, jf. §61 nr.4 2.ledd 3.pkt. da det i særlige tilfeller vil det kunne virke urimelig at arbeidstaker står i stillingen.<sup>34</sup> Lovens vilkår er at retten finner det ”urimelig” at arbeidsforholdet opprettholdes under sakens behandling.

Loven gir ikke nærmere anvisning på når urimelighetsvilkåret er oppfylt.

Urimelighetskriteriet er en skjønnsmessig rettslig standard, som det ikke kan gis en generell definisjon av. Vurderingen må nødvendigvis bli konkret<sup>35</sup> på avgjørelsestidspunktet,<sup>36</sup> hvor flere momenter vil spille inn. Å gi arbeidsgiver medhold i krav om fratreden automatisk, uten konkret vurdering, ville være direkte i strid med lovens ordlyd.

I forarbeidene<sup>37</sup> understreker departementet at ”hovedregelen er at arbeidstakeren skal ha rett til å fortsette i stillingen. At retten bestemmer noe annet må således bare skje unntaksvis.” At det foreligger et motsetningsforhold mellom arbeidstaker og arbeidsgiver i slike situasjoner anses som normalt, og gir i seg selv ikke tilstrekkelig

---

<sup>34</sup> Ot.prp.41(1975-76)s.75

<sup>35</sup> F.eks. Rt.2002.712,Rt. 1983.1283,Rt.1988.1418,Rt.1990.908,Rt.1993.1283

<sup>36</sup> Rt.1993.1283,Rt.1990.908

<sup>37</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

grunnlag for fratreden.<sup>38</sup> Høyesterett har også i en rekke saker uttalt at utgangspunktet er rett til å fortsette i stillingen, se f.eks. Rt.2002.712.

Videre forutsetter forarbeidene at fratreden bare kan forekomme når det påberopte grunnlag er av en art som kan gi grunnlag for oppsigelse.<sup>39</sup> Dersom arbeidsgiver påberoper oppsigelse på grunn av bagatellmessige forhold, eller forhold som graviditet, etnisitet mv. vil det ikke kunne gis kjennelse for fratreden.

I den konkrete urimelighetsvurderingen legger forarbeidene opp til en differensiering, avhengig av oppsigelsesgrunnlag.<sup>40</sup> Hvis oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold, skal det mye til før arbeidstaker må fratre under sakens behandling. Når oppsigelsen skyldes arbeidstakers disiplinære forhold vil vurderingen bli annerledes. Hvis oppsigelsens skyldes *”en forgåelse fra arbeidstakers side e.l.”* angir forarbeidene at arbeidsgiver *”i alminnelighet”* bør gis medhold i krav om fratreden. Forarbeidene tyder altså på at unntaksregelen skal være snevrere hvor det er bedriftens forhold som er skyld i oppsigelsen, enn hvor det er disiplinære forhold. Uttalelsene i forarbeidene krever en nærmere behandling.

For det første kan det reises spørsmål om hva som menes med *”disiplinære forhold ol”* og *”forgåelse fra arbeidstakers side el.”* Gjelder f.eks. ikke presumsjonen om fratreden hvor oppsigelsesgrunnlaget er arbeidstakers manglende evne? Det synes som om oppfattelsen i teori<sup>41</sup> og praksis<sup>42</sup> har vært at det skilles mellom på den ene siden oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, og på den andre siden oppsigelse på grunn av arbeidsgivers/virksomhetens forhold. Jeg legger til grunn den samme oppfattelse som er kommet til uttrykk teori og praksis, slik at det er det grove skillet i aml. §60 nr.1 det er snakk om, og at presumsjonen om fratreden gjelder alle oppsigelsesgrunnlag på grunn av arbeidstakers forhold.

---

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

<sup>39</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

<sup>40</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

<sup>41</sup> F.eks. Friberg,s.670-671, Fanebust,s.322

<sup>42</sup> F.eks. Rt.2000.739,Rt.1986.722

For det andre er det en viss motsetning mellom uttalelsene i forarbeidene om at hovedregelen kun unntaksvis skal fravikes, og at arbeidsgiver ”i sin alminnelighet” skal gis medhold i krav om arbeidstakers fratreden ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Det synes nesten som om unntaket er hovedregelen.

I teorien er det tatt til orde for at uttalelsene i forarbeidene ikke kan tas for bokstavelig. Evju uttaler<sup>43</sup> at det må legges liten vekt på uttalelsene i forarbeidene. Fanebust mener at Evju nok går for langt. Samlet sett synes imidlertid teorien å legge opp til at utgangspunktet om retten til å stå i stilling skal fastholdes også når oppsigelse skyldes arbeidstakers forhold. Vurderingen må baseres på om fratreden vil være urimelig i det konkrete tilfellet. Uttalelsene i forarbeidene tillegges likevel vekt, og den generelle oppfattelsen er at urimelighetsterskelen er lavere ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, enn når det er virksomhetens forhold som gir oppsigelsesgrunnlag.

Urimelighetsvurderingen har vært vurdert i en lang rekke saker. Det interessante i denne sammenheng, er å kartlegge urimelighetsvurderingens rekkevidde slik den er fremkommet i rettspraksis når oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold. Jeg vil nevne noen rettsavgjørelser, uten at det nødvendigvis innebærer at disse er mer interessante i forhold til andre avgjørelser om samme tema. Det er flere momenter som typisk er vektlagt i rettspraksis.

Det tas for det første hensyn til forgåelsens art og omfang.<sup>44</sup> I Rt. 1993.1096 uttaler retten at vil være av betydning om den ansatte har utvist ”forsømmelige forhold”, f.eks. hvis det nærmer seg grensen for forhold som kvalifiserer til avskjed. Det harmonerer med at hovedregelen ved avskjed er at arbeidstaker ikke har rett til å fortsette i stillingen.

Det vil alltid være et moment om retten finner det sannsynliggjort at oppsigelsen vil bli godtatt som saklig ved en senere prøvelse av den.<sup>45</sup> Det har sammenheng med regelens

---

<sup>43</sup> Arbeidsrettslige emner, s.249

<sup>44</sup> Fougner, Arbeidsavtalen, s.370

<sup>45</sup> F.eks. Rt.1991.330, Rt.1992.1681, Rt.1992.812, Rt.1993.1096, Rt.1993.1327, Rt.1986.722, Rt.1992.1547

formål om reell mulighet for gjeninntreden. Rettens vurdering av sannsynlig utfall vil avhenge både av det juridiske og det faktiske grunnlag. Hvorvidt det *faktiske grunnlaget* for oppsigelsen er tilstrekkelig sannsynliggjort, er lagt til grunn som et viktig moment i en rekke avgjørelser, jf. Rt.2002.712 hvor Høyesterett uttaler: ”*Ved vurderingen av om arbeidstakeren ved oppsigelse på grunn av forgåelse fra arbeidstakers side skal fratre under sakens behandling, må det i tillegg til forgåelsens karakter legges vekt på om grunnlaget for oppsigelsen fremstår som tvilsomt og det sannsynlige utfall av oppsigelsessaken, se f.eks. Rt-1986-722 og Rt-1992-1681. Dette medfører at spørsmålet stiller seg noe forskjellig etter som om hovedforhandling er avholdt eller ikke.*” I prejudisiell sak om retten til å stå i stilling foretas normalt ikke full bevisførsel, og retten vil hovedsakelig bygge på arbeidsgivers pretensjoner om faktum. Etter hovedforhandling er avholdt, vil retten ha et bedre grunnlag for å ta stilling til faktum. Ved tvil om faktisk grunnlag har domstolene vært tilbakeholdne med å avsi kjennelse for fratreden. Hvis det pretenderte forhold *juridisk sett* gir tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse, viser rettspraksis tilbakeholdenhet med å avsi kjennelse for fratreden. Her synliggjøres det at selv om saklighetsvurderingen og urimelighetsvurderingen prinsipielt er to separate vurderinger, vil de likevel sammenblandes i noen grad. I oppsigelsessakene vil altså tvil om faktisk og juridisk grunnlag komme arbeidstaker til gode i urimelighetsvurderingen.

Videre vil arbeidstakers forhold være av betydning. Rimelighetshensyn i forhold til arbeidstaker tillegges vekt, f.eks. om arbeidstaker vanskelig får nytt arbeide. Det legges også vekt på den ansattes stilling. Innehar arbeidstaker en ledende stilling, skal det mindre til for at retten finner det urimelig at vedkommende skal fortsette i stillingen.<sup>46</sup>

Også arbeidsgivers forhold tillegges vekt, f.eks. uttaler Høyesterett i Rt.1993.1096 at bedriftens evne til å bære lønnsbyrden vil være et moment vurderingen. Se også Rt.1989.1041. Hensynet til øvrige ansatte og eksterne kunder vil også være av betydning.

De overnevnte momenter er deler av en helhetsvurdering hvor det kan synes som om sannsynlig utfall er av avgjørende betydning, og at arbeidstakers rett til å stå i stilling

---

<sup>46</sup> Rt.1982.1794,ARD 1981-1983 s.376,Rt.1999.1998

blir svakere jo nærmere opphørsgrunnlaget kommer et avskjedsgrunnlag. Dette harmonerer med at regelen skal sikre arbeidstaker mot usakelig oppsigelse. Det er mitt inntrykk at rettspraksis har fulgt opp uttalelsene i forarbeidene i større grad enn den rettsoppfatning teorien gir uttrykk for. Det presiseres ofte i avgjørelsene at hovedregelen er rett til å fortsette i stillingen. Det synes imidlertid som om den reelle hovedregelen er fratreden, jf. Rt.2002.712 hvor Høyesterett viser til forarbeidenes uttalelse om at retten i alminnelighet skal ta krav om fratreden til følge når oppsigelsen skyldes arbeidstakers forhold. Deretter sier førstvoterende at ”denne lovforståelsen er fulgt opp i rettspraksis, se f.eks. ... Rt.1986.722, Rt.1992.1547 og Rt.1999.1998”. Det er klart at urimelighetsstandarden er ulik avhengig av om det er forhold på arbeidsgivers- eller virksomhetens side, eller om det er forhold på arbeidstakers side som er grunnlaget for oppsigelsen. Der det er tvil, rettslig eller faktisk, om grunnlaget for oppsigelsen, er de tilfeller hvor det tilsynelatende oftest ikke gis kjennelse for fratreden. Det må ses i sammenheng med at kjennelse om fratreden normalt avsies uten den fulle bevisbedømmelse som foretas under hovedforhandling, og at arbeidsgiver har tvilsrisikoen for faktum.

#### 4.2.2 Unntak i avskjedstilfeller, §66 nr.3

Med hjemmel i aml. §66 nr.3 kan retten avsi kjennelse for at avskjediget arbeidstaker får stå i stillingen. Bestemmelsen oppstiller ikke vilkår tilsvarende ”urimelig” i §61 nr.4 2.ledd 1.pkt., for at retten kan fravike hovedregelen.

I lovens forarbeider<sup>47</sup> fremgår at slik kjennelse vil være mest naturlig når grunnlaget for avskjeden synes tvilsomt, og det samtidig vil medføre vesentlig ulempe for arbeidstaker å fratre.

Dessuten kan det gi grunnlag for rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 dersom arbeidsgiver har gitt avskjed i omgåelseshensikt.

For det første vil retten måtte vurdere om avskjedsgrunnlaget er tvilsomt. Uttalelsene i forarbeidene kan gi en oppfatning av at dersom det er tvilsomt om avskjeden står seg, vil arbeidstaker kunne få kjennelse for rett til å stå i stillingen, forutsatt at det medfører

---

<sup>47</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

vesentlig ulempe for arbeidstaker å fratru. Mitt inntrykk er imidlertid at dersom grunnlaget for avskjeden synes tvilsomt, avhenger likevel en kjennelse om rett til å stå i stillingen av om det er en klar oppsigelse eller ei. Billedlig kan det virke som om retten først ser hen til om avskjedsgrunnlaget er tvilsomt. Deretter ses det hen til om arbeidstaker ville fått stå i stillingen etter §61 nr.4. Høyesteretts uttalelser i Dolphindommen<sup>48</sup> er etter mitt skjønn treffende; ”vurderingstemaene etter § 66 nr.3 og § 61 nr. 4 annet ledd faller ikke helt sammen, selv om jeg tviler på om det er noen betydelig forskjell når avskjeds- eller oppsigelsesgrunnlaget er feil som arbeidstakeren har begått”. I Borgarting Lagmannsretts kjennelse LB-1999-00289 uttrykkes dette relativt klart; ”Ut fra denne vurdering av de faktiske forhold kan lagmannsretten vanskelig se at det var grunnlag for avskjed. Videre finner lagmannsretten at det - i det minste - er tvilsomt om vilkårene er til stede for å opprettholde avskjeden som saklig oppsigelse, jfr. arbeidsmiljøloven §66 nr. 4 siste punktum.” Arbeidstaker fikk dermed rett til å stå i stillingen.

For det andre vil omgåelse i seg selv kunne gi grunnlag for rett til å stå i stillingen.<sup>49</sup> Forarbeidene presiserer ikke nærmere når det kan tenkes å foreligge omgåelse. I Rt.2001.956 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at ”det ikke [er] noe i saken som tyder på at Hydro har misbrukt avskjedsadgangen”. Når det i tillegg var mest sannsynlig at avskjeden ville bli kjent gyldig i ankeomgangen, var det ikke grunnlag for å gi arbeidstaker rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3. Forarbeidene<sup>50</sup> uttaler eksplisitt at regelen skal fungere som en ”sikkerhetsventil”, fordi det ikke kan utelukkes at arbeidsgivere vil benytte avskjed hvor det ikke engang er grunnlag for oppsigelse. Uttalelsene kan tyde på at omgåelse anses mest aktuelt der hvor det ikke engang foreligger tilstrekkelig oppsigelsesgrunnlag. Det er imidlertid vanskelig å ha noen klar oppfatning om tolkningen av forarbeidenes uttalelser, da de er kortfattede og til dels uklare, og kan fremstå som eksemplifisering av omgåelsessituasjonen mer enn en definisjon. Det er etter mitt skjønn klart at arbeidsgiver også kan gi avskjed i omgåelseshensikt der det er grunnlag for oppsigelse. En annen sak er at det da er vanskelig å bevise omgåelse.

---

<sup>48</sup> Rt.2001.1253

<sup>49</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>50</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.28-29



Hvis de pretenderte forhold objektivt sett er tilstrekkelige til å gi avskjed, så har arbeidstaker bevisbyrden for at avskjeden er tvilsom, eller at det foreligger omgåelse, jf. Rt.2001.959: *”Utvalget viser til at det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygger på, mens arbeidstakeren har bevisbyrden for at avskjedsgrunnlaget er tvilsomt, se Rt-1986-1429”*. I en slik sak kan det hende at domstolen i hovedsaken finner avskjeden urettmessig, og at den heller ikke finner grunnlag for oppsigelse. Arbeidstaker vil i mellomtiden ikke ha stått i stillingen. Kjennelsen er således et eksempel på at tvil om faktum går i arbeidstakers disfavør i avskjedsakene. I en oppsigelsessak ville retten neppe avsi kjennelse for fratreden, dersom det var tvil om den oppsagte arbeidstaker var skyld i misligholdet. Her er det altså en forskjell mellom oppsigelse hvor arbeidsgiver har tvilsrisikoen for om det er grunnlag for å fravike hovedregelen om rett til å stå i stilling og ved avskjed hvor tvilsrisikoen påhviler arbeidstaker. Under prejudisiell behandling med begrenset bevisførsel vil arbeidstaker kunne ha problemer med å motbevise arbeidsgivers faktagrunnlag. Det vil på grunn av bevisbyrden derfor være tilnærmet håpløst for arbeidstaker å bevise at arbeidsgiver har gitt avskjed i den hensikt å omgå reglene når oppsigelsesgrunnlaget er sterkt.

Mitt inntrykk er at det er primært er aktuelt å benytte omgåelsesbetraktningen eller sviktende grunnlag for rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 når også oppsigelsesgrunnlaget er knapt.

#### 4.2.3 Forholdet mellom unntakene

Dersom arbeidsgiver benytter avskjed hvor grunnlaget er usikkert, men det er tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse, blir spørsmålet om arbeidstaker får samme rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 som vedkommende ville fått etter §61 nr.4.

Både etter §66 nr.3 og §61 nr.4 vil hovedsakens sannsynlige utfall være av vesentlig betydning.

Etter det som er sagt ovenfor, er det sannsynlig at arbeidstaker ikke får medhold i krav om rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 hvis avskjeden med all sannsynlighet står seg som oppsigelse. Arbeidsgiver vil etter min oppfatning også få medhold i fratreden etter

§61 nr.4 i en slik situasjon dersom det var gitt rettmessig oppsigelse. I begge tilfeller vil rett til å stå i stillingen være mest aktuelt der oppsigelsesgrunnlaget er tvilsomt.

Det synes som om vernet etter §66 nr.3 og §61 nr.4 materielt sett er forholdsvis likt, og at retten til å fortsette i stilling er relativ. Med det mener jeg at jo sterkere oppsigelsesgrunnlag arbeidsgiver har, jo svakere rett til å stå i stilling har arbeidstaker. Med andre ord kan det sies at arbeidstakers rett er omvendt proporsjonal med opphørsgrunnlagets styrke.

Jeg har konkludert med at det materielt sett ikke er vesentlige forskjeller mellom vurderingene som foretas etter §61 nr.4 og §66 nr.3. Det kan argumenteres med at denne konklusjonen ikke harmonerer med lovens ordlyd, som angir ulike hovedregler ved avskjed og oppsigelse. Jeg mener likevel reelle hensyn tilsier at disse bestemmelsene bør føre til samme resultat materielt sett, forutsatt samme faktum. Det ville være underlig om avskjediget arbeidstaker som hadde gjort seg skyldig i forhold som klart gir grunnlag for oppsigelse, skulle få medhold i krav om å fortsette i stillingen etter aml.§66 nr.3 fordi avskjedsgrunnlaget er tvilsomt, mens en oppsagt arbeidstaker må fratre etter §61 nr.4 når oppsigelsesgrunnlaget er sterkt. Derfor er det etter min oppfatning naturlig at reglenes materielle innhold ikke er vesentlig forskjellige.

Dege søker å analysere hvordan retten vektlegger sannsynlig utfall i vurderingen etter §66 nr.3 og §61 nr.4 vha. tallmateriale.<sup>51</sup> Han viser at det er tilnærmet likhet i oppsigelsessakene på grunn av arbeidstakers forhold mht. antall kjennelser for fratreden og antall saker der oppsigelsen opprettholdes. Arbeidsgiver fikk i hovedsaken medhold i at oppsigelsene var saklige i 54,6% av tilfellene. I foreløpig kjennelse fikk arbeidsgiver medhold i begjæring om fratreden etter §61 nr.4 i 54,3% av tilfellene. Det er altså kun i 0,3 % av sakene at arbeidsgiver, statistisk sett, har fått medhold i oppsigelsessaken, men ikke i foreløpig kjennelse om fratreden.

I avskjedssakene angir Dege at 38,3% stod seg som rettmessig avskjed. Arbeidstaker fikk ikke medhold i kjennelse om rett til å stå i stilling etter §66 nr.3 i 87,1% av sakene. Derifra konkluderer han med at det er tegn som tyder på at domstolen i mindre grad ser hen til sannsynlig resultat i avskjedssaker, enn den gjør i oppsigelsessaker. Dege legger imidlertid til at ca. 50% av avskjedene ble opprettholdt som oppsigelse. Med forbehold om at jeg forstår Dege rett, er jeg uenig i hans konklusjon. Statistisk sett har domstolen avsagt kjennelser som gir arbeidstaker rett til å stå i stillingen (87,1%), i ca. like mange tilfeller som den ikke finner opphørsgrunnlag overhodet i hovedsaken

---

<sup>51</sup> Dege,Arbeidsgivers styringsrett II, kap.11

( $38,3\%+50\%=88,3\%$ ). I motsetning til Dege, finner jeg at tallene tilsier at retten i vurderingen av sannsynlig utfall etter §66 nr.3 også ser hen til om det er sannsynlig at forholdene gir tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. En annen forståelse av §66 nr.3 enn at retten også vurderer om det er grunnlag for oppsigelse, ville bety at arbeidstaker i tilfelle av tvil om avskjedens rettmessighet ville ha større rett til å stå i stillingen, enn hvis det var gitt oppsigelse hvor sannsynlig utfall betyr mye. Jeg forstår tallene dit hen at vurderingen av sannsynlig utfall i §66 nr.3 nettopp er mer samsvarende med tilsvarende vurdering etter §61 nr.4. Det er tilnærmet samsvar, statistisk sett, mellom antall tilfeller der retten har gitt avskjediget arbeidstaker rett til å stå i stillingen, og antall avskjedssaker der retten ikke har funnet opphørsgrunnlag overhodet. Tallmaterialet har imidlertid store svakheter som argumentasjonsbærer. Det forteller ikke noe om det er i de samme saker at retten til å stå i stilling er proporsjonal med utfallet i hovedsaken. Det sier heller ikke noe om hvor hyppig det kreves rett til å stå i stilling, eller hvor ofte arbeidsgiver krever fratreden. For at tallmaterialet skulle kunne fortelle noe om rettens vurdering av sannsynlig utfall, måtte man ha gått inn i de enkelte kjennelser og sett på hva retten konkret har vektlagt.

Førstvoterende presiserer i Dolphin-dommen<sup>52</sup> at det ikke vektlagt at byretten ikke ga kjennelse for rett til å fortsette i stillingen i medhold av §66 nr.3 når skulle vurderes om arbeidstaker ville fått stå i stillingen etter §61 nr.4 dersom det var gitt oppsigelse i forbindelse med erstatningsutmålingen. Dette er også uttalt i andre rettsavgjørelser. Det henger sammen med at når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, så er det oppsigelsesreglene som gjelder, altså §61 nr.4, ikke §66 nr.3.

Oppsummeringsvis er min totale oppfattelse at når avskjediget arbeidstaker krever rett til å stå i stillingen, eller arbeidsgiver krever fratreden ved oppsigelse, vil rettens juridiske vurdering være innholdsmessig relativt lik, forutsatt samme beviste faktum. Reelt sett vil vurderingen likevel kunne slå forskjellig ut. Det arbeidsgiver "tjener" på å gi urettmessig avskjed når det kun er grunnlag for oppsigelse, er for det første at er bevisbyrden er ulik. Det praktiske ved prejudisiell prøving er at det ikke foretas full bevisførsel, men at retten baserer seg på arbeidsgivers pretensjoner. Siden avskjediget arbeidstaker da må bevise at grunnlaget er tvilsomt, eller at det foreligger omgåelseshensikt, vil det rent faktisk medføre at arbeidstaker er dårligere vernet i avskjedstilfellene. Med andre ord er det arbeidstaker som taper på at arbeidsgivers faktagrunnlag ikke er korrekt. For det andre er prosessinitiativet ulikt. Avskjediget arbeidstaker må selv kreve å få fortsette i stillingen, mens oppsagt arbeidstaker sitter i stillingen inntil arbeidsgiver har fått kjennelse for fratreden. Derav følger en tredje

---

<sup>52</sup> Rt.2001.1253, kap.7.1.1

forskjell, nemlig at avskjediget arbeidstaker må fratre i påvente av avgjørelse om rett til å fortsette i stillingen, hvilket innebærer et umiddelbart tap av inntekt. Ved oppsigelse vil arbeidstaker stå i stillingen inntil den prejudisielle avgjørelsen er avsagt og oppbære lønn.

#### 4.2.4 Krav om gjeninntreden, §61 nr.4 3.ledd

Hvis retten avsier kjennelse for at arbeidstaker skal ha rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3, så vil arbeidstaker i normaltilfellene allerede ha fratrudd. Arbeidstaker må derfor kreve rettens kjennelse for gjeninntreden i stillingen. Arbeidsmiljøloven inneholder i §61 nr.4 3.ledd en bestemmelse om gjeninntreden for urettmessig utestengt arbeidstaker. Bestemmelsen kan lede til tolkningstvil, da urettmessig utestengt arbeidstaker kan kreve gjeninntreden *”etter oppsigelsestidens utløp”*. Spørsmålet er således om §61 nr.4 3.ledd også kan anvendes i avskjedstilfeller, eller om gjeninntreden i avskjedstilfellene følger reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdsloven<sup>53</sup> (tvfbl.), alternativt at det følger direkte av §66 nr.3. Utfallet vil ha betydning for rettens behandling av kravet, jf. kap.4.3.1.

Aml.§61 nr.1 1.ledd angir at bestemmelsens virkeområde er *”søksmål om arbeidsforhold består, eller om erstatning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold”*. Reglene i §61 gjelder dermed i utgangspunktet både avskjed og oppsigelse. Aml.§66 nr.4 3.ledd som gir urettmessig utestengt arbeidstakers krav på gjeninntreden, ble inntatt i arbeidsmiljøloven 6. januar 1995.<sup>54</sup> Det fremgår av NOU 1992:20 at *”oppsigelsesfristens utløp”* er inntatt i bestemmelsen for å markere at det er retten til å stå i stilling som skal sikres, og altså ikke for å utelukke avskjedstilfellene. Det bemerkes videre at §66 nr.3 må *”endres i samsvar med endringene i §61 nr.4”*. Når endringen senere begrenset seg til å fjerne en del av §66 nr.3 hvor det sies at §61 hadde tilsvarende anvendelse, ble det i Ot.prp.nr. 50 (1993-94) s. 239 begrunnet med at *”§ 61 etter endring omfatter avskjeds-tilfellene direkte”*. Dette taler for å tolke ordlyden slik at også avskjed omfattes av §61 nr.4 3.ledd.

---

<sup>53</sup> Lov 1992-06-26 nr.86

<sup>54</sup> Ot.prp.nr.50(1993-94)s.199

Gjeninntreden måtte tidligere antagelig kreves etter reglene om midlertidig forføyning i tvangsfullbyrdelsesloven både i avskjeds- og oppsigelsestilfellene. I Rt.1995.1580 uttaler Høyesterett at rett til gjeninntreden både for avskjed og oppsigelse, etter lovendringen i 1995, er uttømmende regulert i arbeidsmiljøloven. Etter dette er det ikke rom for bruk av midlertidig forføyning for å kreve gjeninntreden etter avskjed eller oppsigelse. Det kommer imidlertid ikke klart fram i dommen om gjeninntreden ved avskjed også skal følge av §61 nr.4 3.ledd, som ved oppsigelse. Alternativet er at gjeninntredelse i avskjedstilfellene følger direkte av §66 nr.3. Før vedtagelsen av bestemmelsen i §61 nr.4 3.ledd og Rt.1995.1580, var det ikke antatt at §66 nr.3 ga grunnlag for å kreve gjeninntreden. Man var da henvist til midlertidig forføyning. Ved vedtakelsen av §61 nr.4 3.ledd ble det ikke gitt uttrykt for at bestemmelsen ikke skulle gjelde i avskjedstilfellene. Tvert i mot tyder uttalelsene i NOU 1992:20 og Ot.prp.nr.50 på det motsatte. Intensjonen med den nye bestemmelsen var å avklare hvorvidt krav om gjeninntreden måtte skje ved midlertidig forføyning eller ei.

Bildet kompliseres imidlertid ved Høyesteretts avgjørelse i Rt.2003.1006. Høyesterett var her forelagt spørsmålet om fireukersfristen i §61 nr.4 3.pkt. også gjelder ved avskjed. Krav om gjeninntreden må fremsettes for domstolene innen fire uker etter at arbeidstaker er utestengt. Høyesterett viser til uttalelsene i NOU 1992:20 og Ot.prp.nr.50 (1993-94) og finner at forarbeidene tyder på at §61 nr.4 skal tolkes slik at fristregelen også skal gjelde ved avskjed.

Retten viser videre til at hensikten med regelen er å ivareta behovet for rask avklaring. Det vises til at samme behov for rask avklaring gjør seg gjeldende ved avskjed. Selv om øvrige rettskilder taler for at fristregelen skal gjelde ved avskjed, finner retten at en slik tolkning ville komme i konflikt med lovens formålsparagraf som sier at arbeidstaker skal sikres trygge tilsetningsvilkår, jf. §1. nr.2. Høyesterett uttaler at: *”Det må kunne stilles det krav at eventuelle frister for å gjøre gjeldende rettigheter av denne karakter [retten til å stå i stilling, min anm.], bør fremgå direkte av lovteksten og ikke ved en fortolkning av mer eller mindre klare uttalelser i lovforarbeidene. Slik §61 og §66 er utformet, kan utvalget ikke se at dette kravet er oppfylt.”* Spørsmålet er da om det ut i fra denne dommen kan sluttet at hele §61 nr.4 ikke gjelder ved avskjed. Det er ikke problematisk i forhold til lovens formålsbestemmelse om å sikre arbeidstaker trygge tilsetningsvilkår, at gjeninntreden også i avskjedstilfellene følger av §61 nr.4. Slik jeg oppfatter denne dommen, er det kun fristregelen som ikke gjelder avskjedstilfeller.

Jeg finner at Rt.2003.1006 ikke gir grunnlag for å slutte at gjeninntreden i avskjedssaker ikke skal kreves etter §61 nr.4 3.ledd. Tatt i betraktning at §61 i 1.ledd gir bestemmelsen anvendelse ved avskjed, hensynet til sammenhengen i regelverket, vedtakelsen av §61 nr.4 3.ledd og dennes formål, samt uttalelsene i Rt.1995.1580, taler

for at krav om gjeninntreden også i avskjedstilfellene hjemles i §61 nr.4 3.ledd. Denne forståelse støttes også av lovens forarbeider, hvor det fremgår at ”oppsigelsesfristens utløp” er inntatt av andre grunner enn å begrense bestemmelsens rekkevidde til oppsigelsestilfellene. Dette synes også å være oppfattelsen i juridisk teori.<sup>55</sup>

Arbeidslivslovutvalget legger denne tolkningen til grunn i NOU 2004:5 s 564, hvor §61 nr.4 3.ledd foreslås videreført i ny §15-11 femte ledd. Utvalget sier at bestemmelsen skal tilsvare aml.§61 nr.4 3.ledd, og skal fortolkes på samme måte. Deretter uttales *”Regelen gjelder alle tilfeller der arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen, men likevel er urettmessig utestengt. Dette gjelder likevel ikke bare ved oppsigelser, men også ved avskjed, midlertidige ansettelse og prøvetidsansettelser”*.

Etter dette legger jeg til grunn at §61 nr.4 3.ledd kommer til anvendelse både ved avskjed og oppsigelse.

#### 4.2.5 Bevisbyrde ved prejudisiell prøving

Ved kjennelse etter §61 nr.4 2.ledd 3.pkt. og §66 nr.3 er bevisbyrden ulik. Det følger av rettspraksis at arbeidstaker har bevisbyrden for at avskjedsgrunnlag er tvilsomt, slik at hovedregelen i §66 nr.3 kan fravikes og arbeidstaker få fortsette i stillingen, jf. f.eks. Rt.1986.1429. I Rt.1991.956 uttaler Høyesterett: *”et sentralt moment i vurderingen av et krav om gjeninntreden i en avskjedssak er således hvor godt avskjeden synes fundert. Utvalget viser til at det er arbeidsgiveren som har bevisbyrden for de faktiske forhold som avskjeden bygger på, mens arbeidstakeren har bevisbyrden fra at avskjedsgrunnlaget er tvilsomt”*. I LG.1998.2184 uttaler retten at *”det er arbeidstakeren som må sannsynliggjøre at vilkårene for å gjøre unntak fra lovens hovedregel er til stede. Det er således arbeidstakeren som må sannsynliggjøre rettmessigheten av de handlinger som danner grunnlag for avskjeden.”* I saken som gjaldt retten til å stå i stilling etter §66 nr.3 kom retten til at arbeidstaker ikke hadde sannsynliggjort at grunnlaget for avskjeden var tvilsomt. Da det heller ikke var fremkommet opplysninger som tydet på omgåelse av retten til å stå i stilling ved oppsigelse, fant retten at arbeidstaker ikke fikk stå i stillingen.

---

<sup>55</sup> F.eks. Friberg,s.715, dog bemerkes at bestemmelsen kan lede til tolkningstvil s.673.

Oppsagt arbeidstaker behøver ikke å foreta seg noe for å ha rett til å stå i stillingen når det er reist sak om oppsigelsens gyldighet. Hvorvidt det er urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes, vil det være arbeidsgiver som må godtgjøre. Det foreligger flere rettsavgjørelser hvor uklare faktiske forhold gjør at saken går i arbeidstakers favør, og arbeidstaker blir stående i stillingen. Bevisbyrden for at det er tvilsomt om arbeidsgivers beslutning er rettmessig, vil slå ulikt ut etter §66 nr.3 og §61 nr.4. Det foretas sjelden full bevisførsel ved prejudisiell prøving, og arbeidsgivers pretensjoner legges normalt til grunn. Dersom det i hovedsaken viser seg at det pretenderte faktum var feil, har dette ofte gått utover avskjediget arbeidstaker på den måten at vedkommende ikke gis rett til å stå i stillingen. Dette skyldes at arbeidstaker har bevisbyrden for at opphørsgrunnlaget er tvilsomt. I oppsigelsestilfellene vil arbeidstaker få stå i stillingen hvis faktum er tynt eller uklart.

Også dersom det foreligger omgåelseshensikt, er det i forarbeidene antatt at hovedregelen i §66 nr.3 kan fravikes, slik at arbeidstaker får stå i stillingen i avskjedssak, se kap.4.2.2. Det vil være vanskelig for arbeidstaker å bevise omgåelseshensikt når oppsigelsesgrunnlaget er sterkt, og eventuelt nærmer seg avskjed. Grensen mellom avskjed og oppsigelse kan være vanskelig, og arbeidsgiver kan påberope seg feilvurdering. Min oppfattelse er at arbeidstaker vil ha større mulighet til å nå fram med omgåelsesbetraktninger der oppsigelsesgrunnlaget er svakt, enn der det er sterkt. Dette er problematisk. Arbeidsgiver kan vel så gjerne spekulere i avskjedsreglene når grunnlaget for oppsigelse er sterkt. Særlig når §66 nr.4 3.pkt. medfører at retten i disse tilfeller opprettholder avskjeden som oppsigelse.

### 4.3 Rettens behandling av kravet

De fleste saker om rett til å stå i stilling avgjøres ved kjennelse en tid før hovedsaken kommer opp. Det er imidlertid ingenting i veien for å behandle kravet samtidig med spørsmålet om avskjedens- eller oppsigelsens rettmessighet ved hovedforhandling.

Arbeidsmiljøloven inneholder ikke særlige regler om prosedyren ved egen tvist om rett til å fortsette i stillingen. Kravet om meddommere etter §61B kommer derfor ikke til

anvendelse, og de alminnelige regler i tvistemålsloven gjelder. I Ot.prp.nr.78 (1980-81) s. 8 uttales at hensynet til rask behandling tilsier at retten settes uten meddommere.<sup>56</sup>

En forutsetning for at retten kan gi kjennelse for fratreden, er at det påberopte opphørsgrunnlag er av en art som kan gi grunnlag for oppsigelse, jf. Ot.prp.nr.41 (1975-76)s.78. Dette har både en rettslig og en faktisk side. Den rettslige består i at grunnlaget arbeidsgiver påberoper seg, må gi tilstrekkelig grunn for oppsigelse etter aml.§60 nr.1. Den faktiske siden blir et spørsmål om å bevise de forhold som påberopes, jf. kap.4.2.1. Under prejudisiell prøving av saken kan domstolen avgjøre saken under begrenset bevisførsel, og retten må i stor grad bygge på det påståtte faktum. Vurderingen blir da om den angivelige oppsigelsesgrunn kan gi saklig grunn for oppsigelse etter §60 nr.1. Problemet er dermed at arbeidstaker vanskelig får bevist omgåelse eller svakt grunnlag hvis arbeidsgivers pretensjoner tilsier at det er grunnlag for avskjed. Arbeidstakers vern etter §66 nr.3 svekkes dermed her. Situasjonen endres når hovedforhandling er holdt. Se i den forbindelse kap.4.3.2 hvor rettskraftsvirkningene behandles.

#### 4.3.1 Retten kan prøve unntak i avskjedstilfeller ex officio

I forarbeidene uttales at retten kan avsi kjennelse om rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 *”både etter begjæring fra arbeidstaker og av eget tiltak.”*<sup>57</sup> Dette er et avvik for det som gjelder i alminnelig prosessrett hvor retten er bundet av partenes påstander jf. tvistemålsloven<sup>58</sup> (tvml.) §§85, 86.<sup>59</sup> Forarbeidene begrunner ikke ytterligere hvorfor retten skal kunne avsi slik kjennelse ex officio. I Evju og Jakhelln<sup>60</sup> uttales det at retten kan prøve ex officio vil kunne ha aktualitet i omgåelsestilfellene. Forfatterne angir at dette kan gjøres både under saksbehandling, så snart retten har mottatt stevning, og senere under dom. I Friberg (s.715) anbefales likevel å nedlegge påstand. Jeg kan ikke se at spørsmålet er viet oppmerksomhet i litteraturen utover dette. Det er grunn til å reise spørsmål om hvorfor retten kan avsi kjennelse om gjeninntreden i avskjedstilfellene, og hvor praktisk dette er.

---

<sup>56</sup> Fougner, Arbeidsavtalen,s.369

<sup>57</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>58</sup> Lov 1915-08-13 nr.6

<sup>59</sup> Hov, Rettergang III,s.280 flg.

<sup>60</sup> Arbeidsrettslige emner,s.362



I praksis vil avskjediget arbeidstaker som ber om å få fortsette i stillingen normalt allerede ha fratrudd. Jeg konkluderte i kap.4.2.4 med at avskjediget arbeidstaker må kreve å få gjeninntre etter aml.§61 nr.4 3.ledd. Prosessuelt er krav om rett til å stå i stillingen og krav om gjeninntreden to forskjellige krav. Derav følger at gjeninntreden krever at arbeidstaker nedlegger særskilt påstand om det.

For det andre avgjøres de fleste saker om rett til å stå i stilling ved kjennelse en tid før hovedsaken kommer opp. Det er vel neppe praktisk at domstolene avsier kjennelse av eget tiltak. Det må i så tilfelle være forbeholdt de grovere tilfeller av omgåelse hvor retten umiddelbart ser at det ikke er grunnlag for avskjed. Den underlige situasjon kan oppstå at retten avsier kjennelse for rett til å stå i stillingen, selv om arbeidstaker ikke ønsker det.

Selv om retten kan avsi rett til å stå i stilling ex officio, er den ikke forpliktet til det. Hvis arbeidstaker nedlegger særskilt påstand, følger det forutsetningsvis av tvistemålslovens §85 at arbeidstaker har krav på å få spørsmålet prøvet.<sup>61</sup>

At retten kan prøve kravet ex officio er kun nevnt i forarbeidene uten ytterligere begrunnelse eller behandling. Da forarbeidene ble utarbeidet, var rett til å stå i stilling en nyskapning man ikke hadde noen erfaring med. Det er selvfølgelig vanskelig å mene noe om hvorfor det ble uttalt at retten kunne prøve ex officio. Når uttalelsene er så knappe, og så lite praktiske fordi arbeidstaker likevel må kreve gjeninntreden etter §61 nr.4 3.ledd, antar jeg at denne setningen i forarbeidene har liten betydning. Min oppfattelse er at arbeidstaker for alle praktiske formål bør nedlegge påstand om rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3.

---

<sup>61</sup> Vi har en grunnlovsbeskyttet rett til å få sivile saker prøvet, innfortolket i Grunnlovens kap E. Det følger også av EMK art 6. Det innebærer likevel ikke at man har krav på å få prøvet alle sine saker for domstolen, se Hov Rettergang I,s.40.

### 4.3.2 Rettskraft

Sak om retten til å stå i stilling følger reglene om kjennelser, jf. tvml.§137.

Utgangspunktet er at en kjennelse kan påkjæres innen 14 dager fra kjennelsen er forkynt. Etter alminnelige regler vil en ikke påkjært kjennelse ha rettskraftsvirkninger, og det vil ikke være prosessuell adgang til å få den omgjort eller til å gi den midlertidig rettskraftsvirkning.<sup>62</sup>

Rettskraftssituasjonen ved rett til å stå i stilling er noe mer sammensatt. Jeg skal forsøke å gi en oversikt over ulike typetilfeller i det følgende. Etter min oppfatning vil det nye lovforslaget i NOU 2004:5 kunne ha betydning for rettskraften av kjennelse om rett til å stå i stillingen. Dette behandles i kap.4.4.1 i sammenheng med at lovforslaget vurderes generelt.

Et typetilfelle er der retten til å stå i stilling behandles samtidig med at det avsies dom i hovedsaken. Når retten har tatt stilling til spørsmålet i hovedsaken, avskjæres mulighet til parallelt å forfølge kravet om rett til å stå i stilling i egen kjennelse. Det uttalte Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt.1992.267, hvor spørsmålet var om retten til å stå i stillingen var rettskraftig avgjort ved byrettens dom i hovedsaken. Dette besvarte kjæremålsutvalget bekreftende. Påkjært lagmannsrettsavgjørelse måtte da avvises som gjenstandsløs av Høyesteretts kjæremålsutvalg.

Et annet typetilfelle, er at det foreligger rettskraftig kjennelse etter aml.§61 nr.4 2.ledd før hovedforhandling. Det oppstår da særlige rettskraftspørsmål dersom hovedsaken ankes. Det kan foreligge ulike utgangspunkter; arbeidsgiver kan ha fått medhold i fratredelskjennelse, som er rettskraftig før hovedforhandling. Det kan også være at arbeidsgiver ikke har fått medhold i fratreden, og dette er rettskraftig avgjort før hovedforhandling. Situasjonen er da enten at arbeidstaker er ute av stillingen, eller at arbeidstaker står i stillingen når hovedforhandling finner sted. Spørsmålet er da om partene skal gis anledning til å prøve spørsmålet på nytt etter at det foreligger dom i hovedsaken. I Rt.1989.225 begjærte arbeidsgiver kjennelse for fratreden i medhold av aml.§61 nr.4 2.ledd 3.pkt. Begjæring om fratreden ble ikke tatt til følge i Oslo byrett.

---

<sup>62</sup> Friberg,s.672

Kjennelsen ble ikke anket og var således rettskraftig etter alminnelige rettskraftsregler. I etterfølgende hovedsak fant retten at oppsigelsen var gyldig. Arbeidstaker anket oppsigelsessaken inn for Lagmannsretten. Arbeidsgiver tok til motmæle med anketilsvar, og ba samtidig om kjennelse for fratreden. Lagmannsretten avviste begjæring om fratredelse, da den fant at spørsmålet var rettskraftig avgjort. Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet lagmannsrettens avvisningskjennelse. Kjæremålsutvalget uttalte at gode grunner taler for å anse rettens kjennelser i disse sakene som midlertidige. Det innebærer at slike saker kan fremsettes senere, og i hvert fall så lenge saken er anket. Kjæremålsutvalget uttaler at *”iallfall i den nevnte forstand at arbeidsgiveren etter omstendigheten må kunne kreve fratredelsespørsmålet påkjent av retten påny når oppsigelsessaken er bragt inn for ankeinstansen”* og videre *”det er da i seg selv ikke rimelig at arbeidsgiver skal være avskåret fra å kreve spørsmålet vurdert påny, om han mener betingelsene har endret seg.”* Etter dette fant retten at krav om fratreden ikke var rettskraftig avgjort, og opphevet lagmannsrettens avvisningskjennelse. Spørsmålet er så om retten til å få prøvet rett til å stå i stillingen på nytt ved ankebehandling er forbeholdt arbeidsgiver. I den aktuelle saken var det arbeidsgivers stilling som ble behandlet. Retten uttaler seg ikke om rettskraftsvirkningene for arbeidstaker, og spørsmålet kan ikke anses løst ved denne kjennelsen. Høyesterett har behandlet arbeidstakers mulighet til å få prøvet fratredelseskjennelse på nytt etter hovedforhandling i noen etterfølgende saker. Jeg vil i det følgende ta for meg disse.

I Rt.1992.550 var situasjonen at det forelå rettskraftig fratredelseskjennelse da oppsigelsessaken skulle behandles. I byretten ble oppsigelsen stadfestet. Arbeidstaker krevde gjeninntreden, men retten fant at spørsmålet var rettskratig avgjort, slik at arbeidstaker ikke kunne kreve spørsmålet prøvet på nytt. I Rt.1994.1522 hadde arbeidstaker fratrudd, og det forelå rettskraftig kjennelse for at arbeidstaker ikke fikk rett til gjeninntreden før hovedforhandling. Oppsigelsen ble kjent ugyldig i hovedsaken. Arbeidstaker ønsket deretter å få prøvet spørsmålet om gjeninntreden på nytt. Høyesteretts kjæremålsutvalg viste til Rt.1992.550 og argumentasjonen i denne dommen, og fant at arbeidstaker ikke kan få prøvet spørsmålet på nytt fordi det er rettskraftig avgjort. I begge kjennelsene uttales det at Rt.1989.225 ikke løser spørsmålet om arbeidstaker kan få prøvet saken på nytt. I Rt.2000.1158 var det rettskraftig avgjort

at arbeidstaker skulle fratre før hovedforhandling. I hovedsaken fant retten at oppsigelsen var gyldig. Arbeidstaker anket oppsigelsessaken, og krevde på nytt begjæring om gjeninntreden. Høyesteretts kjæremålsutvalg fant at spørsmålet var rettskraftig avgjort, under henvisning til Rt.1992.550 og Rt.1994.1522. Det presiseres videre at §61 nr.4 3.ledd gjelder urettmessig utestenging, og gir ikke hjemmel for å prøve fratredelskjennelsen på nytt. Etter disse dommene må det være klart at arbeidstaker ikke kan kreve gjeninntreden dersom det er avsagt rettskraftig kjennelse for fratreden, uansett utfall i hovedsaken. Arbeidstaker og arbeidsgiver har her ulik rettslig stilling.

Høyesteretts argumentasjon er lik i de tre sakene. Jeg vil gjennomgå momentene i det følgende. Det uttales at ordlyden i §61 nr.4 ikke hjemler ny prøving når det foreligger rettskraftig fratredelskjennelse i medhold av bestemmelsen. Det vises videre til at lovens forutsetning ikke er at fratredelskjennelsene skal være "forleløbige". Det antas at der arbeidsgiver ikke har nådd frem med krav om fratreden, vil den faktiske situasjon som arbeidsmiljøloven §61 nr.4 etter sin ordlyd regulerer, fortsatt kunne foreligge. Retten uttaler at det av den grunn ikke er et brudd på likhetsprinsippet at arbeidsgiver og arbeidstaker da kommer i ulik rettslig stilling. En isolert fortolkning av ordlyden kan nok gi grunnlag for denne forståelsen. Situasjonen hvor arbeidstaker har fratrudd, samsvarer ikke den situasjonen §61 nr.4 2.ledd etter sin ordlyd regulerer. Dersom arbeidsgiver krever fratreden på nytt, vil imidlertid tilstanden være slik som bestemmelsen beskriver, nemlig at arbeidsgiver kan kreve fratreden. Hjemmelen for krav om gjeninntreden vil heller ikke passe på arbeidstakers situasjon, siden arbeidstaker ikke er urettmessig utestengt, jf. §61 nr.4 3.ledd.

Det andre argumentet i dommene, er at partene har ulikt behov for å få prøvet saken på nytt. Det vises til at arbeidstaker kan få erstattet sitt lønnstap etter aml.§62 2.ledd hvis oppsigelsen kjennes ugyldig. Retten til å stå i stillingen ivaretar to hovedhensyn; hensynet til arbeidstakers økonomi, samt hensynet til reell mulighet for gjeninntreden dersom oppsigelsen finnes ugyldig. En etterfølgende erstatning vil kunne ivareta arbeidstakers økonomi, selv om det ikke vil hjelpe arbeidstaker mens saken pågår. Hensynet til reell mulighet til gjeninntreden ved usakelig oppsigelse, ivaretas imidlertid ikke. Det må tas i betraktning at retten har en langt bedre tilgang til faktum ved hovedforhandling med full bevisførsel, enn ved prejudisiell prøvelse. Etter mitt skjønn er det lite heldig at arbeidstakers mulighet for erstatning etter de materielle regler benyttes som begrunnelse for at arbeidsgiver og arbeidstaker skal ha ulik prosessuell rettsstilling. Erstatningen i §62 gis på grunn av urettmessig oppsigelse, og har slik jeg

ser det ingen plass som argumentasjon for at arbeidstaker i rettskraftssammenheng skal stilles dårligere enn arbeidsgiver.

Kjæremålsutvalget argumenterer videre med at det er skjedd en ”*vesentlig faktisk endring i forholdet mellom partene gjennom arbeidstakers fratreden*”.<sup>63</sup> Det vises til at dersom arbeidstaker skal gis mulighet til å prøve spørsmålet på nytt, vil det reise flere prosessuelle og praktiske problemer lovgiver neppe har tenkt på. De prosessuelle utfordringer, er så vidt jeg kan skjønne, knyttet opp til forholdet mellom tvangsfullbyrdelsesloven og arbeidsmiljøloven. Etter at §61 nr.4 ble tatt inn i arbeidsmiljøloven i 1995, kan dette argumentet ikke har særlig vekt. Arbeidsgivers behov for å innrette seg etter fratredelseskjennelsen fremheves også.

Så vidt jeg kan skjønne, er det lovtolkningsmessige hinder korrekt. Selv om kjennelsene også for arbeidstaker skulle anses midlertidige etter sin art, ville retten etter streng fortolkning av lovens ordlyd, ikke ha direkte hjemmel for å gjeninnsette fratrødt arbeidstaker. Som jeg kommer tilbake til i kap.4.4.1, vil forslag til ny arbeidslivslov antagelig endre dette, dersom lovforslaget vedtas. Slik jeg kan se det, er det da to hovedmomenter i Høyesteretts begrunnelse i de tre sakene som gjenstår. For det første hensynet til at arbeidstaker kan gis erstatning i medhold av aml. §62 2.ledd dersom oppsigelsen er ugyldig, og at arbeidsgiver av den grunn har større behov for å få prøvet fratredelsesspørsmålet på nytt. For det andre hensynet til at arbeidsgiver skal kunne innrette seg etter en rettskraftig kjennelse om fratreden. Så vidt jeg kan skjønne, vil det primært være aktuelt å gi arbeidstaker rett til å gjeninntre dersom oppsigelsen anses ugyldig i første instans. Stadfestes oppsigelsen, vil det neppe være aktuelt å gi kjennelse for gjeninntreden i ankeforhandling, jf. vektleggingen av sannsynlige utfall ved vurderingen av om arbeidstaker skal få stå i stillingen, se kap.4.2. Etter min mening, er ikke erstatningshjemmelen i §62 2.ledd et godt argument for å stille arbeidsgiver og arbeidstaker i rettslig ulik stilling i disse situasjonene. Rett nok kan arbeidsgiver ha et behov for å innrette seg etter den rettskraftige kjennelse. På den annen side vil det her primært dreie seg om tilfeller der oppsigelsen ikke er anses gyldig. Hensynet til arbeidsgiver må da veies mot hensynet til at arbeidstaker skal ha reell mulighet til å gjeninntre dersom endelig dom i hovedsaken er at oppsigelsen anses ugyldig. Etter mitt

---

<sup>63</sup> Rt.1992.550

skjønn bør hensynet til stillingsvernets effektivitet gå foran de praktiske vanskeligheter det vil medføre for arbeidsgiver dersom arbeidstaker får medhold i sitt krav om gjeninntreden.

Når det foreligger rettskraftig kjennelse vedrørende fratredelsesspørsmålet før hovedforhandling, vil arbeidsgiver etter gjeldende rett således kunne prøve fratredelsesspørsmålet på nytt, mens arbeidstaker ikke kan få prøvet spørsmålet om gjeninntreden på nytt. De lege ferenda foreligger det etter mitt skjønn ikke tilstrekkelig gode argumenter for å opprettholde et slikt skille. Dersom arbeidslivslovutvalgets lovforlag vedtas, dette skillet neppe kunne opprettholdes. Denne endringen vil behandles sammen med vurderingen av lovforslaget forøvrig, se kap.4.4.1.

Et tredje typetilfelle oppstår dersom høyere rettsinstans har avsagt kjennelse om rett til å stå i stillingen før hovedsaken om avskjedens- eller oppsigelsens gyldighet, er spørsmålet om trinnhøydeprinsippet som rettskraftsregel hindrer at spørsmålet behandles av lavere instans i hovedsaken. Problemstillingen kom opp for Høyesterett i Rt.1999.1158. En avskjediget rektor ved Stiftelsen The Children´s House fikk medhold i krav om å stå i stillingen etter aml.§ 66 nr. 3 i Stavanger byrett og lagmannsretten stadfestet byrettens kjennelse. Da hovedsaken kom opp for Stavanger byrett, fant den at det ikke forelå avskjedsgrunnlag, men opprettholdt avskjeden som oppsigelse i medhold av §66 nr.4. Under hovedforhandling la arbeidsgiver ned ny påstand om fratreden. Stavanger byrett avsa da avsa kjennelse om fratreden. Lagmannsretten opphevet byrettens dom på prosessuelt grunnlag, da den fant at trinnhøydeprinsippet som rettskraftsregel forhindret byretten i å avsi fratredelseskjennelse. Høyesteretts kjæremålsutvalg var ikke enig i lagmannsrettens tolkning. Kjæremålsutvalget viste til Rt.1989.225 og Rt.1992.267 og la deretter til grunn at *”selv om spørsmålet om fratreden har vært avgjort av en overordnet rett i forbindelse med saksforberedelsen, må den underordnede rett i forbindelse med avgjørelse av selve saken i lys av det som er kommet frem under hovedforhandlingen, på ny kunne ta stilling til spørsmålet såfremt arbeidsgiver krever det. Reelle hensyn tilsier at om retten finner grunnlag for avskjed/oppsigelse, må fratreden kunne bestemmes selv om spørsmålet er vurdert annerledes under saksforberedelsen.”*

Oppsummeringsvis vil for det første behandling av krav om rett til å stå i stillingen i hovedsaken, avskjære en påkjært kjennelse. For det andre vil underordnet instans i forbindelse med hovedsaken kunne overprøve overordnet instans kjennelse om rett til å stå i stilling, uten hinder av trinnhøydeprinsippet som rettskraftregel. For det tredje vil arbeidsgiver kunne prøve rettskraftig kjennelse om fratreden på nytt i ankeinstansen. Arbeidstaker har ikke tilsvarende rett.

#### 4.4 NOU 2004:5

I NOU 2004:5 er det lagt fram forslag til arbeidslivslov, som er ment å erstatte gjeldende arbeidsmiljølov. Forslaget er nå ute til høring. Arbeidslivslovutvalget har vurdert om det er behov for endringer i reglene om retten til å fortsette i stillingen etter aml. §61 nr.4 2.ledd. Det er primært oppsigelse på grunn av rasjonalisering og driftsinnskrenkninger som har vært i fokus. På side 321 uttales at *”utvalget i liten grad har gått nærmere inn på bestemmelsen i forhold til oppsigelsen på grunn av arbeidstakers eget forhold”*.

Utvalget dissenterer når det gjelder hvilken rett arbeidstaker skal ha til å stå i stilling ved oppsigelse. Et mindretall ønsker at dagens regler opprettholdes. Et annet mindretall ønsker å snu hovedregelen slik at arbeidstaker i utgangspunktet ikke har krav på å fortsette i stillingen, men at retten kan bestemme annerledes. Flertallet enes om at hovedregelen fortsatt skal være at arbeidstaker har krav på å bli stående i stillingen, men at hovedregelen snus i ankeinstansen hvis arbeidsgiver får medhold i oppsigelsessaken i førsteinstans. Utvalget ønsker å opprettholde dagens regel om at retten kan fravike hovedregelen i urimelige tilfeller, og uttaler seg i den forbindelse om forståelsen av urimelighetskriteriet. Jeg nøyer meg med å ta for meg flertallets lovforslag i kap.4.4.1. Utvalgets kommentarer til innholdet av urimelighetsvurderingen behandles i kap.4.2.2.

##### 4.4.1 Forslag om å ”snu” hovedregel

Lovforslagets §15-11 nr.3 litra b innebærer en endring i retten til å fortsette i stillingen. Hovedregelen skal fortsatt være at oppsagt arbeidstaker som hovedregel har krav på å stå i stillingen dersom det reises søksmål om oppsigelsens gyldighet. I samsvar med gjeldende rett, gis retten mulighet til å avsi kjennelse for at arbeidstaker skal fratre

dersom retten finner det urimelig at arbeidsforholdet opprettholdes mens saken behandles.

Hovedregelen om at arbeidstaker skal stå i stillingen ”snus” i ankeinstansen hvis oppsigelsen stadfestes i første instans. Retten til å fortsette i stillingen skal ikke gjelde ”under ankebehandling dersom den påankede dom legger til grunn at oppsigelsen er gyldig”, jf. forslaget §15-11 nr.3 litra b. Dersom oppsigelsen anses ugyldig i første instans, vil arbeidstaker imidlertid ha rett til å stå i stillingen, også under ankebehandling. Utfallet i første instans vil dermed avgjøre hvorvidt arbeidstaker har rett til å fortsette i stillingen under en eventuell ankebehandling. Som vist i kap.4.2.1, vektlegges sannsynlig utfall også etter gjeldende rett i betydelig grad ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold ved prejudisiell kjennelse om rett til å stå i stilling.

Flertallets begrunnelse<sup>64</sup> for å innføre endringen er at kostnadene for bedriften antas å bli mer forutberegnlige, og dels redusert. Det forutsettes videre at lovforslaget skal medføre færre antall fratredelsesbegjæringer. Som contra-argument vises til at forslaget mulig vil medføre geografisk ulikhet mellom bedriftene på grunn av ulik saksbehandlingstid i domstolene. Dette vektlegges ikke flertallet, da også gjeldende regler medfører geografiske ulikheter.

Den foreslåtte regelen om at hovedregelen ”snus” dersom oppsigelsen stadfestes i førsteinstans, er ikke absolutt. I lovforslaget åpnes det for at retten etter krav fra arbeidstaker likevel kan bestemme at arbeidstaker skal få fortsette i stillingen inntil rettskraftig avgjørelse. Det sies ikke noe om når det kan være aktuelt å avsi kjennelse for at arbeidstaker skal fortsette i stillingen, tross at oppsigelsen ble kjent gyldig.

Etter min oppfattelse vil lovforslaget innholdsmessig ikke medføre store realitetsendringer ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Sannsynlig utfall i oppsigelsessaken er også etter gjeldende rett av avgjørende betydning for arbeidstakers rett til å stå i stillingen. Lovforslaget åpner for at retten kan fravike utgangspunktet om å snu hovedregelen, slik at arbeidstaker likevel gis rett til å stå i stillingen i ankeinstansen. Også etter gjeldende rett kan det tenkes at særlige hensyn gjør seg gjeldende, slik at

---

<sup>64</sup> NOU 2004:5 s.331



arbeidstaker får stå i stillingen, selv om sannsynlig utfall er at oppsigelsen stadfestes, jf. kap.4.2.1.

Spørsmålet er etter dette om endringen i lovforslaget er overflødig. Når hovedregelen snus i første instans, snus også prosessinitiativet i forhold til retten til å stå i stillingen. Mens arbeidsgiver etter gjeldende rett må kreve arbeidstakers fratreden, så følger det etter lovforslaget automatisk av dom i arbeidsgivers favør i førsteinstans. Arbeidstaker må i så fall kreve rett til å stå i stilling på samme måte som avskjediget arbeidstaker etter gjeldende rett. På lik linje med avskjedstilfellene, vil arbeidstaker i sistnevnte tilfelle allerede ha fratrudd. Dette innebærer en dårligere ordning for arbeidstaker enn dagens rettsstilstand. For alle praktiske formål antar jeg at det vil nedlegges påstand om rett til å stå i stillingen ved eventuelt tap allerede under hovedsaken.

Ny bestemmelse vil sannsynligvis også ha innvirkning på bevisbyrden. Etter gjeldende rett har arbeidsgiver bevisbyrden for at det er grunnlag for fratredelseskjennelse ved oppsigelse. Lovforslaget vil antagelig medføre at dersom oppsigelsen stadfestes i første instans, pålegges arbeidstaker bevisbyrden for at det likevel skal avsies kjennelse for rett til å stå i stillingen. Utvalget kommenterer ikke bevisbyrdespørsmålet ved å snu hovedregelen. Den alminnelige hovedregel om at den som påberoper seg en rett har bevisbyrden for grunnlaget, kommer dermed til anvendelse. Sammenhengen med avskjedsreglene som har tilsvarende utforming, tilsier også en slik forståelse. Krav om rett til å stå i stilling vil imidlertid behandles etter hovedforhandling med full bevisførsel i disse tilfellene. De bevisproblemer arbeidstaker har ved prejudisiell behandling etter §66 nr.3 vil derfor ikke gjøre seg så sterkt gjeldende her, jf. kap.4.2.2.

Dersom arbeidslivsloven §15-11 nr.3 litra b vedtas, kan den tenkes å ha innvirkning på gjeldende rett hva gjelder rettskraften. Der det foreligger rettskraftig fratredelseskjennelse før hovedforhandling har arbeidsgiver de lege lata anledning til å få prøvet spørsmålet på nytt under ankebehandling, mens arbeidstaker ikke kan kreve gjeninntreden, jf. kap.4.3.2. Etter en eventuell vedtakelse av lovforslaget vil dette skillet etter min mening neppe kunne opprettholdes. Foreligger det rettskraftig kjennelse om fratreden før hovedforhandling, og arbeidstaker taper i hovedsaken i første instans, vil da hovedregelen snus slik at arbeidstaker ikke har krav på å stå i stillingen i ankeomgangen. Lovforslaget åpner likevel for at arbeidstaker kan få kjennelse for rett

til å stå i stilling, må det etter en naturlig tolkning forutsette at arbeidstaker kan få prøvet spørsmålet om rett til å stå i stillingen på nytt. Rettskraftsspørsmålet er ikke kommentert i NOU 2004:5, noe som kan tyde på at utvalget ikke har sett problemstillingen. Lovforslaget medfører således at arbeidstaker og arbeidsgivers rettstilstand blir lik, noe som etter min mening er en heldig følge, jf. kap.4.3.2.

Det kan reises spørsmål om i hvilken grad lovforslaget ivaretar formålet med retten til å stå i stilling, nemlig at arbeidstaker skal ha en reell mulighet for gjeninntreden. Hvis forslaget skal oppfylle formålet, må det legges til grunn at utfallet i førsteinstans typisk gjenspeiler resultatet i rettskraftig dom. Dege fremlegger tall som viser at resultatet i ankeinstansen forble uendret i 65,1 % av tilfellene.<sup>65</sup> Det innebærer at 34,9 % av tilfellene, altså i litt over en tredjedel av de ankede sakene, endres resultatet i ankeinstansen. Av totalt 68 dommer som retten endret, fikk arbeidsgiver medhold i 36, mens arbeidstaker fikk medhold i 32. På bakgrunn av disse tallene er det ikke grunnlag for å si at utfallet i førsteinstans typisk gjenspeiler endelig resultat. Det må likevel tas i betraktningen at det alt overveiende antall dommer ikke ankes fra tingretten.

Forslaget har vakt stor oppmerksomhet, og det hevdes at stillingsvernet med dette er svekket. Hva gjelder oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, kan det synes som om de reaksjoner som er fremkommet er noe overdimensjonerte. Vurderingen vil i stor grad sammenfalle med den som foretas etter gjeldende rett. Også etter gjeldende rett er sannsynlig utfall av avgjørende betydning, såfremt det ikke foreligger hensyn som i tilstrekkelig grad taler mot dette. Selv om ny bestemmelse får en annen utforming, så tror ikke jeg forslaget medfører store realitetsendringer innholdsmessig. Lovforslaget medfører derimot endringer i forhold til bevisbyrden, prosessinitiativet og eventuelt rettskraftsvirkningen av rettskraftig kjennelse før hovedforhandling. Dette er i liten, eller ingen, grad viet oppmerksomhet, verken i lovforslaget eller av kritikerne.

#### 4.4.2 Urimelighetsvurderingen i lovforslaget

Lovforslaget opprettholder dagens utgangspunkt om at oppsagt arbeidstaker skal ha rett til å stå i stilling. På samme måte som etter gjeldende rett, kan retten fravike

---

<sup>65</sup> Dege, Arbeidsrett, s.19

utgangspunktet der den finner det urimelig at arbeidstaker skal stå i stillingen under sakens behandling, jf. lovforslaget §15-11 nr.1 og nr.2. Lovutvalget gjennomgår urimelighetskriteriet på s.563-564.

Utvalget understreker at de ikke har gått inn i rettspraksis vedrørende oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold. Dette må ses i sammenheng med at kritikken av retten til å stå i stilling har vært rettet mot oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, hvor uttalelsene i forarbeidene tilsier at det bare unntaksvis skal avsies kjennelse for fratreden. Det fremheves at rettspraksis i praktiseringen av urimelighetskriteriet har lagt for stor vekt på uttalelsene i Ot.prp.nr.41 (1975-76) s.78, hvor det sondres mellom oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold, og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Utvalget presiserer at urimelighetsvurderingen skal foretas konkret, uavhengig av grunnlaget for oppsigelsen. Begrunnelsen for oppsigelsen og omstendigheter knyttet til denne kan likevel være av betydning. I merknaden angis at det *”ikke skal foretas noen sonndring i kravene til hva som anses urimelig mellom oppsigelser på grunn av arbeidstakers forhold og oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak”*. Lovutvalget legger seg dermed på linje med det som er fremkommet i teorien, jf. kap.4.2.1. Det uttales likevel (side 330) at begrunnelsen for oppsigelsen kan ha betydning i urimelighetsvurderingen, men at det er den hovedsonndring forarbeidene til arbeidsmiljøloven la opp til, som ikke ønskes opprettholdt. Det kan være fordelaktig med en korrigerende av uttalelser i tidligere forarbeider, dersom de oppfattes for bastante. Det er eksplisitt uttalt at det er oppsigelse på grunn av virksomhetens forhold som har vært utvalgets fokus. Flertallet uttaler blant annet at det må foreligge *”klar interesseovervekt”* i favør av arbeidstaker for å avsi kjennelse om fratreden, og viser til at dette følger av rettspraksis. Ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, kreves det ikke *”klar interesseovervekt”*, se kap.4.2.1. I forhold til oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold er det knapt med vurderinger. Når det i tillegg uttales at det i urimelighetsvurderingen kan ha betydning på hvilket grunnlag arbeidstaker er sagt opp, er det vanskelig å si noe om hvordan forslaget vil påvirke innholdet av urimelighetsvurderingen ved oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold.

## 4.5 Alternative opphørsformer med fratreden

Arbeidsmiljøloven regulerer ikke andre opphørsformer enn oppsigelse og avskjed. Det er heller ikke behandlet i lovens forarbeider. I praksis benyttes det likevel andre former for opphør som innebærer at arbeidstaker fratrer, og således har fellestrekk med avskjed hva gjelder effektiviteten av retten til å stå i stillingen. Det er særlig to tilfeller som har betydning i forhold til arbeidstakers rett til å fortsette i stillingen. Den ene er at arbeidstaker fratrer umiddelbart, med lønn ut oppsigelsestiden. Denne mellomformen vil bli behandlet i kap.4.5.1. Det andre er arbeidsgivers adgang til suspensjon, som behandles i kap.4.5.2.

### 4.5.1 Mellomformer

En ”mellomløsning” mellom avskjed og oppsigelse foreligger der hvor arbeidstaker fratrer umiddelbart med lønn i en periode tilsvarende oppsigelsestiden. I den sammenhengen må det tas stilling til hvorvidt det er lovlig adgang til å benytte alternative opphørsformer. Deretter må den rettslige stillingen avklares hvis det likevel er gitt alternativt opphør. Konklusjonen vil særlig ha betydning for anvendelsen av reglene om retten til å stå i stilling, hvilken rekkevidde de har og hvilke konsekvenser som kan trekkes av dem.<sup>66</sup>

For å ta stilling til ovenfornevnte må det avklares hvilke rettigheter arbeidstaker har i oppsigelsestiden. I oppsigelsestiden består rettighetene og pliktene i utgangspunktet etter arbeidsavtalen, og arbeidstaker har både rett og plikt til å utføre arbeidet, samt krav på lønn. Derav følger at arbeidsgiver også har rett og plikt til å motta arbeidsytelsen, samt plikt til å betale lønn. Brudd på denne plikten kan medføre erstatningsansvar.<sup>67</sup> Hovedregelen er således at arbeidstaker har rett til å utføre arbeid i tillegg til lønn.

Det neste spørsmålet blir om dette utgangspunktet lovlig kan fravikes ved at arbeidstaker fratrer men opprettholder lønn. Først må det tas stilling til om partene kan avtale at arbeidstaker skal fratre. Rettmessigheten av en slik avtale, vil avhenge av hvilket tidspunkt den er inngått på. En forhåndsavtale vil være ugyldig, da den gir

---

<sup>66</sup> Evju,(1980),s.342 flg.

<sup>67</sup> Knophs oversikt over norsk rett.

arbeidstaker dårligere rettsstilling enn arbeidsmiljøloven foreskriver, jf. aml.§5. Arbeidstaker har imidlertid anledning til å avstå fra å hevde sine rettigheter etter arbeidsmiljøloven på det tidspunkt de blir aktuelle, og en slik avtale vil være gyldig, jf. kap.1.3. Selv om arbeidstaker aksepterer et tilbud fra arbeidsgiver om fratreden i oppsigelsestiden, så er retten til å stå i stilling likevel i behold, se Rt.1993.908.

Dersom det ikke inngås slik avtale om fratreden, må det avgjøres om arbeidsgiver ensidig kan frabe seg arbeidsytelsen, mot betaling av lønn i oppsigelsestiden. Arbeidstaker vil i så fall uten samtykke fratras retten til å utføre arbeid. Dersom det skulle være en generell adgang til ensidig å fristille arbeidstaker i oppsigelsestiden, ville det være en effektiv måte å redusere arbeidstakers mulighet til å fortsette i stilling betraktelig. Arbeidsgiver er kun lønnspliktig i oppsigelsesperioden. I den etterfølgende perioden er arbeidsgiver bare lønnspliktig i den utstrekning arbeidstaker står i stillingen og utfører arbeid, noe som vil være mindre sannsynlig dersom arbeidstaker har vært ute av stillingen i oppsigelsestiden. Dette gir arbeidstaker en dårligere rettsstilling enn arbeidsmiljøloven, og er således i strid med aml.§5. Oppsigelsestiden gir etter dette ikke bare et krav på lønn, men også et krav på å utføre arbeid.

Dersom arbeidsgiver ensidig likevel har benyttet alternativ opphørsform og arbeidstaker har fratrådt, må det avgjøres om opphørsformen skal karakteriseres som avskjed eller oppsigelse. Det kan betraktes som en avskjed, siden arbeidstaker har måttet fratre umiddelbart. På den annen side har arbeidstaker oppebåret lønn, hvilket er et argument for å anse det som oppsigelse. Tradisjonelt er fratredelse med lønn vært oppfattet som oppsigelse, forutsatt at det har vært arbeidsgivers mening å gi oppsigelse.<sup>68</sup> Det er grunn til å reise spørsmål ved om den oppfattelsen kan opprettholdes i dag. I mange henseende vil situasjonen minne om avskjed, og mange av de uheldige virkningene som gjelder ved avskjed vil inntreffe. Konklusjonen vil ha betydning både for spørsmålet om hvilke rettigheter arbeidstaker har til å kreve gjeninntreden i oppsigelsestiden, og retten til å stå i stillingen. Videre kan det ha betydning i erstatningsoppgjøret under behandling av hovedsaken. Forutsetningen for å anse en slik mellomsøsning som oppsigelse, er at det er arbeidsgivers mening å si opp vedkommende. At arbeidsgiver som avskjediger en

---

<sup>68</sup> F.eks. Rt.1963.1013, jf. Evju,(1980)s.346

arbeidstaker velger å gi en økonomisk kompensasjon utover det arbeidstaker har krav på, medfører således ikke at opphøret anses som oppsigelse juridisk sett.

Jeg vil i det følgende vurdere de ulike periodene i opphørsprosessen, og hvilke følger det vil ha om opphøret karakteriseres som avskjed eller oppsigelse. Det grunnleggende hensyn ved vurderingen må være å ivareta arbeidstakers interesser når det skal avgjøres om alternativt opphør skal følge reglene om avskjed eller oppsigelse, jf. formålsparagrafen som sier at arbeidstaker skal sikres trygge tilsetningsvilkår, aml.§1 nr.2.

For det første vil arbeidstaker være ute av stillingen mens oppsigelsesfristen løper. Dersom forholdet betraktes som oppsigelse, vil arbeidstaker være urettmessig utestengt i oppsigelsestiden og kan kreve gjeninntreden i medhold av aml.§61 nr.4 3.ledd. Arbeidstaker vil da måtte gis medhold i krav om gjeninntreden. Anses opphøret som avskjed, er arbeidstaker henvist til å kreve rett til å stå i stillingen etter aml.§66 nr.3. Arbeidstaker vil da neppe få rett til å stå i stillingen dersom det foreligger klart oppsigelsesgrunnlag, jf. kap.4.2.2. Dersom forholdet betraktes som oppsigelse, vil arbeidstaker altså mer sannsynlig kunne få en reell rettighet til å utføre arbeid i oppsigelsestiden. Dette er et argument som taler for å betrakte en slik mellomløsning som oppsigelse. Ellers åpnes det for at arbeidsgiver effektivt kan sette en stopper for arbeidstakers rett til å stå i stilling i oppsigelsestiden der det er grunnlag for oppsigelse.

Etter oppsigelsesfristens utløp, er spørsmålet om arbeidstaker stilles ulikt i forhold til retten til å stå i stilling alt ettersom opphøret karakteriseres som avskjed eller oppsigelse. Som jeg har vist, er den materielle ulikhet ikke vesentlig forskjellig i avskjeds- og oppsigelsestilfellene, jf. kap.4.2. I normaltillfeller vil avskjediget arbeidstaker være ute av stillingen, mens oppsagt arbeidstaker fortsetter i stillingen, i påvente av kjennelse vedrørende rett til å stå i stillingen. Ved alternativt opphør vil arbeidstaker være ute av stillingen i påvente av rettens kjennelse, enten opphøret anses som oppsigelse eller avskjed. Bevisbyrden er likevel ulik ved prejudisiell kjennelse om rett til å stå i stillingen, avhengig av om forholdet betraktes som oppsigelse eller avskjed, jf. kap.4.2.3. Arbeidstaker vil dermed best ivaretas ved å anse opphøret som oppsigelse.

Når det kommer til hovedsak, må det avgjøres om det dreier seg om oppsigelse eller avskjed i to sammenhenger. For det første er det spørsmål om opphørsgrunnlaget skal vurderes etter reglene om oppsigelse i aml.§60 1.ledd. Alternativt må det vurderes om det foreligger vesentlig mislighold som gir grunnlag for avskjed etter aml.§66 nr.1. Denne forskjellen er likevel av mindre betydning så lenge retten kan opprettholde en urettmessig avskjed som oppsigelse i medhold av aml.§66 nr.4 3.pkt. Selv om det alternative opphør anses som avskjed, vil arbeidsforholdet kunne opphøre dersom det er saklig grunn for oppsigelse. Spørsmålet er deretter hvilken betydning karakteriseringen vil ha for erstatningsutmålingen. Dersom det ikke foreligger opphørsgrunnlag overhode, vil det være av underordnet betydning om arbeidsgiver urettmessig har benyttet avskjed eller urettmessig har gitt oppsigelse. Utgangspunktet er da at arbeidstaker skal ha erstattet tapte lønnsinntekter fram til dom.<sup>69</sup> Når det gjelder tapte lønnsinntekter i oppsigelsestiden dersom det foreligger oppsigelsesgrunnlag, vil arbeidstaker ikke ha hatt noe lønnstap for den perioden idet arbeidsgiver jo i disse mellomtilfellene utbetaler avtalt lønn. Det neste spørsmålet er om det utgjør noen forskjell om opphøret anses som avskjed eller oppsigelse i forhold til erstatning for tap av retten til å stå i stilling. Dersom vilkårene for avskjed er oppfylt, vil arbeidstaker i utgangspunktet ikke ha krav på å stå i stillingen og vil normalt ikke ha noe tap å kreve erstattet. Dersom forholdet kvalifiserer til oppsigelse, vil erstatningsutmålingen bli likeartet enten opphøret betraktes som oppsigelse eller avskjed. Det følger av at urettmessig avskjed kan opprettholdes som oppsigelse, og erstatningen da vil følge de utmålingsprinsipper som gjelder ved oppsigelse. Jeg behandler disse utmålingsprinsippene i kap.7. Forskjellen mellom denne mellomformen og der arbeidsgiver urettmessig gir avskjed som retten opprettholder som oppsigelse, er i utgangspunktet bare at arbeidsgiver betaler for lønn i oppsigelsestiden i forkant av sak, istedenfor ved etterfølgende erstatningsoppgjør. For arbeidstaker innebærer det likevel den fordel at lønn i oppsigelsestiden dekkes, uten søksmål mot arbeidsgiver. Hvis det først er kommet til sak, finner jeg ikke gode grunner for at erstatningsoppjøret ikke skal følge de samme utmålingsprinsipper som når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse etter aml.§66 nr.4 3.pkt. Det vil da ikke ha særlig betydning om opphøret anses som avskjed eller oppsigelse i den sammenhengen.

---

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

Mens oppsigelsestiden løper, vil arbeidstaker stå sterkere dersom opphøret betraktes som oppsigelse. Når det gjelder retten til å stå i stilling etter oppsigelsestidens utløp, vil arbeidstaker ha et fortrinn når det gjelder bevisbyrde dersom forholdet betraktes som oppsigelse. Ved realitetsavgjørelse vil det ha liten betydning, både for den materielle vurderingen av opphørets rettmessighet og i erstatningsoppgjøret, om forholdet karakteriseres som oppsigelse eller avskjed. At det for arbeidstaker er fordelaktig å betrakte det som oppsigelse når arbeidsgiver ensidig fraber seg arbeidsytelsen, taler for å anse denne alternative opphørsformen som oppsigelse.

#### 4.5.2 Suspensjon

Jeg har konkludert med at oppsigelsestiden og retten til å stå i stillingen både innebærer krav på lønn og rett til å utføre arbeid, jf. kap.4.1.2 og kap.4.5.1. Det neste spørsmål er om dette utgangspunktet lovlig kan fravikes i særlige tilfeller. Spørsmålet er ikke regulert i arbeidsmiljøloven. Det er uklart i hvilken grad det er foreligger en ulovfestet rett til suspensjon.<sup>70</sup>

Dersom arbeidsgiver relativt fritt kan suspendere arbeidstaker fra arbeidet i oppsigelsestiden, vil det lett medføre en uthuling av arbeidstakers rett til å stå i stillingen. Adgang til suspensjon mens arbeidstaker står i stillingen vil redusere sjansene for gjeninntreden som følge av urettmessig avskjed. Hvor vid adgang det er til suspensjon vil derfor være viktig når effektiviteten av arbeidstakers rett til å stå i stillingen skal vurderes. Adgangen til suspensjon vil være lik i oppsigelsestiden og når arbeidstaker står i stillingen. Jeg vil derfor foreta en felles behandling.

Spørsmålet berøres I NOU 1992:20 s. 179-180. Det uttales at *"det foreligger i dag sikker praksis for at det i særlige tilfeller kan være saklig av en arbeidsgiver å nekte en arbeidstaker å levere arbeidsytelsen"*. Utvalget fant et klart behov for at det i særlige tilfeller er adgang til å suspendere med lønn. Eksempelvis ved fare for verdi- eller bevisforspillelse. Suspensjon kan skje både før beslutning om opphør av arbeidsforholdet tas, og eventuelt i etterkant. I teorien er det antatt at suspensjonsadgang med lønn kun vil være tillatt når det i rimelig grad kan sannsynliggjøres at det foreligger avskjedsgrunnlag. Det bør ikke gis anledning til suspensjon ved mindre mislighold fra

---

<sup>70</sup> Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, s.340



arbeidstakers side. I så tilfelle ville retten til å stå i stilling ved oppsigelse lett kunne uthules.<sup>71</sup> I tillegg er det antatt at suspensjon må være nødvendig for virksomheten. Denne oppfattelsen er også lagt til grunn i NOU 2004:5, hvor det foreslås å lovfeste en slik snever adgang til suspensjon i arbeidslivsloven, jf. forslaget §15-13. Jeg legger til grunn at lovforslaget medfører en kodifisering av gjeldende rett.

I praksis vil det sjelden forekomme at avskjediget arbeidstaker får kjennelse for rett til å stå i stillingen, dersom arbeidsgiver kan sannsynliggjøre at det foreligger avskjedsgrunnlag,<sup>72</sup> og suspensjon er således mindre praktisk. Det kan imidlertid inntreffe at arbeidstaker, etter at beslutning om opphør er truffet, opptrer på en måte som gir grunnlag for suspensjon mens arbeidstaker står i stillingen.

Forutsatt at ovenfornevnte vilkår er oppfylt, antar jeg at suspensjon også kan benyttes i oppsigelsestiden eller mens arbeidstaker står i stillingen.

## **5 Sanksjoner ved urettmessig avskjed**

I det foregående har jeg gjennomgått regler som søker å forhindre at det gis urettmessig avskjed, og som derigjennom effektiviserer arbeidstakers rett til å stå i stilling ved oppsigelse. Det er likevel en fare for at arbeidsgiver kan gi urettmessig avskjed. Det kan enten være fordi arbeidsgiver har vurdert feil, med det kan også være fordi arbeidsgiver bevisst har unnlatt å sette seg inn i jus eller faktum i nødvendig grad, eller arbeidsgiver har gitt avskjed i den hensikt å omgå retten til å stå i stilling. For arbeidsgivere som ikke forsøker å følge stillingsvernsreglene lojalt, vil de foregående midler ikke være tilstrekkelige til å effektivisere arbeidstakers rett til å stå i stillingen. I denne delen av oppgaven er derfor fokus rettet mot etterfølgende sanksjoner mot urettmessig avskjed.

En urettmessig avskjed skal anses ugyldig og arbeidsgiver blir erstatningsansvarlig overfor arbeidstaker, jf. aml. §66 nr.4 og nr.5. Straffelovens<sup>73</sup> (strl.) §410 hjemler straff i

---

<sup>71</sup> F.eks. Friberg, s.573

<sup>72</sup> Se kap.4.2.2

<sup>73</sup> Lov 1902-05-22 nr.10

form av bøter som følge av rettsstridig avskjed. Jeg vil i det følgende analysere disse bestemmelsene og kartlegge i hvilken grad de effektivt bidrar til å effektivisere retten til å stå i stillingen. Utfordringen er å ha et sanksjonssystem som både ivaretar hensynet til at arbeidsgiver kan ha forsøkt å treffe rett beslutning og samtidig tar høyde for den mulighet for spekulasjon bestemmelsen åpner for.

Reglene om stillingsvern i arbeidsmiljøloven er av privatrettslig art, hvilket innebærer at arbeidstaker selv må gjøre sine krav gjeldende. Arbeidstilsynet kan gi råd og veiledning om reglene, men har ikke myndighet til å gripe inn mot brudd eller løse tvister mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

## 5.1 Saksomkostninger

Det finnes ingen særlige regler om saksomkostninger i arbeidsmiljøloven. Da gjelder i utgangspunktet de alminnelige reglene i tvistemålsloven. Å gå til søksmål innebærer en risiko for å bli idømt saksomkostninger. Mange saker om opphør av arbeidsforhold løses derfor ved utenrettslige forlik. Dette er i seg selv ikke et problem. Det beste er om partene kan bli enige. Det er imidlertid betenkelig dersom en del av disse sakene ikke bringes for retten fordi tilgjengeligheten til domstolene er for dårlig. I så tilfelle utgjør dette et rettssikkerhetsproblem, som bidrar til at arbeidsgiver kan spekulere i å gi avskjed dersom sannsynligheten for at saken vil bli prøvet for retten er liten. Det kunne i den forbindelse drøftes om det burde være en mulighet for offentlig finansiering av saksomkostnader i forbindelse med søksmål om oppsigelser og avskjeder. På den måten kunne man forhindre at saksomkostningsrisikoen medførte at arbeidstakere unnlot å gå til sak. Særlig ville dette gavne uorganiserte arbeidstakere, og mindre ressurssterke arbeidstakere. Spørsmålet om offentlig dekning av saksomkostninger er et svært kompleks problemstilling som ikke kan vurderes isolert i forbindelse med vernet av retten til å stå i stilling. Spørsmålet har mer generell rekkevidde. Dekning av saksomkostninger kan lede til umotiverte søksmål samtidig som det vil hjelpe på rettssikkerheten til de som ikke får prøvet sin oppsigelsessak.

Saksomkostningsspørsmålet ble drøftet i forbindelse med forberedelse av arbeidsmiljøloven. Lovgiver ble stående ved at de alminnelige regler om

saksomkostninger etter tvistemålsloven kap.13 gjelder.<sup>74</sup> I rettsgebyrloven av 17.12.1982 nr.86 §10 nr.10 fremgår det at arbeidstaker likevel er unntatt fra å betale rettsgebyr, jf. Rt.1991.648.

Innenfor rammene av denne oppgaven vil problemstillingen ikke bli ytterligere behandlet. Vurderinger og drøftelser baserer seg på gjeldende rett.

## 6 Ugyldighet

### 6.1 Hovedregel - gjeninntreden

En urettmessig avskjed skal kjennes ugyldig dersom arbeidstaker krever det, jf. §66 nr.4. Ugyldighetsvirkningen er som hovedregel at arbeidstaker gjeninntre i stillingen.<sup>75</sup> Hvorvidt det vil være en reell virkning av ugyldighet at arbeidstaker gjeninntre, vil avhenge av hva som har skjedd fram til dom. I visse tilfeller kan forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ha blitt så dårlig at arbeidstaker ikke ønsker gjeninntreden. Dersom saken verserer over en lang periode mens arbeidstakeren er ute av stillingen, vil gjeninntreden ofte by på vanskeligheter. Arbeidstaker vil normalt ikke få utbetalt lønn i perioden han ikke er i jobb hos arbeidsgiver. Ofte vil arbeidstaker av den grunn ha vært nødt til å søke annet arbeid. Det kan også være at en annen arbeidstaker er ansatt i stillingen. Psykisk kan det være vanskelig å gå tilbake til en jobb som arbeidstaker har vært ute av etter en lengre strid med arbeidsgiver. Arbeidstaker kan velge om det skal kreves ugyldighet eller erstatning, eller begge deler.<sup>76</sup> En praktisk situasjon er at arbeidstaker anlegger sak med påstand om såvel ugyldighet som erstatning, men under saksførselen velger å begrense påstanden til et erstatningskrav.

I saker der det påberopte oppsigelsesgrunnlag verken kvalifiserer til oppsigelse eller avskjed, vil arbeidstaker på begjæring ofte ha fått medhold i rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3. Gjeninntreden vil da normalt kunne gjennomføres. Mer problematisk er det dersom det påberopte oppsigelsesgrunnlaget er tilstrekkelig til avskjed eller oppsigelse,

---

<sup>74</sup> Friberg,s.679

<sup>75</sup> Friberg,s.715

<sup>76</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

men arbeidsgiver ikke evner å bevise det faktiske grunnlaget under hovedforhandling. Det vises til det som er sagt om begrenset bevisførsel under prejudisiell prøvelse og bevisbyrde, jf. kap.4.2.5. I disse tilfellene kan det oppstå den situasjon at arbeidstaker har vært ute av stillingen selv om det ikke engang forelå grunnlag for oppsigelse. Gjeninntreden vil da sjelden forekomme.

## 6.2 Unntak fra hovedregel om gjeninntreden

Utgangspunktet om at urettmessig avskjed skal kjønnnes ugyldig, og arbeidstaker gis rett til gjeninntreden, kan fravikes i to tilfeller.

For det første vil det i noen tilfeller vil det kunne være særlig problematisk at arbeidstaker gjeninntre. Loven åpner derfor i §66 nr.4 2.pkt. for at urettmessig avskjed i ”*særlige tilfeller*” likevel ikke skal medføre gjeninntreden for arbeidstaker. Vilrårene er snevre. Det vil måtte foretas en totalvurdering, og lovens vilkår er at retten finner gjeninntreden ”*åpenbart urimelig*” etter en avveining av partenes interesser.<sup>77</sup> Bestemmelsen er en snever sikkerhetsventil, jf. Rt.1988.959.

For det andre kan retten opprettholde en urettmessig avskjed som oppsigelse, jf. §66 nr.4 3.pkt. Det er tilstrekkelig at de ordinære vilkår for oppsigelse er oppfylt, i motsetning til §66 nr.4 2.pkt, hvor kravet er ”åpenbart urimelig”. Denne forskjellen er tilsiktet.<sup>78</sup> Hvis det hele tiden har foreligget grunnlag for oppsigelse, skal det mindre til for å bestemme at arbeidsforholdet skal opphøre. Det vises forøvrig til kap.2, hvor rettens mulighet til å opprettholde urettmessig avskjed som oppsigelse behandles.

## 7 Erstatning

En arbeidstaker som har vært utsatt for urettmessig avskjed, kan i medhold av aml.§66 nr.5 kreve erstatning, alene eller i tillegg til ugyldighet.<sup>79</sup> Arbeidstaker må fremsette

---

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>78</sup> Friberg,s.716

<sup>79</sup> Friberg,s.717

påstand om erstatning. Retten kan altså ikke tilkjenne erstatning ex officio i forbindelse med en avskjedssak.

Den ansvarsbetingende handling er at det er gitt urettmessig avskjed, jf. §66 nr.5.

Erstatningsansvar etter §66 nr.5 er ikke betinget av skyld, jf. Rt.1996.1401.

Arbeidsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag. Selv om ansvar ikke er betinget av skyld etter §66 nr.5, vil graden av skyld likevel kunne ha betydning ved utmåling av erstatningen.

Bestemmelsen gir hjemmel for å tilkjenne både oppreisning og erstatning for økonomisk tap, og er således en særegen hybrid i norsk rett.<sup>80</sup> Erstatningen skal utmåles etter en skjønsmessig helhetsvurdering av hva retten finner rimelig, tatt i betraktning ”*det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene forøvrig*”. Retten foretar normalt én vurdering av det økonomiske tapet, og én vurdering av oppreisningsutmålingen. Da postene vurderes ulikt, finner jeg det mest formålstjenlig å behandle dem hver for seg. Erstatning for økonomisk tap behandles i kap.7.2, erstatning for ikke-økonomisk tap behandles i kap.7.3. I kap.7.4 gjennomgås erstatningsregelen de lege ferenda. Det har vært en utfordring å balansere mellom de lege lata og de lege ferenda-drøftelsen, og enkelte gjentakelser har vært uunngåelig.

Aml.§66 nr.5 er utformet på samme måte som erstatningshjemmelen ved usaklig oppsigelse i aml.§62. Vurderingene som foretas er likeartede. I forarbeidene<sup>81</sup> antas det likevel at erstatningen i avskjedstilfellene typisk vil bli større enn i oppsigelsestilfellene, fordi avskjed normalt vil være mer infamerende. Det økonomiske tap vil også ofte være større ved avskjed enn ved oppsigelse. Det henger for det første sammen med at avskjediget arbeidstaker øyeblikkelig mister sin lønn, i motsetning til oppsagt arbeidstaker som har krav på lønn i oppsigelsestiden. Videre vil oppsagt arbeidstaker oftere ha stått i stillingen enn en avskjediget arbeidstaker.

Det er i praksis tilkjent oppreisning selv om avskjeden er rettmessig. I Rt.1937.62 ble en arbeidstaker tilkjent erstatning fordi arbeidsgiver hadde publisert avskjeden på en ufin måte. Dommen er avsagt før arbeidsmiljølovens vedtakelse. Jeg antar at slik erstatning i

---

<sup>80</sup> Friberg,s.686

<sup>81</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

dag må bygges på alminnelig erstatningsrett idet noe annet ville være direkte i strid med ordlyden i §66 nr.5. Se til sammenligning Agder Lagmannsretts dom LA-2002-00885 hvor arbeidstaker ble tilkjent erstatning etter skadeerstatningsloven §2-1 fordi saksbehandlingsreglene var tilsidesatt i en nedbemaningsprosess.

## 7.1 Erstatning for økonomisk tap

Normalt utgjør det økonomiske tap hoveddelen av erstatningen. Det økonomiske tap består av to hovedelementer; tapte lønnsinntekter og tap i fremtidig erverv.<sup>82</sup> Det er særlig tapte lønnsinntekter som er av interesse ved urettmessig bruk av avskjed. Tap i framtidig erverv omtales kort i kap.7.2.2.

### 7.1.1 Tapte lønnsinntekter

Aml. §66 nr.5 gir ikke nærmere holdepunkter for beregningen av tapte lønnsinntekter ved urettmessig avskjed. Av forarbeidene<sup>83</sup> fremgår det at arbeidstaker i erstatningsoppgjøret skal ha ”*et ubetinget krav på lønn. I erstatningskravet inngår krav på lønn for den tid arbeidstakeren har vært ute av stillingen*”. Se også Rt.1982.1903 hvor Høyesterett uttaler ”*Utvalget er enig med den kjærende part i at erstatningskravet innbefatter krav om lønn i den tiden arbeidstakeren har vært ute av stillingen*”. Retten står altså ikke fritt mht. utmålingen. Utgangspunktet for utmålingen er arbeidstakers påregnelige inntektstap, sett bort i fra den urettmessige avskjeden.<sup>84</sup>

Tolkningsspørsmålet er da hvilken periode arbeidstaker skal anses å ha ”vært ute av stillingen”. Svaret vil avhenge av på hvilket tidspunkt arbeidstaker ville fratrudd, sett bort i fra den urettmessige avskjeden. Hvilket tidspunkt arbeidstaker ville fratrudd, vil variere med hvilket utfall avskjedssaken får.

Dersom utfallet av avskjedssaken er ugyldighet, skal arbeidstaker i utgangspunktet ha erstattet tapte lønn i hele perioden fram til dom. Dersom den urettmessige avskjeden tenkes bort, ville arbeidstaker normalt ikke ha fratrudd. Hvis arbeidstaker har fortsatt i stillingen under sakens gang, vil arbeidstaker ha mottatt lønn. Det vil således ikke foreligge tapte lønnsinntekter. Det kan likevel tenkes at det utmåles oppreisning, se kap.7.3.

---

<sup>82</sup> Friberg, s.686

<sup>83</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78.

<sup>84</sup> Dege, Arbeidsrett, s.897

Hvis domstolen kommer til at avskjeden er urettmessig, men likevel finner at arbeidsforholdet skal opphøre som oppsigelse, jf. §66 nr.4 3.pkt., reiser det seg spørsmål om hvordan lønnstapet skal beregnes. Av forarbeidene fremgår det at når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, skal arbeidstaker ”*alltid ha krav på lønn for den tid han har vært ute av stillingen*”.<sup>85</sup> Også her vil det avgjørende være hvilket tidspunkt det legges til grunn at arbeidstaker ville fratrudd, når det ses bort i fra den urettmessige avskjeden. Fastsettelse av fratredelsestidspunkt i disse sakene, vil avhenge av hvilken tilnærming en anvender. Det er flere tenkelige innfallsvinkler.

En innfallsvinkel er at oppsigelse først anses gitt når det foreligger rettskraftig dom for oppsigelse. Før dette tidspunktet kan arbeidstaker ikke anses oppsagt, og det må legges til grunn i erstatningsoppgjøret at arbeidstaker ville oppebåret lønn fram til rettskraftig dom for oppsigelse. Dette synspunktet ble påstått av arbeidstaker i Dolphin-dommen, og vil bli nærmere kommentert nedenfor hvor denne dommen behandles.

En annen innfallsvinkel er at det tas utgangspunkt i at arbeidstaker ble rettmessig oppsagt på det tidspunkt avskjeden ble gitt. Med dette utgangspunktet, må det avgjøres hvor lenge arbeidstaker i så fall ville oppebåret lønn. Det avgjørende er da om arbeidstaker ville fortsatt i stillingen i oppsigelsestiden og i etterfølgende perioden fram til dom. Det vil igjen avhenge av en vurdering av det hypotetiske hendelsesforløpet, og hvordan dette fastlegges. Dette vil behandles i det følgende.

Arbeidstaker vil alltid ha krav på å få erstattet tapte lønnsinntekter i oppsigelsestiden. Dette er ikke tvilsomt. At arbeidstaker skal ha erstattet tapt lønn i oppsigelsestiden, er en naturlig forståelse av uttalelsene i forarbeidene. Dersom det var gitt oppsigelse i utgangspunktet, ville arbeidstaker hatt et ubetinget krav på lønn i oppsigelsestiden. Dette følger også av flere rettsavgjørelser. Se f.eks. Flykaptendommen<sup>86</sup> hvor Høyesterett fastslår at: ”*Når As fratreden kjennes ugyldig som avskjed, må han ha krav på erstatning i oppsigelsesperioden slik som lagmannsretten har lagt til grunn*”. Et annet eksempel er Rt.1989.231, hvor urettmessig avskjed ble opprettholdt som oppsigelse, og Høyesterett uttalte: ”*Erstatningen må for det første omfatte lønn i oppsigelsestiden.*”

Mindre klart er det hvorvidt arbeidstaker har krav på å få erstattet lønnstap utover oppsigelsestiden. Arbeidstaker kunne reist søksmål om oppsigelsens gyldighet, og da

---

<sup>85</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>86</sup> Rt.1992.1023

som formell hovedregel hatt rett til å fortsette i stillingen fram til rettskraftig dom, jf. aml. §61 nr.4 2.ledd. Denne retten er imidlertid ikke absolutt. Arbeidsgiver kan kreve kjennelse for at arbeidstaker skal fratreges, jf. kap.4.2.1. Spørsmålet er da om også tapt lønn i etterfølgende periode hvor arbeidstaker kunne ha stått i stillingen, skal tas med i beregningen av tapte lønnsinntekter, og i så fall om arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden er en del av denne vurderingen. Lovens ordlyd gir ikke noen veiledning i dette spørsmålet. Forarbeidene sier heller ikke noe konkret. Arbeidstakers påregnelige inntektstap avhenger av hvor mange ledd i årsakskjeden i det hypotetiske hendelsesforløpet som skal tas med i beregningen.<sup>87</sup> Etter alminnelig erstatningsrett, vil denne vurderingen i tillegg til en ren vurdering av påregnelig tap, bl.a. bestå av momenter som skadevolders skyld, rimelighet, hensynet til reglens effektivitet og risikobetraktninger.<sup>88</sup> Etter mitt skjønn, må denne vurderingen foretas med utgangspunkt i arbeidsmiljølovens formål om å verne arbeidstaker som den presumptivt svakere part med et særlig beskyttelsesbehov.

Ettersom jeg kan se foreligger det bare to dommer hvor det er tilkjent erstatning for tapte lønnsinntekter utover oppsigelsestiden; Agder Lagmannsretts dom LA-1998-00857 og Eidsivating Lagmannsrettsdom LE-1993-01998. Dommene er avsagt av lagmannsretten, og har således begrenset rettskildemessig vekt. Når de likevel nevnes, er det fordi begrunnelsen er av interesse.

Saken fra Eidsivating Lagmannsrett gjelder arbeidstaker som er oppsagt på grunn av virksomhetens forhold. Lagmannsretten tilkjenner erstatning for tapt lønn fram til rettskraftig dom. Begrunnelsen er at arbeidstaker ville hatt rett til å stå i stilling dersom det var gitt rettmessig oppsigelse. Lagmannsretten uttaler at så lenge arbeidsgiver ikke har krevd fratreden, må hovedregelen om arbeidstakers rett til å stå i stillingen komme til anvendelse. Arbeidsgivers hypotetiske mulighet til å kreve fratreden, er ikke en del av denne vurderingen. Risikoen for det hypotetiske hendelsesforløp hva gjelder muligheten for å kreve fratreden, legges dermed på arbeidsgiver. Det er mulig dommen bør ses i lys av at det sjelden gis medhold i krav om fratreden når oppsigelsen skyldes virksomhetens forhold.

---

<sup>87</sup> Hagstrøm, Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt, Festskrift til Berhnhard Gomard, s.143

<sup>88</sup> Simonsen, s.335



Agder Lagmannsretts dom gjelder oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold. Oppsigelsesgrunnlaget lå nær grunnlag for avskjed. Også i dette tilfellet ble det tilkjent erstatning fram til endelig dom. Retten begrunner resultatet med at det skal være en realitet i at avskjeden kjennes ugyldig. Lagmannsretten legger altså avgjørende vekt på å sikre et reelt innhold av reglene. Arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden inngår ikke i vurderingen av erstatningsutmålingen. Lagmannsretten bemerker at det kan virke urimelig å velte arbeidsgivers lønnsplikt over på samfunnet. På den annen side uttrykkes det at det kan fremstå som urimelig at arbeidsgiver ilegges ansvar for full lønnsplikt der det er berettiget tvil om avskjedsgrunnlaget. Lagmannsretten legger etter dette til grunn at lovbestemmelsen gir anvisning på en konkret rimelighetsvurdering, og at spørsmålet om lønn utover oppsigelsesperioden er en del av vurderingen.

Spørsmålet om erstatning for tapte lønnsinntekter utover oppsigelsesperioden når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, stod for første gang sentralt for Høyesterett i Dolphin-dommen.<sup>89</sup> Saken gjaldt en ansatt på en flyterigg, som ble avskjediget etter et uhell begrunnet i hans uforsvarlige arbeidsledelse. Retten fant at avskjeden var urettmessig, men at arbeidsforholdet skulle opphøre som oppsigelse, jf. §66 nr.4 3.pkt. Resultatet i Dolphin-dommen ble at arbeidstaker kun ble tilkjent erstatning for tapt lønn i oppsigelsestiden. Dommen er enstemmig. Jeg vil i det følgende ta for meg Høyesteretts drøftelser og begrunnelser. På det grunnlag skal jeg vurdere hva som kan utledes av dommen, samt hvilke spørsmål som står ubesvarte.

Høyesterett tar utgangspunkt i at arbeidstaker i det minste skal ha erstattet det lønnsstap som den uberettigede avskjed ut i fra en erstatningsrettslig vurdering har påført han. For å finne det erstatningsrettslige tap legges det opp til en sammenligning av faktisk og hypotetisk hendelsesforløp. En slik differansebetragtning gir imidlertid ikke mer enn et utgangspunkt. Det interessante er hvordan det hypotetiske hendelsesforløpet fastlegges og hvilke elementer som skal inngå i vurderingen. Høyesterett finner at det hypotetiske fratredelsestidspunkt vil danne utgangspunktet for tapsberegningen. Utfordringen er å bestemme dette fratredelsestidspunktet.

---

<sup>89</sup> Rt.2001.1253

Arbeidstaker argumenterer med at hypotetisk fratredelsestidspunkt vil sammenfalle med rettskraftig dom for oppsigelse, som forelå ved Lagmannsrettens dom 20. november 2000. Han hevdet at når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, kan oppsigelsen bare ha virkning framover i tid. Dette begrunnes med lovens ordlyd, nemlig at retten "kan" bestemme opphør ved oppsigelse. Det fremholdes at adgangen til å avsi dom for oppsigelse er skjønnsmessig, og at eventuell dom ikke kan ha tilbakevirkende kraft. Til støtte for at fratreden skal sammenfalle med rettskraftig dom for oppsigelse, påberopes uttalelsene i forarbeidene som sier at når urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, vil arbeidstaker *"alltid ha krav på lønn for den tid han har vært ute av stillingen når avskjeden kjennes ugyldig."* Høyesterett finner at det er å trekke for vidtgående konsekvens av ordlyden at retten "kan" avsi dom for at arbeidsforholdet skal opphøre som oppsigelse. Det vises til at det kan reises spørsmål om hvor fritt retten egentlig står til å velge om det skal gis avskjed der vilkårene for saklig oppsigelse foreligger. Retten finner at det ikke under noen omstendigheter kan trekkes slutninger ut i fra betraktninger om at retten bare kan avsi dom med virkning framover i tid fordi vurderingen er skjønnspreget. Tvert i mot fremholdes det at retten ofte avsier dommer med tilbakevirkning, selv om det baserer seg på skjønnsmessige vurderinger. Det erkjennes at uttalelsen i forarbeidene kan se ut som om de gir støtte til arbeidstakers påstand. Uttalelsene i forarbeidene er korte og ikke nærmere begrunnet, og retten finner at de ikke uten videre bør tillegges avgjørende vekt. Høyesterett avviser dermed arbeidstakers anførsel om at opphørstidspunktet sammenfaller med rettskraftig dom på oppsigelse ut i fra ordlyden i §61 nr.4.

For å avgjøre hvordan erstatningsutmålingen skal foretas, vurderes de foreliggende rettskilder. Høyesterett finner at disse ikke gir et generelt svar. Øvrig rettpraksis har tatt for gitt at tidspunktet for den urettmessige avskjed skal legges til grunn. Med unntak av de to nevnte avgjørelsene fra lagmannsretten,<sup>90</sup> har tidligere rettsavgjørelser kun tilkjent erstatning for lønn i oppsigelsestiden. Det erkjennes at disse to Lagmannsrettsdommene er nærmere begrunnet, i motsetning til *"de mange avgjørelsene i motsatt retning"*. Høyesterett legger til at manglende problematisering kan tyde på en rettsoppfatning, men holder åpent om det kan skyldes at spørsmålet ikke har vært reist. Resultatet må søkes ved en bredere vurdering, hvor *"alminnelig erstatningsrettslige synspunkter,*

---

<sup>90</sup> LA-1998-00857, LE-1993-01998

*forholdet til øvrige regler i arbeidsmiljøloven, og mer frie reelle hensyn”* må trekkes inn.

Førstvoterende tar utgangspunkt i at en oppsigelse ville gitt arbeidstaker rett til å stå i stillingen etter aml. §61 nr.4 2.ledd 1.pkt. dersom det ble reist søksmål om oppsigelsens rettmessighet. Arbeidsgiver kunne krevd rettens kjennelse for fratreden, og retten uttaler at dette utgjør en *”vesentlig begrensning”* i arbeidstakers rett til å stå i stilling. Det springende punkt blir da å vurdere om arbeidsgiver ville krevd fratreden, og i så fall fått medhold. Retten finner det *”utvilsomt”* at Dolphin ville krevd fratredelseskjennelse. Det uttales at kun i de tilfeller det er *”rimelig klart”* at arbeidsgiver ville fått medhold i krav om fratreden, kan det legges til grunn i vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp. Høyesterett oppstiller således strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for at arbeidstaker ville fratrudd. I vurderingen av om arbeidstaker ville gått til søksmål om oppsigelsens gyldighet, og derav stått i stillingen, samt vurderingen av om arbeidsgiver ville krevd fratreden, er det tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Det begrunnes ikke hvorfor det oppstilles strengere krav til bevis for fratreden. Det er imidlertid ikke ukjent i rettspraksis at ved det ved vurdering av det hypotetiske begivenhetsforløp er pålagt skadevolder en streng bevisbyrde for den usikkerhet som knytter seg til det alternative hendelsesforløpet.<sup>91</sup> I den konkrete saken finner Høyesterett det rimelig klart at arbeidstaker ikke ville stått i stillingen. Ut fra en vurdering av det hypotetiske hendelsesforløpet er det dermed ikke grunnlag for erstatning utover avtalt oppsigelsestid.

Hvorvidt arbeidstaker ville stått i stillingen ved kjennelse etter §61 nr.4 der oppsigelsesgrunnlaget er sterkt, vil i stor grad avhenge av bevissituasjonen ved den prejudisielle prøvelsen. Når arbeidsgivers styrkede bevisbyrde pålegges etter full bevisførsel i hovedsaken, vil det sjelden være problematisk å bevise at arbeidsgiver ville fått kjennelse for fratreden, siden sannsynlig utfall i hovedsaken her er av avgjørende betydning, se kap.4.2.1. Jeg tror ikke en styrking av bevisbyrden her bidrar til å effektivisere retten til å stå i stillingen.

---

<sup>91</sup> F.eks. Rt.2000.679,Rt.1998.186,Rt.1998.740,Rt.1996.1718, jf. Hagstrøm, *Compensatio lucri cum damno*, JV h3 2001 s.157

I vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp, tas det ikke hensyn til at arbeidstaker ikke fikk medhold i krav om å stå i stillingen etter §66 nr.3. Dette er ikke så oppsiktsvekkende. Når retten finner at det er grunnlag for å opprettholde en urettmessig avskjed som oppsigelse, er det reglene i tilknytning til oppsigelse som skal benyttes. Det skal med andre ord foretas en vurdering etter §61 nr.4 i erstatningsoppgjøret.

Høyesterett erkjenner dog at det neppe er stor reell forskjell mellom de to bestemmelsene. I den konkrete saken ble kjennelsen om rett til å stå i stillingen etter §66 nr.3 avsagt før en eventuell oppsigelsesfrist ville utløpt. Dermed var det ikke snakk om noen periode mellom oppsigelsestidens utløp og eventuell kjennelse om rett til å fortsette i stillingen. Det forutsettes i dommen at fratredelseskjennelse etter §61 nr.4 også ville vært avsagt innen oppsigelsesfristens utløp, slik at arbeidstaker uansett ikke ville oppebåret inntekt utover oppsigelsestiden. Høyesterett finner etter dette at en sammenligning mellom faktisk og hypotetisk begivenhetsforløp resulterte i at arbeidstaker ikke ville oppebåret lønn utover oppsigelsestiden.

Arbeidstaker prosederer på at tungtveiende reelle hensyn tilsier at han burde ha krav på lønn fram til rettskraftig dom. En oppsigelse ville gitt ham rett til å fortsette i stillingen ved søksmål i medhold av §61 nr.4. Hvis det bare ble gitt erstatning for tapt lønn i oppsigelsestiden, ville det kunne gi arbeidsgiver en uberettiget fordel ved urettmessig bruk av avskjedsalternativet. Arbeidstaker fremholdt at erstatningsreglene må utformes med sikte på å hindre omgåelse som fratrar arbeidstaker rett til å stå i stillingen. Arbeidstaker har pekt på at arbeidsgiver i omgåelseshensikt kan velge avskjed, og at hensynet til prevensjon tilsier at fratredelsestidspunktet settes til rettskraftig dom for oppsigelse. Arbeidstaker antydde også at slik omgåelseshensikt forelå i den konkrete saken. Høyesteretts uttalelser i det følgende er av særlig interesse, og jeg finner grunn til å innta uttalelsene i sin helhet:

*”Jeg innser at det ikke kan utelukkes at en arbeidsgivers valg av avskjed istedenfor oppsigelse kan være motivert av omgåelseshensyn. Men valget av avskjed som reaksjon i et tilfelle hvor en etterfølgende rettslig vurdering viser at arbeidsgiveren skulle ha nøyd seg med oppsigelse, kan også være utslag av en feilvurdering. Dette er - slik jeg bedømmer det - situasjonen i den foreliggende sak. Når valget først er truffet, er det tvilsomt om arbeidsgiveren kan kreve fratreden etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 annet ledd tredje punktum for det tilfelle at avskjeden skulle bli underkjent, men opprettholdt som oppsigelse. Iallfall vil det vel stå noe fjernt for arbeidsgiveren å fremme en slik begjæring. Dette gjelder selvsagt enn mer i vår sak, hvor A ikke hadde fått medhold i sitt krav om gjeninntreden etter arbeidsmiljøloven § 66 nr. 3.*

*At ansettelsesforholdet i et slikt tilfelle skal anses for å løpe helt frem til den avgjørelse som fastslår at avskjeden opprettholdes som oppsigelse, uten hensyn til om arbeidsgiveren ville ha fått medhold i et krav om fratreden etter arbeidsmiljøloven § 61 nr. 4 annet ledd tredje punktum, vil etter min mening ordinært ikke være noen adekvat reaksjon i anledning av den uberettigede avskjed. Jeg utelukker ikke at det kan stille seg annerledes når avskjeden må anses som et overgrep, men i slike tilfelle vil det vel ofte bli lagt til grunn at arbeidsgiveren ikke ville ha oppnådd kjennelse for fratreden etter en oppsigelse. Når arbeidsgiveren kunne ha oppnådd en slik kjennelse, slik jeg har lagt til grunn at Dolphin kunne i vår sak, vil et fratredelsestidspunkt etter de linjer A hevder, stille arbeidstakeren bedre enn det som skulle følge av en erstatningsrettslig betraktningmåte, jf. det jeg tidligere har sagt, og vil lett virke urimelig overfor arbeidsgiveren. Etter min mening må hensynet til å reagere mot uberettiget avskjed varetas gjennom den mer skjønnsmessige utmåling av erstatning og oppreisning. Som det fremgår av arbeidsmiljøloven § 66 nr.5, er det her adgang til å legge vekt på bl.a. arbeidsgiverens forhold.”*

Det er grunn til å se litt nærmere på førstvoterende uttalelser. Det tas utgangspunkt i at det ikke vil være en adekvat reaksjon å automatisk tilkjenne erstatning for lønnsinntekter fram til dom ”i et slikt tilfelle” ved urettmessig avskjed. Når det leses i sammenheng med foregående avsnitt, antar jeg at ”i et slikt tilfelle” henspiller på de tilfeller hvor det ikke anses å foreligge omgåelsehensikt. Gitt at arbeidsgiver sannsynligvis ville fått medhold i krav om fratreden, vil det etter Høyesteretts oppfatning stille arbeidstaker bedre enn etter alminnelig erstatningsrett, dersom fratredelsestidspunktet i det hypotetiske hendelsesforløpet anses å sammenfalle med endelig dom. Førstvoterende uttaler at et slikt utgangspunkt lett vil virke urimelig overfor arbeidsgiver. Arbeidstakers anførsel om at hensynet til å forhindre omgåelse av retten til å stå i stillingen burde tilsi erstatning for tapte lønnsinntekter fram til dom, vinner ikke frem. Arbeidstaker tilkjennes i denne saken derfor kun lønn tilsvarende avtalt oppsigelsestid.

Hva som kan utledes av alminnelig erstatningsrett, hva gjelder fastleggelsen av hypotetiske hendelsesforløp, er så vidt jeg kan skjønne, avhengig av en sammensatt vurdering. For det først må påregnelig inntektstap vurderes. Påregnelighetsvurderingen vil avhenge av hvor mange usikre ledd i det alternative hendelsesforløpet det skal tas hensyn til. Dette har igjen sammenheng med skadelidtes skyld, den skadevoldende handling, mer rettspolitiske betraktninger, risikobetraktninger, samt de hensyn den aktuelle bestemmelsen antas å beskytte. Særlig vil arbeidsmiljølovens vernende karakter måtte tillegges vekt. Etter min oppfatning, er altså ikke alminnelig erstatningsrett så

absolutt at det ikke kunne tenkes en løsning hvor hypotetisk hendelsesforløp tilsier at fratredelsestidspunktet sammenfaller med endelig dom i samsvar med lovens hovedregel. Høyesterett vurderer hensynet til å forhindre omgåelse som et eget moment for eventuelt å fravike det erstatningsrettslige utgangspunkt. Som jeg kommer tilbake til i de lege ferenda-drøftelsen, kan prevensjonshensynet være et moment i vurderingen av påregnelig inntektstap, og således et moment i vurderingen av det erstatningsrettslige tap.

Hensynet til å reagere mot urettmessig avskjed ivaretas best, etter rettens syn, ved den skjønnsmessige utmålingen etter §66 nr.5. Jeg antar at det siktes til oppreisningsutmålingen. Hvorvidt denne uttalelsen innebærer at oppreisningsnivået kan økes, vil jeg ta for meg i kap.7.3.1. Jeg forstår uttalelsene dithen at oppreisning kan benyttes som reaksjon både ved feilvurdering og ved omgåelse. Selv om det i Dolphin-dommen legges til grunn at arbeidsgiver ikke hadde gitt avskjed i omgåelseshensikt, uttales at arbeidsgiver ikke helt kan fritas for ansvar for den feilvurdering som er gjort, og at det må få utslag i oppreisningsvurderingen.

Høyesterett tar forbehold om at det *”kan stille seg annerledes hvis avskjeden må anses som et overgrep”*. I forlengelsen av dette sier førstvoterende at i tilfeller av omgåelse *”vil det vel ofte bli lagt til grunn at arbeidsgiveren ikke ville ha oppnådd kjennelse for fratreden etter en oppsigelse”*. Det kan reises spørsmål ved om dette er riktig. Ved vurdering av hypotetisk hendelsesforløp, vil retten vurdere om arbeidsgiver ville fått medhold i fratreden etter §61 nr.4 2.ledd 3.pkt. I prejudisiell kjennelse om rett til å stå i stillingen, vurderer retten om det er sannsynlig at opphørsgrunnlaget kvalifiserer til oppsigelse, jf. kap.4.2.1. Dersom oppsigelsesgrunnlaget er sterkt, vil retten normalt avsi fratredelseskjennelse. Etter min oppfattelse, er denne forutsetningen ikke korrekt, medmindre det legges til grunn at omgåelse først foreligger når det ikke er opphørsgrunnlag i det hele tatt. Som sagt, kan arbeidsgiver også spekulere i å gi urettmessig avskjed der oppsigelsesgrunnlaget er sterkt. Etter dette finne jeg ikke å kunne legge den forutsetningen til grunn.

Det angis ikke nærmere i hvilke tilfeller det vil være aktuelt å anse urettmessig bruk av avskjed som omgåelse. Forutsetningen om at det ville lede til at arbeidsgiver ikke ville fått medhold etter §61 nr.4 2.ledd, tilsier at det er de klare formene for omgåelse det

siktes til, hvor det er tvilsomt om forholdene står seg som oppsigelse. Det er heller ikke uttalt noe om hvem som skal ha bevisbyrden for at det foreligger omgåelseshensikt. Ut i fra alminnelige bevisbyrderegler, vil det dermed være opp til arbeidstaker å bevis at arbeidsgiver har gitt oppsigelse i omgåelseshensikt.

Det er vanskelig å utlede en bestemt konklusjon av dommen i tilfelle av omgåelse. På den ene siden utelukkes det ikke at det gis erstatning for tapte lønnsinntekter i perioden hvor arbeidstaker kunne stått i stillingen. På den annen side uttaler førstvoterende at hensynet til å reagere mot urettmessig avskjed best ivaretas gjennom oppreisningserstatning. Det er lagt til grunn at det ikke forelå omgåelseshensikt i den konkrete saken, og uttalelsene har ikke betydning for resultatet. Når uttalelsene ikke er mer konkret og begrunnet, anser jeg det mer som at det tas forbehold om eventuelle senere saker hvor et annet utfall er rimelig. Etter min oppfattelse, er erstatning i omgåelsestilfellene ikke avgjort med denne dommen.

Jeg kan ikke se at Høyesterett har behandlet tilsvarende problemstilling etter Dolphin-dommen. Borgarting Lagmannsrett har imidlertid berørt spørsmålet i LB-2001-780. Saken gjaldt urettmessig avskjed av en aksjemegler, hvor avskjeden ble opprettholdt som oppsigelse. I forbindelse med erstatningsutmålingen uttaler Lagmannsretten: ”A har krevet erstatning, oppad begrenset til 7 millioner kroner. Retten er kommet til at vilkårene for saklig oppsigelse er til stede. Han har fått utbetalt lønn i arbeidsavtalens oppsigelsestid. Han har derfor ikke lidt noe lønnstap [min understrekning]. Da saken sto for byretten, begjærte A gjeninntreden i stillingen. Sakene ble forent til felles behandling, men byretten tok, ikke stilling til gjeninntredelseskravet. Slik forholdene i virksomheten hadde utviklet seg, anså lagmannsretten den situasjon som var oppstått innebar at ”kravet om gjeninntreden ikke ville blitt tatt til følge.” Selv om det legges til grunn at avskjeden var urettmessig, slik at oppsigelsesreglene og aml.§ 61 nr. 4 annet ledd tredje punktum får anvendelse, finner lagmannsretten det urimelig at erstatningsutmålingen baseres på at arbeidsforholdet anses opprettholdt frem til rettskraftig dom. Det vises til at det her dreier seg om en oppsigelse begrunnet i forgåelser fra arbeidstakers side. I og med at lagmannsretten legger til grunn at det ikke var grunnlag for å gi A medhold i hans krav om gjeninntreden i stillingen, har han heller ikke lidt noe lønnstap etter utløpet av oppsigelsestiden.

Slik jeg tolker Høyesterett, er konklusjonen av Dolphin-dommen at det i normaltilfellene (der det ikke finnes bevist omgåelse) legges opp til en sammenligning av det faktiske og det hypotetiske hendelsesforløp. I vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp, ses det hen til om det er sannsynlig at arbeidstaker ville gått til sak om oppsigelsens gyldighet og stått i stillingen. Deretter vurderes hvorvidt det er sannsynlig at arbeidsgiver ville krevd kjennelse for fratreden, og i så fall om det er ”rimelig klart”

at arbeidsgiver ville fått medhold i krav om fratreden etter aml.§61 nr.4. Denne oppfattelsen ligger tilsynelatende til grunn i Borgarting Lagmannsrettsdom LB-2001-00780. Som jeg har vært inne på, er den løsning Høyesterett legger til grunn i Dolphin-dommen, ikke selvsagt. Høyesterett velger å ta med arbeidsgivers mulighet for å kreve fratreden, som er lovens unntaksregel ved oppsigelse, i vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløpet. I forhold til tidligere Høyesterettspraksis, utvider Dolphin-dommen erstatningsvurderingen til å ta i betraktning den rett til å stå i stillingen arbeidstaker har ved oppsigelse. Påregnelighetsvurderingen tar også med flere usikre ledd enn de to lagmannsrettsavgjørelsene fra før Dolphin-dommen, LA-1998-00857 og LE-1993-01998. Hvordan erstatningsutmålingen av økonomisk tap skal foretas der det foreligger omgåelse, er ikke løst med denne dommen.

Hvorvidt dommen har prejudikatsvirkninger, er vanskelig å si. Den er relativt ny, og er ikke fulgt opp i praksis, utover det at Borgarting Lagmannsrett tilsynelatende bygger Høyesteretts vurdering i LB-2001-00780. Hvilken vekt den har hatt i utenrettslige forhandlinger er imidlertid vanskelig å ha noen formening om. Selv om det her dreide seg om sterkt avskjedsgrunnlag, og arbeidsgiver med sterk økonomi, er dette ikke gjort til et tema i dommen. Dommens begrunnelser er generelle, og resultatet baserer seg på en relativt grundig gjennomgang. Det er også av betydning at dommen er enstemmig. Inntil videre er dommen den tyngste rettskilden som uttaler seg om erstatning for tap av retten til å stå i stilling, og må legges til grunn som gjeldende rett.

### 7.1.2 Tap i framtidig inntekt

Arbeidstaker har mulighet til å kreve erstattet tapte framtidige inntektsmuligheter etter fratredelsen, i den grad tapet skyldes den urettmessige avskjed. I Flykapteindommen<sup>92</sup> ble arbeidstaker ikke tilkjent oppreisning på grunn av det belastende rykte han pådro seg i forbindelse med den urettmessige avskjeden, fordi retten fant at arbeidsgiver ikke kunne heftes for dette. Selv om tap i framtidig erverv kan være større ved avskjed enn oppsigelse, blir vurderingen av tap i framtidig erverv helt konkret, og bidrar ikke nevneverdig til å belyse problemstillingen som denne oppgaven reiser. Jeg kommer derfor ikke til å gå nærmere inn på dette her, men nøyer meg med å nevne at i

---

<sup>92</sup> Rt.1992.1023



erstatningsrisikoen ved å misbruke avskjedsinstituttet, må denne eventuelle kostnaden tas med i betraktning.

### 7.1.3 Fradrag i erstatningen for annen inntekt

Etter alminnelige erstatningsrettslige regler, skal det faktiske økonomiske tap erstattes. Normalt vil det derfor gjøres fradrag i erstatningsutmålingen for annen inntekt. Det kan også gjøres fradrag for tapte lønnsinntekter ved erstatning etter aml.§66 nr.5. I forarbeidene<sup>93</sup> uttales imidlertid: *”det bør ikke gjøres fradrag for slike inntekter medmindre arbeidstakeren er forholdsvis lenge ute av stillingen. Det at arbeidstakeren i en slik situasjon gjør sitt for å skaffe seg inntekter bør komme arbeidstakeren til gode. Arbeidsgiveren bør derfor alltid regne med at det ikke blir gjort fradrag for slike inntekter.”* Dette er et avvik fra de ordinære erstatningsrettslige regler om beregning av økonomisk tap.

### 7.1.4 Tapsbegrensningsplikt

I samsvar med alminnelig erstatningsrett, vil arbeidstaker ha en generell tapsbegrensningsplikt. Reduksjon i erstatningen kan tenkes dersom arbeidstaker selv er å bebreide for den urettmessige avskjeden, f.eks. ved å holde tilbake opplysninger om forhold som gjør misligholdet rettmessig. Det fremgår av forarbeidene at *”Dersom arbeidstakeren ikke er særlig å bebreide, må erstatningen i hvert fall ikke være mindre enn det økonomiske tap han har lidt”*.<sup>94</sup>

Et eksempel fra rettspraksis hvor erstatning for økonomisk tap er nedsatt på grunn av manglende tapsbegrensning fra arbeidstakers side, er Gulating Lagmannsrettsdom LG-2002-01998. Erstatning for økonomisk tap ble redusert fordi arbeidstaker hadde motvirket at arbeidsgiver ble kjent med de forhold som gjorde avskjeden urettmessig.

---

<sup>93</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.78

<sup>94</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

### 7.1.5 Dagpenger

For fullstendighetens skyld nevnes at i den grad arbeidstaker får erstattet sitt lønnstap, skal dagpenger tilbakebetales til folketrygden, jf. folketrygdloven<sup>95</sup> (ftrl.) §4-2 nr.3 bokstav i. Det foretas altså ikke en reduksjon i utbetalingen fra arbeidsgiver.

Kommunal- og arbeidsdepartementet begrunner lovforståelsen slik: *”det er uriktig at utbetalt trygd skal subsidiere arbeidsgiver i et erstatningsoppgjør. Det bør tvert imot forutsettes at arbeidsledighetstrygd som er utbetalt for samme periode som erstatningen, skal tilbakebetales til folketrygden”*, jf. rundskriv G-173/89.

### 7.1.6 Skatteplikt

Hvorvidt en erstatning klassifiseres som økonomisk tap eller oppreisning, vil ha betydning i skattemessig sammenheng.<sup>96</sup> Eventuell skatteplikt vil bli hensyntatt i favør av skadelidte ved utmålingen av erstatningsbeløpet. Det er således arbeidsgiver det betyr mest for hvorvidt erstatningen karakteriseres som økonomisk tap eller oppreisning. Normalt fremgår det av domsgrunnene hva som er erstatning for økonomisk tap, og hva som er oppreisning.

Erstatning for skattepliktig arbeidsinntekt er skattepliktig etter skatteloven<sup>97</sup> §5-1 ut i fra et surrogatsynspunkt. Når det gjelder tap i fremtidig erverv er reglene noe sammensatt. I denne sammenheng er imidlertid det praktiske at det gis erstatning for fremtidig skade av ikke-varig karakter. Slik inntekt er også skattepliktig ut i fra samme surrogatbetraktning.<sup>98</sup>

Oppreisning er ikke surrogat for skattepliktig arbeidsinntekt og således ikke skattepliktig. Dette utgangspunktet er imidlertid underlagt en beløpsmessig begrensning. Oppreisning over 1,5 G: kr.85.291,50<sup>99</sup> er likevel skattepliktig. De utmålte oppreisningene i forbindelse med avskjedssaker har hittil ikke vært så store, slik at den praktiske hovedregel er at oppreisning ikke er skattepliktig inntekt. Det må imidlertid

---

<sup>95</sup> Lov 1997-02-28 nr.19

<sup>96</sup> [http://www.justorget.no/article/frontpage\\_article.asp?Key=28FagKey=171&ArtKey=172](http://www.justorget.no/article/frontpage_article.asp?Key=28FagKey=171&ArtKey=172)

<sup>97</sup> Lov 1999-03-26 nr.14

<sup>98</sup> Zimmer,s.150-151

<sup>99</sup> Per 01.05.2003

merkes at det kun er ervervet som ikke er skattepliktig. Avkastning er skattepliktig inntekt, og det som er igjen av beløpet 1. januar, er man pliktig til å betale formueskatt av.<sup>100</sup>

## 7.2 Oppreisning

### 7.2.1 Oppreisningens funksjon

Oppreisning er en kompensasjon til skadelidte som ikke relaterer seg til økonomisk tap. Oppreisningens funksjon er sammensatt. I tillegg til å kompensere for det ikke-økonomiske tap den skadelidte har hatt, innehar den i tillegg et klart straffeelement. Den skal virke som en reaksjon mot skadevolder. Samtidig har oppreisning en ideell funksjon ved å gi uttrykk for samfunnets reaksjon på handlingen. Det antas at oppreisning også kan ha en preventiv funksjon.<sup>101</sup>

### 7.2.2 Utmåling

Arbeidsmiljøloven §66 nr.5 angir at erstatningen skal fastsettes etter en bred skjønnsmessig helhetsvurdering hvor det tas hensyn til både *”det økonomiske tap, arbeidsgiverens og arbeidstakerens forhold og omstendighetene forøvrig”*. Ut i fra den brede skjønnsmessige helhetsvurderingen skal retten utmåle hva den finner *”rimelig”*. Det ligger ingen automatikk i at det tilkjennes oppreisning, og oppreisning krever mer enn ordinært ubehag på grunn av avskjedssakene.

Loven inneholder ingen øvre grense for erstatningsutmålingen, slik som arbeidervernloven av 1956 gjorde.<sup>102</sup> En gjennomgang av en rekke dommer viser at utmålingene ligger stabilt fra 0,- til 50.000,-. Jeg kjenner ikke til tilfeller hvor Høyesterett har tilkjent mer enn kr. 50.000,-.

Oslo Tingrett avsa 10.mars 2004 dom vedrørende usakelig endringsoppsigelse hvor arbeidstaker ble tilkjent kr.100.000,- i oppreisning. Retten fant at arbeidsgiver hadde opptrådt *”meget kritikkverdig”*. Det forelå ikke grunnlag for oppsigelse, og arbeidstaker

---

<sup>100</sup> Sammesteds

<sup>101</sup> Lødrup,s.507

<sup>102</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

var reelt sett avskåret fra gjeninntreden fordi stillingen var besatt av en annen arbeidstaker. Dommen er ikke rettskraftig. Enkelte andre underrettsdommer har også utmålt erstatning for økonomisk tap inntil kr.100.000,-. Se f.eks. LG-1999-00607, hvor arbeidstaker ble tilkjent kr.100.000,- i oppreisning. Avskjeden var ugyldig, og ble ikke opprettholdt som oppsigelse.

For det første vil arbeidsgivers forhold ha innvirkning på utmålingen av oppreisningen. Som tidligere nevnt, er saksbehandlingen og arbeidsgivers håndtering i opphørsprosessen tillagt vekt ved utmålingen. I Dolphin-dommen uttaler Høyesterett at *”det er også kritikkverdig at avskjed ble meddelt uten at A fikk anledning til å uttale seg, slik arbeidsmiljøloven § 57 nr.1 jf. § 66 nr.2 krever. Disse forhold må etter min mening få betydning for erstatningsutmålingen.”* Retten vektlegger videre at også bedriften var å bebreide for det uhell som ledet til avskjeden. Retten fant at kr. 50.000,- utgjorde en passende erstatning for ikke-økonomisk tap i denne saken. Et annet eksempel på at saksbehandlingen er tillagt vekt, er Høyesteretts dom inntatt i Rt.1991.236. Saken gjaldt en kommunalt ansatt sykepleier som ble oppsagt. Høyesterett fant at saksbehandlingen var kritikkverdig: *”På grunn av utestengingen fra arbeidet, og den måte det ble gjennomført på mener jeg at A bør få et beløp som billighetserstatning, som jeg finner bør settes til kr 50 000,-.”*

Også arbeidstakers forhold kan tillegges vekt. Eksempelvis fant Høyesterett i Flykaptein-dommen<sup>103</sup> at det ikke skulle tilkjennes erstatning. Det vises til at den urettmessige avskjed var begrunnet i forsettlig brudd på tolloven, som den ansatte kjente til at var avskjedsgrunnlag etter arbeidsreglementet.

Henki-saken<sup>104</sup> er et godt eksempel på at både arbeidstakers- og arbeidsgivers forhold tillegges vekt ved utmåling av oppreisningserstatning. Saken gjaldt en HIV-smittet bartender som var urettmessig gitt avskjed på grunn av sin sykdomstilstand. Selv om både avskjeden og rettssaken hadde vært en stor belastning for arbeidstaker, uttalte retten at også *”arbeidsgiver uventet ble stillet overfor en ny og ukjent situasjon uten kjente paralleller i tidligere praksis og jeg har forståelse for at vurderingen var vanskelig. Også for arbeidsgiveren må saken ha vært en belastning. Virksomheten er nå*

---

<sup>103</sup> Rt.1992.1023

<sup>104</sup> Rt.1988.959

*betydelig innskrenket, og går fortsatt med store underskudd.*” Ut i fra en avveining fant retten at en oppreisning på kr. 20.000,- var rimelig.

Også ”forholdene forøvrig” er en del av utmålingsvurderingen. Det fremgår av forarbeidene at lønn, tjenestetid og jobbutsikter er momenter det er rimelig å ta i betraktning.<sup>105</sup> Arbeidstakers lønnsnivå og jobbutsikter er primært momenter ved beregning av økonomisk tap og har, så vidt jeg kan se, hatt liten sammenheng med oppreisningsutmålingen.<sup>106</sup> Det er antatt at man kan legge vekt på arbeidsgivers økonomiske situasjon. Mitt inntrykk er at dette momentet primært medfører at ansvaret kan nedsettes ved svak økonomi hos arbeidsgiver.

Samlet sett må det kunne sies at oppreisningsbeløpene er relativt beskjedne. Dette er for så vidt i tråd med norsk tradisjon, hvor det ikke er vanlig å tilkjenne høye oppreisningsbeløp.<sup>107</sup> I forhold til denne oppgaven er spørsmålet om risikoen for å måtte betale arbeidstaker oppreisning virker preventivt, slik at arbeidsgiver unnlater å treffe avskjedsbeslutning uten å foreta nødvendige forberedelser, eller avstår fra å misbruke avskjedsinstituttet i den hensikt å unngå at arbeidstaker står i stillingen. Det er neppe tvil om at for de fleste bedrifter vil et såpass beskjedent oppreisningsbeløp være en billig innløsningssum for å bli kvitt en brysom arbeidstaker, og at risikoen for å betale oppreisning i denne størrelsesorden ikke er tilstrekkelig til å avskrekke arbeidsgiver fra urettmessig bruk av avskjed for å omgå retten til å stå i stilling.

### 7.3 De lege ferenda

I det foregående har jeg gjennomgått erstatning for økonomisk tap og oppreisning de lege lata. I det følgende vil jeg vurdere erstatningsutmålingen de lege ferenda. I kap.7.3.1 behandles oppreisning. Beregning av tapte lønnsinntekter behandles i kap.7.3.2.

---

<sup>105</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.75

<sup>106</sup> Se også Fanebust, s.382

<sup>107</sup> Lødrup,s.509

### 7.3.1 Oppreisning

Det er neppe tvil om at et oppreisningsnivå på rundt kr.50.000,- ikke egner seg til å avskrekke arbeidsgiver fra å misbruke avskjedsinstituttet. Spørsmålet er om det vil ha tilstrekkelig effekt om oppreisningsnivået heves.

Under behandlingen av erstatning for økonomisk tap, reiste jeg spørsmål om Høyesterett i Dolphin-dommen gir føringer på oppreisningsutmålingen i tilfeller av omgåelse. Førstvoterende i dommen uttaler at den mest nærliggende reaksjon på urettmessig avskjed generelt er den skjønnsmessige utmåling som kan foretas etter §66 nr.5. I Dolphin-dommen ble arbeidstaker tilkjent 50.000,-. Det er lagt til grunn at avskjeden i denne saken ikke var gitt i omgåelsesøyemed. Det uttales likevel at selv om det ikke foreligger omgåelse, er selskapet å bebreide for feil valg av reaksjon, mangelfull saksbehandling og sjenerende karakteristikk av arbeidstaker. Arbeidsgiver er et oljeselskap. Beløpet i seg selv er forsvinnende lite, sett i forhold til arbeidsgivers økonomi. Høyesterett uttaler seg ikke eksplisitt om hvorvidt nivået på oppreisningserstatningene bør kunne økes ved omgåelse. Det sies kun at hensynet til å reagere mot arbeidsgiver best i varetas ved oppreisningserstatning. Det kan være en nærliggende tolkning at Høyesterett i disse tilfeller åpner for at det kan tilkjennes høyere oppreisningserstatning. Uttalelsene er imidlertid ikke nærmere begrunnet, og det er vanskelig å finne en bestemt tolkning. Jeg legger derfor til grunn samme betraktning her som under kap.7.2 om økonomisk tap, nemlig at Høyesterett ikke avklarer situasjonen hva gjelder omgåelsestilfellene. Høyesterett har meg bekjent ikke vurdert et lignende tilfelle etter Dolphin-dommen.

For at oppreisning skal virke preventivt, må oppreisningsbeløpet være såpass stort at arbeidsgiver tar den alvorlig. Problemet er at det vil variere betraktelig hvilket nivå oppreisningen må ha for at den faktisk skal avskrekke. Hvis oppreisning skal ha en reell preventiv effekt for arbeidsgivere som i Dolphin-dommen, ville det krevd oppreisningsbeløp i en størrelsesorden som en ordinær arbeidsgiver ikke ville kunne bære belastningen av. En mulighet er at oppreisningsbeløpet utmåles etter arbeidsgivers betalingsevne, slik at det rammer ulike arbeidsgiverne like hardt. Den pønale effekt av oppreisningen gis da større realitet, noe som igjen kan bidra til å effektivisere oppsigelsesvernet. En slik løsning vil imidlertid kunne medføre enorme tilfeldige ulikheter i oppreisningsbeløpet avhengig av hvor arbeidstakeren er ansatt. Hensynet til

likhet taler således mot en slik løsning. Arbeidstaker vil kunne lide for arbeidsgivers dårlige økonomi, hvilket vil stride mot oppreisningens opprettelsesfunksjon. Utmålingen må også ta hensyn til det alminnelige prinsipp om proporsjonalitet som kommer til uttrykk i skadeerstatningsloven, som angir at oppreisning må ses i forhold til ”den voldte tort og smerte og for annen krenking av ikke-økonomisk karakter”.<sup>108</sup> Det ville antagelig oppfattes som urimelig om slike forhold ikke ble tatt i betraktning. Resultatet er likevel at arbeidsgiver med sterk økonomi relativt sett risikerer mindre ved å gi urettmessig avskjed enn en arbeidsgiver med svak økonomi. Ytterligere en mulighet, kunne være at oppreisningen gjenspeilet grovheten i arbeidsgivers overtramp. På den måten ville det kunne differensieres ut i fra hvor lojalt arbeidsgiver har forsøkt å treffe rett beslutning. Problemet vil igjen melde seg i forhold til den preventive effekt. Dersom det skal utmåles oppreisning uavhengig av arbeidsgivers gode økonomi, vil prevensjonseffekten i mange henseender bli mindre. En viss preventiv effekt vil nok oppreisning ha, men jeg tror ikke dette er veien å gå. Arbeidsgivere og arbeidstakere er en meget sammensatt gruppe. Om beløpsnivået økes vil det antagelig ramme altfor generelt. I tillegg vil proporsjonalitetshensyn begrense hvor høyt oppreisningen kan settes. Hensynet til at arbeidstakere skal ha et noenlunde likt vern medføre at det blir vanskelig å sanksjonere arbeidsgiver slik at den pønale effekt virker preventivt. Jeg finner gode argumenter for at oppreisningsnivået bør heves, men jeg tror ikke det ville ha tilstrekkelig ønsket preventiv effekt i forhold til å hindre omgåelse av stillingsvernsreglene, som er denne oppgavens tema.

### 7.3.2 Tapte lønnsinntekter

Jeg har vurdert det dit hen at risiko for å måtte betale oppreisningserstatning i seg selv ikke er tilstrekkelig egnet til å avskrekke arbeidsgiver fra å omgå stillingsvernsreglene ved å gi urettmessig avskjed der det bare er grunnlag for oppsigelse. Jeg vil i det følgende drøfte ulike erstatningsutmålingsprinsipper for tapte lønnsinntekter, og vurdere i hvilken grad disse kan virke preventivt.

Utgangspunktet for utmålingen er arbeidstakers påregnelige inntektstap, sett bort i fra den urettmessige avskjeden.<sup>109</sup> Påregnelighetskriteriet er en elastisk størrelse,<sup>110</sup> og det

---

<sup>108</sup> Lødrup, s.509

<sup>109</sup> Dege, Arbeidsrett, s.897

kan tenkes flere ulike løsninger. Når det hypotetiske hendelsesforløpet skal vurderes, må det avgjøres hvor mange ledd i den mulige årsaksrekken som skal anses å være adekvat.<sup>111</sup> For det første kunne det tenkes at påregnelighetsvurderingen kun tok hensyn til arbeidstakers rett til å arbeide i oppsigelsestiden. For det andre kan arbeidstakers rett til å stå i stillingen tas med i vurderingen. Herunder om det kun er lovens hovedregel om arbeidstakers rett til å stå i stillingen som skal være med i vurderingen, eller om det også skal ses hen til hvorvidt arbeidsgiver kunne fått medhold i krav om fratreden etter mønster av Dolphin-dommen. I denne vurderingen vil bl.a. prevensjonshensyn, risikobetraktninger, formålsbetraktninger, skyld, rimelighetsbetraktninger og den skadevoldende handling være av betydning.

Den tradisjonelle adekvanslæren er en begrensingsfaktor for hvilke følger som skal anses å ha sammenheng med den skadevoldende handling. I denne sammenhengen er det tale om en motsatt vurdering, nemlig hvorvidt mer usikre ledd i årsakskjeden, som er til arbeidsgivers gunst, skal være en del av påregnelighetsvurderingen. Det er således mer tale om en ”speilvendt” adekvanslære.<sup>112</sup> De hensyn som gjør seg gjeldende vil imidlertid være de samme for å begrense årsakskjeden enten det gjelder å begrense hvilke følger eller fordeler som skal tas med i vurderingen av tapsberegningen. Det er ikke enighet om terminologien når det gjelder omvendt bruk av adekvanslæren. Det er imidlertid enighet om at det vil dreie seg om en ganske sammensatt vurdering hvor påregnelig tap bare utgjør ett blant flere momenter,<sup>113</sup> som beskrevet ovenfor. I denne oppgaven benyttes den tradisjonelle adekvans- og påregnelighetsterminologien fordi det gir de rette assosiasjoner.

Alternativet til å vurdere det hypotetiske hendelsesforløpet, slik det er gjort i Dolphin-dommen, er å statuere plikt til å betale normalerstatning. Normalerstatning kan begrunnes ut i fra hensynet til forutberegnelighet, samt likhetshensyn. Det er store variasjoner mht. den tid ulike domstoler bruker ved oppsigelses-/avskjedssaker. Tapsperioden vil dermed kunne variere betraktelig avhengig av hvor arbeidsstedet er. Det kunne tenkes en løsning hvor det ble fastsatt en ”normalerstatning” fastsatt til et visst antall måneder som kompensasjon for at arbeidstaker ikke fikk anledning til å fortsette i stillingen ved urettmessig avskjed, når denne opprettholdtes som oppsigelse. Normalerstatning vil neppe ha mer preventiv effekt enn en mer fleksibel erstatningsutmåling. Arbeidsgiver vil da få en fast størrelse på urettmessig avskjed, som i liten grad vil ha sammenheng med arbeidstakers rett til å stå i stilling. Dersom en slik fast størrelse skal ha tilstrekkelig avskrekkende funksjon, må den settes høyt. På den ene siden vil hensynet til likhet mellom arbeidstakerne ivaretas. På arbeidsgivers side vil

---

<sup>110</sup> Iversen, kap.6

<sup>111</sup> Hagstrøm, Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt, Festskrift til Bernhard Gomard,s.143

<sup>112</sup> Simonsen,s.316

<sup>113</sup> Sammesteds



imidlertid effekten variere betraktelig på grunn av store forskjeller i bedriftenes størrelse og økonomi. De samme hensyn som gjør seg gjeldende mht. oppreisningens preventive effekt, vil i stor grad gjøre seg gjeldende også i forhold til normalerstatning. Den formuende bedrift vil risikere relativt sett mindre ved å gi urettmessig avskjed, enn en arbeidsgiver med svak økonomi. Etter mitt skjønn er det etter dette ingen heldig løsning å benytte normalerstatning.

En mulighet er at fratredelsestidspunktet i det hypotetiske hendelsesforløp anses å sammenfalle med rettskraftig dom for oppsigelse. Arbeidsgiver vil da i utgangspunktet være erstatningsansvarlig for tapte lønnsinntekter fram til endelig dom. Ulike betraktninger kan lede til et slikt utgangspunkt. Det kan for det første argumenteres med at oppsigelse ikke er gitt før det rettskraftig er besluttet, ut i fra at ordlyden i §66 nr.4 sier at retten "kan" avsi dom for oppsigelse. Denne løsningen ble påberopt av arbeidstaker i Dolphin-dommen ut i fra en betraktning om at retten ikke er bundet til å avsi dom på oppsigelse. Høyesterett avviste at ordlyden ga rom for en slik tolkning. Som jeg har vist, kan ikke bestemmelsen tolkes slik at retten har valgmulighet når det gjelder å avsi dom for oppsigelse dersom vilkårene foreligger, jf. kap.2.3. Jeg anser derfor denne løsningen som lite nærliggende.

Etter dette må utgangspunktet tas i det tidspunkt som den urettmessige avskjed ble gitt, og vurdere hvordan hendelsesforløpet ville blitt dersom det da var gitt en rettmessig oppsigelse.

### 7.3.2.1 Lønn i oppsigelsestiden

En mulighet er å sette fratredelsestidspunktet til tidspunktet for oppsigelsesfristen hypotetiske utløp, dersom det var gitt oppsigelse istedenfor urettmessig avskjed. Arbeidsgivers erstatningsansvar for tapte lønnsinntekter begrenser seg da til lønn i oppsigelsestiden. Rettspraksis fra før Dolphin-dommen har lagt denne løsningen til grunn, men unntak for de to omtalte lagmannsrettsdommene.<sup>114</sup> Betraktningen kan da være at det er i oppsigelsestiden arbeidstaker helt sikkert ville vært i stillingen, og at erstatningen for tapt lønn av den grunn bør begrense seg til denne perioden. Uttalelsene i forarbeidene om at arbeidstaker skal ha dekket tapt lønn, kan tas til inntekt for et slikt synspunkt, siden det kun er i oppsigelsestiden arbeidstakeren har et ubetinget krav på lønn. Arbeidstaker har ikke reist søksmål om gyldigheten av oppsigelsen, og retten til å stå i stillingen er således ikke aktivert.

---

<sup>114</sup> LA-1998-00857, LE-1993-01998.

Videre kan det argumenteres for at arbeidstaker kun skal ha erstattet tapt lønn i oppsigelsestiden ut i fra at formålet med retten til å stå i stillingen er å sikre reell mulighet for gjeninntreden. Når avskjed opprettholdes som oppsigelse, er det ikke aktuelt med gjeninntreden. På den måten kan det fremstå som urimelig om arbeidstaker skal nyte godt av en rettighet som skal verne urettmessig oppsagt arbeidstaker. På den annen side, vil en arbeidstaker som i første omgang gis oppsigelse og reiser søksmål om dens gyldighet, som hovedregel ha krav på å fortsette i stillingen, selv om retten i etterkant stadfester oppsigelsen. Skal arbeidstaker stilles som om urettmessig avskjed ikke var gitt, er det vanskelig å tenke seg at det helt kan ses bort i fra at arbeidstaker kunne stått i stillingen, også når avskjeden opprettholdes som oppsigelse.

Formålet med erstatningen er bl.a. å gjenopprette situasjonen for arbeidstaker. Det vil neppe være i samsvar med formålet om arbeidstaker i mange tilfeller stilles dårligere enn det som kunne vært tilfelle hvis arbeidsgiver hadde gitt rettmessig oppsigelse. Arbeidstaker vil da bære risikoen for arbeidsgivers urettmessig bruk av avskjed. Rimelighetshensyn taler mot en slik tolkning. Arbeidsmiljøloven er en vernelov, hvor arbeidstaker presumeres å være den svakere part med et særlig beskyttelsesbehov. Dersom arbeidstaker i erstatningsoppgjøret på grunn av arbeidsgivers urettmessige bruk av avskjed, skulle bære risikoen for usikkerhet vedrørende tap av en såpass sentral rettighet som retten til å stå i stillingen, kan det neppe sies å ivareta lovens formål. Ut i fra hensynet til prevensjon, vil en løsning der arbeidstaker automatisk kun tilkjennes lønn i oppsigelsestiden, og det helt ses bort fra perioden arbeidstaker kunne stått i stilling, bidra til å gjøre det attraktivt for arbeidsgiver å misbruke avskjedsinstituttet. En begrunnelse for å endre reglene om avskjed i loven, var å hindre omgåelse av oppsigelsesreglene ved å *”underlegge [avskjed] tilsvarende regulering”*, slik at også de *”utførlige reglene om oppsigelse”* skal gjelde ved avskjed.<sup>115</sup> Man tenkte seg altså at dersom det ikke var noe å tjene på å omgå reglene i forhold til saksbehandlingen, ville det ikke være like attraktivt å gi avskjed istedenfor oppsigelse. Etter min mening må det ut i fra samme betraktning være viktig å hindre at arbeidsgiver får økonomisk gevinst. Jeg antar etter dette at retten til å stå i stilling må tas med i betraktningen ved erstatningsutmålingen.

---

<sup>115</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.29

### 7.3.2.2 Lønn mellom oppsigelsesfristens utløp og dom

Jeg har kommet til at når avskjed opprettholdes som oppsigelse, bør arbeidstakers rett til å stå i stillingen være en del av vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløpet når inntektstapet skal fastsettes. I dette avsnittet skal jeg vurdere hvorvidt påregnelighetsvurderingen vil strekke seg lengre enn lovens hovedregel, som gir arbeidstaker rett til å stå i stillingen. Det springende punkt er da hvorvidt det i tillegg bør tas hensyn til unntaksregelen, som gir arbeidsgiver mulighet til å kreve fratredelseskjennelse.

Svakheten med løsningen i Dolphin-dommen, der det vurderes om arbeidsgiver kunne fått medhold i krav om fratreden hvis arbeidstaker hadde stått i stillingen, er at den i liten grad har preventiv effekt overfor arbeidsgiver som ikke lojalt forsøker å overholde stillingsvernsreglene. Som tidligere nevnt, har ikke retten valgfrihet mht. hvorvidt en urettmessig avskjed skal opprettholdes som oppsigelse, hvis vilkårene for oppsigelse er oppfylt. Dersom det var gitt rettmessig oppsigelse, og arbeidstaker hadde gått til søksmål om dens gyldighet, ville arbeidsgiver vært henvist til å ta initiativet til å kreve kjennelse for fratreden. Når fratredelsesmuligheten tas med i erstatningsutmålingen, medfører det at arbeidsgiver heller ikke løper noen økonomisk risiko ved at det ikke er begjært fratreden. Ved prejudisiell kjennelse for fratreden, vil tvil om jus og faktum gå i arbeidstakers favør, slik at det ikke gis medhold i fratredelseskjennelse. Når det i erstatningsoppgjøret skal vurderes hvorvidt arbeidsgiver ville fått medhold i fratredelsesbegjæring, vil vurderingen foretas etter full bevisførsel, hvor retten har avgjort at den urettmessige avskjed skal opprettholdes som oppsigelse. Samlet sett innebærer løsningen i Dolphin-dommen at arbeidsgiver ikke bare fritas for risikoen for feilvurderingen ved at domstolen opprettholder avskjeden som oppsigelse, men også for økonomiske følger av feilvurderingen. Jeg har allerede kommet til at oppreisning alene ikke har tilstrekkelig preventiv effekt. Totalt vil dermed den løsning Dolphin-dommen oppstiller ikke virke preventivt overfor den illojale arbeidsgiver.

Arbeidsmiljøloven er en vernelov, hvis formål er å verne arbeidstaker som den presumptivt svakere part. Stillingsvernsreglene må sies å være blant kjernerettighetene, og et område hvor det særlig er viktig å motvirke misbruk av arbeidsgivers styringsrett.

Det følger også av lovens formålsbestemmelse at lovens målsetting er å sikre trygge tilsettingsvilkår, jf. §1 nr.2. Det er en viktig forutsetning for stillingsvernsreglenes effektivitet, at bestemmelsene ikke økonomisk innbyr til omgåelse. En rettslig prøving av en urettmessig avskjed innebærer en risiko for store saksomkostninger, samtidig som det er svært personlig ressurskrevende. Mange saker bringes derfor ikke inn til rettslig prøving. Dersom en urettmessig avskjed ikke bringes inn for domstolen, vil arbeidsgiver oppnå å unngå å betale lønn både i oppsigelsestid og eventuell etterfølgende periode hvor arbeidstaker kunne stått i stillingen. Det kan dermed være mye å tjene på å gi urettmessig avskjed istedenfor oppsigelse, hvis saken ikke prøves. For arbeidstaker er imidlertid følgene av feilvurderingen store. Av den grunn er det viktig at det foreligger en latent økonomisk risiko som er såpass stort, at arbeidsgiver avskrekkes fra å ta sjansene på at arbeidstaker ikke bringer saken inn for retten. Tiden fram til dom kan være lang, og dersom det ikke tas med i vurderingen om arbeidsgiver kunne fått kjennelse for fratreden, vil erstatningssummen i mange tilfeller øke betraktelig. Den latente økonomiske risiko dersom arbeidstaker reiser sak, vil da kunne være så stor at arbeidsgiver ikke ser seg tjent med å satse på at saken ikke prøves. Retten til å fortsette i stillingen vil derigjennom effektiviseres, og da også arbeidstakers stillingsvern. Slik jeg ser det, er den latente økonomiske risiko for erstatningsansvar såpass liten ved bruk av løsningen i Dolphin-dommen, at det ikke er egnet til å avskrekke arbeidsgiver fra å omgå retten til å stå i stilling. Hensynet til prevensjon taler derfor sterkt for at det i påregnelighetsvurderingen ikke tas hensyn til hvorvidt arbeidsgiver kunne krevd fratreden.

Det kan argumenteres med at arbeidsgiver er den part som er nærmest til å bære risikoen for usikkerheten knyttet til hvorvidt arbeidstaker ville fratrudd. Det kan hevdes at arbeidsgiver ved sin fremgangsmåte selv har valgt bort muligheten for at arbeidsgiver kunne fått kjennelse for fratreden.<sup>116</sup> Etter mønster av den regel forarbeidene oppstiller for ”annen inntekt,” jf. kap.7.1.3, kan det legges til grunn at også feil reaksjon skal komme arbeidstaker til gode, slik at det ses bort fra arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden. Risikomomentet taler for at arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden ikke tas med i beregningen av påregnelig inntektstap.

---

<sup>116</sup> Evju (1980) s.342flg. argumenterer for denne løsningen

Erstatningsansvar ved urettmessig avskjed, er ikke betinget av skyld, jf. Rt.1996.1401. Skyld vil likevel kunne være et moment i påregnelighetsvurderingen. Dette slår Høyesterett fast i Rt.2001.501 (Tollpost-Globe). Saken gjaldt krav mot en fagforening fra en ikke-streikende bedrift. Bedriften hadde foretatt tiltak for å minimere skadevirkningene av streik hos kontraktspart. Spørsmålet var om bedriften utførte streikebryteri, slik at blokaden var lovlig. Det fant retten at den ikke var. Det neste spørsmålet var da omfanget av erstatningskravet. Høyesterett uttalte bl.a.: ”*Realiteten i spørsmålet er et adekvans-spørsmål - hvor langt kan erstatningsansvaret strekkes. Dersom det legges til grunn at adekvansvurderingen influeres av skyldgraden hos skadevolder, må det i nærværende sammenheng fastholdes at det er tale om handlinger som iverksettes med forsett; en boikott-aksjon iverksettes « med vitende og vilje »; et moment som isolert sett trekker i retning av en noe videre ramme for hvilke følger som må ansees adekvate, enn hvor skaden er voldt ved (simpel) uaktsomhet.* » Når arbeidsgiver gir avskjed, er det en høyst forsettelig handling, på lik linje med boikott. At det i ettertid viser seg at handlingen ikke var rettmessig, må arbeidsgiver bære risikoen for, jf. synspunktet i Tollpost-Globe. Arbeidsgiver kan sies å ha tatt en ”kalkulert risiko”. Arbeidsgiver må også vite at det sannsynligvis vil medføre økonomisk tap for arbeidstaker å bli avskjediget. I dommen uttrykkes at det vil være naturlig at adekvanskravet strekker seg lengre avhengig av skyldgrad. Når det gjelder urettmessig avskjed, vil momentet benyttes i en form for ”omvendt adekvansbetraktning”. Poenget i Tollpost-Globe er at når handlingen er utført forsettlig, tilsier det at skadevolder må påregne at flere usikre ledd i vurderingen av det hypotetiske hendelsesforløp tas med i vurderingen av erstatningens omfang. Når det gjelder tapte lønnsinntekter ved urettmessig avskjed, er poenget at arbeidsgivers skyld kan være et argument for at det skal tas med *færre* usikre ledd i det hypotetiske hendelsesforløp. Den usikkerhet som råder ved om unntaket, som gir arbeidsgiver mulighet til å kreve fratreden, ville kommet til anvendelse i det hypotetiske hendelsesforløp, tas således *ikke* med ved fastsettelsen av tapte lønnsinntekter. På denne måten benyttes skyldmomentet i denne drøftelsen omvendt enn i adekvansvurderingen i Tollpost-Globe. Likevel mener jeg at det synspunktet som kommer til uttrykk i Tollpost-Globe også kan anvendes ved en slik ”omvendt” adekvansvurdering som det her legges opp til. De hensyn som gjør seg gjeldende er de samme enten det dreier seg om hvorvidt en skadefølge skal regnes med eller det skal ses bort i fra en ”fordel” i hendelsesforløpet, jf. innledningsvis kap.7.3.2.

Det melder seg enkelte motargumenter mot at arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden ikke tas med i vurderingen av påregnelig inntektstap. Det kan argumenteres med at en arbeidstaker som tangerer grensen til grunnlag for avskjed vil stilles økonomisk vesentlig bedre enn en oppsagt arbeidstaker med svakt oppsigelsesgrunnlag, fordi arbeidsgiver har subsumert forholdet under feil bestemmelse. Det kan således medføre at arbeidstakere som urettmessig har blitt avskjediget, men hvor oppsigelsesgrunnlaget ligger i grensen mellom oppsigelse og avskjed, i mange tilfeller vil stilles bedre enn en oppsagt arbeidstaker som har et svakere, men klart oppsigelsesgrunnlag. Arbeidstaker har gjort seg skyldig i forhold som gir grunnlag for oppsigelse, og har således også opptrådt klanderverdig. Dersom arbeidsgiver lojalt har forsøkt å etterfølge arbeidsmiljølovens regler, vil det være i tilfeller hvor oppsigelsesgrunnlaget er særlig sterkt at det kan bli tale om å legge til grunn at den lojale arbeidsgiver har foretatt en feilvurdering. Dette kan nok i konkrete tilfeller fremstå som urimelig, tatt i betraktning at arbeidstakers rett til å stå i stillingen mer er en formell enn en reell hovedregel. Det må tas høyde for at grensen mellom avskjed og oppsigelse er skjønnsmessig, og rettens beslutning om avskjed eller oppsigelse er avsagt under tvil. Dersom retten i tvilstilfelle faller ned på at avskjeden bør opprettholdes som oppsigelse, men at oppsigelse vil medføre en urimelig tung erstatningsbyrde for arbeidsgiver, kan det endog tenkes at retten istedenfor stadfester avskjeden. Disse uheldige konsekvensene taler for å ta hensyn til arbeidsgivers mulighet til å kreve fratreden.

Et argument som taler for å ta med arbeidsgivers mulighet for å kreve fratreden, er det alternative hendelsesforløps nærhet. I denne oppgaven er det lagt til grunn at det langt i fra alltid er slik at arbeidstaker fortsetter i stillingen under søksmål om oppsigelse. I en del tilfeller kan det derfor fremstå som urimelig at arbeidsgiver ubetinget skal bære risikoen for feil valg av reaksjon. Noe vekt kan nok dette argumentet ha, grensen mellom avskjed og oppsigelse kan være tvilsom og vanskelig. Jeg finner likevel at det ikke kan være avgjørende, da det er tale om en unntaksregel i disfavør av skadelidte for en forsettelig utført erstatningsbetingede handling fra den presumptivt sterkere part.

Etter mitt skjønn krever hensynet til prevensjon at retten i tilfeller der arbeidsgiver enten har latt være å sjekke reglene, eller bevisst har omgått dem, må arbeidsgiver bære risikoen for usikkerheten vedrørende arbeidstakers rett til å stå i stillingen. Dette

innebærer at lovens hovedregel om rett til å stå i stillingen tas med i vurderingen av påregnelig inntektstap i erstatningsutmålingen. Arbeidsgivers mulighet for å kreve fratreden tas ikke med i beregningen. På den annen side har jeg vist at dette utgangspunktet kan ha uheldige konsekvenser, og kan virke urimelig overfor den aktsomme og lojale arbeidsgiver. Ut i fra disse betraktningene kan det dermed være uheldig om regelen skulle gjelde absolutt. Spørsmålet er da om de uheldige virkningene av denne løsningen kan avhjelpes ved å modifisere utgangspunktet.

Det kan være en løsning at det i erstatningsutmålingen skilles mellom tilfeller hvor det foreligger feilvurdering, og der det foreligger omgåelse. I den grad det ikke foreligger omgåelse, kan det være naturlig at også arbeidsgivers mulighet for å kreve fratreden tas med i beregningen. Feilvurderingen i seg selv kan likevel medføre oppreisningsansvar. I tilfeller der arbeidsgiver ikke har forsøkt å følge opp arbeidsmiljølovens regler lojalt, og det endog foreligger bevisst omgåelse, bør arbeidsgiver bære risikoen for de usikkerhetsmomenter knyttet til hvorvidt arbeidsgiver ville krevd fratreden, og i så fall fått medhold. Erstatningsutmålingen baserer seg da på lovens hovedregel om arbeidstakers rett til å stå i stilling. Etter min mening er det en rimelig løsning at den erstatningen arbeidsgiver ilegges, har sammenheng med den regel arbeidsgiver antas å omgå, nemlig retten til å stå i stilling. Det vil igjen harmonere med at §66 nr.3 gir grunnlag for å stå i stillingen ved avskjed dersom det foreligger omgåelse, jf. kap.4.2.2.

Det kan selvfølgelig forekomme tilfeller hvor en slik løsning etter en konkret vurdering fremstår som sterkt urimelig. Retten må da kunne skjønnsmessig justere dette utgangspunktet. Et eksempel kan være hvor arbeidstaker har gjort det som står i sin kraft for å fremprovosere en urettmessig avskjed, i den hensikt å oppnå en slik erstatning. Et annet eksempel er der arbeidstaker beviselig ikke ville kunne stått i stillingen på grunn av egne forhold, som er en forutsetning for å ha rett til å stå i stilling, eksempelvis ved uførhet. Det kan videre være aktuelt med justering på grunn av virksomhetens økonomi. F.eks. hvis at erstatningsbyrden vil innebære en så stor belastning at det hemmer driften og derav går utover øvrige arbeidstakere. En annen tenkelig modifisering, kan være dersom saken har versert over svært lang tid. Foreligger det særlige omstendigheter som etter en konkret rimelighetsvurdering gjør resultatet svært urimelig, antar jeg at retten bør ha mulighet til å korrigere erstatningsbeløpet.

Etter mitt syn, bør erstatningsutmålingen ha sammenheng med arbeidsgivers opptreden. Ved omgåelse må arbeidsgiver som hovedregel regne med å betale lønn fram til endelig dom, slik at valg av fremgangsmåte medfører at muligheten for at arbeidsgiver kunne fått kjennelse for fratreden, anses tapt. Dette utgangspunktet kan det likevel gjøres unntak fra i snevre tilfeller av konkret urimelighet. Der det ikke foreligger omgåelse, legges løsningen i Dolphin-dommen til grunn, slik at retten foretar en vurdering av om arbeidsgiver kunne fått medhold i krav om fratreden etter aml. §61 nr.4. I begge tilfeller vil det være rom for oppreisningsutmåling tilsvarende den praksis som foreligger i dag, eventuelt slik at nivået kan heves noe.

### 7.3.2.3 Bevisbyrde

Problemet med å anvende den løsning som er skisser ovenfor, er at det er vanskelig å bevise at det foreligger omgåelse. Det er normalt tilnærmet håpløst for en arbeidstaker å bevise omgåelse så lenge ikke også oppsigelsesgrunnlaget svikter og avviket er markant, sammenlign kap.4.2.2 om rett til å stå i stilling i avskjedstilfeller, jf. §66 nr.3. Problemet er nettopp at arbeidsgiver særlig kan dra nytte av å spekulere i å gi avskjed når oppsigelsesgrunnlaget er sterkt. Det er liten hjelp i å utforme et sanksjonssystem som materielt sett vil kunne virke preventivt og avskrekkende, hvis arbeidstaker ikke klarer å bevise at det er skjedd en omgåelse. Spørsmålet er da om bevisbyrden bør endres for å effektivisere arbeidstakers vern mot omgåelse ved urettmessig bruk av avskjed.

Tilsvarende bevisproblemer gjelder ved diskriminering av arbeidstakere. Også her vil arbeidsgivers vurderinger være sammensatte og subjektive. Faktum kan være vanskelig tilgjengelig fordi det er uklart eller uoversiktlig. Arbeidsgiver kan ønske å skjule sine motiver, eller er dem ikke bevisst.<sup>117</sup> Det anses svært vanskelig å føre bevis for at arbeidsgiver faktisk har diskriminert arbeidstakeren i strid med loven. Det har derfor vært vanskelig å reagere mot brudd på diskrimineringsforbudet. For effektivt å kunne sanksjonere brudd, har lovgiver etter mønster fra EF-retten<sup>118</sup> innført ”delt bevisbyrde”,

---

<sup>117</sup> Vigerust, s.257-258

<sup>118</sup> Bevisbyrdedirektivet 97/80/EF



jf. aml.§55A og kap.XA i arbeidsmiljøloven; §54I.<sup>119</sup> Kort fortalt legges det opp til en to-leddet prosess. For det første må arbeidstaker fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det kan ha funnet sted forskjellsbehandling. Når slike ytre objektive omstendigheter foreligger, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted lovstridig forskjellsbehandling. Følgen av at arbeidsgiver ikke klarer å sannsynliggjøre at det ikke foreligger lovstridig forskjellsbehandling, er oppreisning og erstatning for økonomisk tap, jf. aml.§54J.

Overført til tilfeller der avskjed opprettholdes som oppsigelse, vil selve det at avskjeden er urettmessig være en ytre omstendighet som gir grunn til å tro at det kan ha forekommet omgåelse. Hvis arbeidsgiver pålegges bevisbyrden for at urettmessig avskjed som retten opprettholder som oppsigelse, ikke er en omgåelse av retten til å stå i stilling, vil altså arbeidsgiver automatisk ha bevisbyrden for at avskjeden ikke var gitt i omgåelseshensikt. Det blir i så måte tale om en omvendt bevisbyrde. De samme hensyn vil imidlertid gjøre seg gjeldende som ved delt bevisbyrde ved diskriminering.

I forarbeidene til §54I legges til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for at det ikke foreligger diskriminering.<sup>120</sup> Jeg antar at det også i forhold til omgåelse vil være rimelig at dersom arbeidsgiver klarer å gjøre det mer sannsynlig at det ikke foreligger omgåelse enn at det gjør det, så bør det legges til grunn at arbeidsgiver ikke har omgått reglene. Reglene om delt bevisbyrde må forstås slik at dersom det fremdeles er tvil når alle bevis er ført, skal arbeidsgiver ha tvilsrisikoen.<sup>121</sup>

Bruk av delt- eller omvendt bevisbyrde benyttes etter hvert i flere sammenhenger. Det har vært reist spørsmål om dette er i strid med menneskerettighetene og kravet til rettferdig rettergang.<sup>122</sup> Njål Høstmælingen<sup>123</sup> angir at *"Retten til å forholde seg taus innebærer ikke at myndighetene er pålagt å avstå fra å bygge på tausheten i avgjørelsen av saken....Her kan det trekkes tråder til særlige regler om omvendt bevisbyrde, som også er akseptert som utgangspunkt av EMD. Bevisføring reiser en rekke problemstillinger i forhold til det overordnede kravet om rettferdig rettergang, men*

---

<sup>119</sup> Tilsvarende bestemmelse finnes i likestillingsloven §16, husleieloven §1-8, eierseksjonsloven §3a og ny buretslov §1-5.

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.104(2002-2003)s.49

<sup>121</sup> Sammenlign Vigerust,s.261

<sup>122</sup> Erik Gjems-Onstad, Juristkontakt 3/2004

<sup>123</sup> Høstmælingen,s.195

*EMD vil være forsiktig med å prøve dette i for streng grad siden den ikke ønsker å ende opp som et fjerdeinstansorgan.”* Eventuell problematikk i forhold til kravet til rettferdig rettergang vil gjelde for bruk av delt/omvendt bevisbyrde generelt. Så vidt jeg kan se foreligger ingen data som peker i retning av at bruk av omvendt bevisbyrde er problematisk i sivile saker. Jeg avgrenser oppgaven mot å behandle denne problematikken. I denne sammenheng konstateres at EF-retten og egen lovgiver i økende grad gjør bruk av bevisbyrde som middel for å effektivisere verneregler, som ellers vanskelig vil kunne gjøres gjeldende. Jeg forutsetter dermed at bruk av omvendt bevisbyrde ikke innebærer brudd på menneskerettighetskravet til rettferdig rettergang.

Den ulovfestede hovedregelen i norsk rett, er at den skadelidte har tvilsrisikoen og delt/omvendt bevisbyrde krever særskilt begrunnelse.<sup>124</sup> Det bærende hensyn for innføring av delt bevisbyrde i §54I, er effektivisering av vernet mot diskriminering. Ved å tvinge arbeidsgiver til å redegjøre for de momenter som ligger til grunn for sine vurderinger, gjør bevisbyrden det vanskeligere å skjule omgåelse. Arbeidsgiver vil være den av partene som har mulighet til, og fordel av, å spekulere i bevisusikkerhet. Arbeidsgiver kan klart tjene på at bevissituasjonen er uklar,<sup>125</sup> slik at arbeidstaker ikke klarer å bevise omgåelse. Det er fremhevet i forarbeidene til §54I, at arbeidsgiver er nærmest til å fremskaffe de nødvendige opplysninger, da det er: *”arbeidsgiver som sitter inne med opplysninger og kunnskap om hva som faktisk er skjedd og hva som har vært avgjørende”*.<sup>126</sup>

Et eksempel på at lovgiver har vektlagt bevishensynet og innført omvendt bevisbyrde, er forfølgingsretten i viltloven<sup>127</sup> §34. Bestemmelsen gir den som av *”lovlig grunn sårer storvilt, har rett til å forfølge og tilegne seg dyret også på grunn der en annen enn jegeren har jaktretten... Jegeren har bevisbyrden for lovlig forfølgning.”* Et annet eksempel er tvangsfullbyrdelsesloven §7-13, om formuesgoder som er i sambesittelse mellom saksøkte og andre. I utgangspunktet skal utleggstaker sannsynliggjøre at saksøkte er eier av formuesgodet. Tvfb. §7-13 2.ledd presumerer imidlertid at saksøkte er eier av formuesgodet, *”dersom det ikke sannsynliggjøres at en annen helt eller delvis er eier”*.<sup>128</sup>

I oppsigelses- og avskjedssaker er det arbeidsgiver som normalt både har adgang til, og oppfordring til å kjenne og dokumentere grunnlaget for valget av avskjed. Arbeidsgiver

---

<sup>124</sup> Nygaard, ”Plassering av tvilsrisikoen for hypotetisk årsak,”LoR 2000s.515.

<sup>125</sup> Hov, Rettergang I,s.268

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.104(2002-2003)s.49

<sup>127</sup> Lov 1981-05-29 nr.38

<sup>128</sup> Skoghøy,s.678

er nærmest til å fremskaffe nødvendige opplysninger om de vurderinger som er foretatt. At den part som kan klandres for at årsaksforholdet er uklart pålegges tvilsrisikoen, er et tradisjonelt moment.<sup>129</sup> Momentet kan komme til anvendelse der arbeidsgiver ikke har dokumentert grunnlag for avskjed. Dette er en side ved det såkalte bevishensynet som generelt er fremhevet i teori<sup>130</sup> og praksis<sup>131</sup> som moment i vurdering om det skal benyttes omvendt bevisbyrde. Bevishensynet favner imidlertid videre enn til hvem som har best tilgang til opplysningene. Skoghøy angir bevishensynet slik: ” *dersom den ene parten har hatt mulighet og oppfordring til å sikre bevis for en faktisk omstendighet, mens den andre part ikke har hatt tilsvarende mulighet eller oppfordring, må bevistvil gå utover den part som kunne og burde sikret beviset*”.<sup>132</sup> Dette er i noen grad et oppdragende moment.<sup>133</sup> Arbeidsgiver skal være seg bevisst de prosedyrer og motiver som benyttes. Det foreligger allerede en undersøkelsesplikt ved drøftelsesplikten i aml.§57. Arbeidsgiver har dermed all oppfordring til å sjekke de faktiske omstendigheter. Omvendt bevisbyrde vil på denne måten kunne bidra til å effektivisere drøftelsesplikten i §57. Videre medfører bevissikringsmomentet at dersom skadevolder burde ha sikret seg kunnskap eller opplysning om de faktiske forhold, bør denne ha tvilsrisikoen. Arbeidstaker vil i liten, eller ingen, grad kunne fremskaffe bevis på arbeidsgivers motivasjon ved valg av avskjed. Riktignok gir §57 arbeidstaker mulighet for å kreve begrunnelse for avskjeden. Dersom det foreligger omgåelse, vil det neppe fremgå av begrunnelsen. Bevissikringshensynet tilsier at dersom skadelidte vil ha vanskeligheter med å få tak i bevismateriale som skadevolder har nærmest tilgang til, er dette et moment som taler for å tillegge skadevolder bevisbyrden. Hensikten med omvendt bevisbyrde, er å tvinge arbeidsgiver til å ta begrunnede valg på en ryddig måte.<sup>134</sup> Bevissikringshensynets adferdsregulerende intensjon tilsier at arbeidsgiver skal pålegges tvilsrisikoen.<sup>135</sup>

---

<sup>129</sup> Nygaard,op.cit. Hensynet er kommet til uttrykk i flere Høyesterettsavgjørelser, f.eks. Rt.1998.244

<sup>130</sup> F.eks. Nygaard, op.cit., Michelsen,s.225, Skoghøy,s.688

<sup>131</sup> F.eks. Rt.1976.239,Rt.1980.1299,Rt.1990.688

<sup>132</sup> Skoghøy,s.688

<sup>133</sup> Michelsen,s.225

<sup>134</sup> Vigerust,s.257-258

<sup>135</sup> Rt.1972.1350

Arbeidsgiver har etter gjeldende rett bevisrisikoen for at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for avskjed. Å pålegge arbeidsgiver tvilsrisikoen i erstatningsutmålingen, vil kunne underbygge krav til dokumentasjon og prosess. Slik situasjonen er i dag, er følgen av feilvurderingen at avskjeden opprettholdes som oppsigelse, mens arbeidsgiver pålegges erstatningsansvar. Det vil gi arbeidsgiver en oppfordring til å sikre rett grunnlag for sin beslutning, dersom dette kan påvirke erstatningsutmålingen. På den måten vil det å pålegge arbeidsgiver bevisbyrden i erstatningsutmålingen bidra til å effektivisere arbeidstakers vern mot urettmessig avskjed, og derigjennom arbeidstakers rett til å stå i stillingen.

Det kan innvendes at det også for arbeidsgiver kan være vanskelig å motbevise omgåelse, siden vurderingene er skjønnsmessige og subjektive. Selv om det kan by på problemer for arbeidsgiver å bevise egne subjektive motiver, vil dette være mye vanskeligere for arbeidstaker. Det er mulig at en regel om omvendt bevisbyrde vil kunne føre til at det avsies uriktige avgjørelser fordi arbeidsgiver ikke klarer å motbevise omgåelse. Vanskeligheter med å begrunne den skjønnsmessige avgjørelsen må da veies mot hensynet til reglens effektivitet.<sup>136</sup> Arbeidsgiver kan nok oppleve det som ubehagelig at det legges til grunn omgåelse. En urettmessig avskjed kan imidlertid innebære en personlig tragedie for den enkelte arbeidstaker, både økonomisk og personlig. Også offentlige interesser tilsier at dette hensynet tillegges vekt, idet utgifter i noen grad transporteres fra arbeidsgiver til det offentlige. Riktignok kan dagpenger tilbakeføres til det offentlige, dersom arbeidstaker får sitt krav erstattet, jf. kap.7.1.5. Slik tilbakeføring krever imidlertid at arbeidstaker tar ut søksmål, hvilket langt fra er hovedregelen. Veid mot hverandre finner jeg at både hensynet til effektivitet og prevensjon, veier tyngre enn at arbeidsgiver urettmessig kan oppleve at det legges til grunn omgåelse. Arbeidsgiver er nærmest til å bære risikoen for den feilvurdering som er tatt når det ikke kan fremvises forhold som kan motbevise omgåelse.

Domstolen har i noen sammenhenger tatt hensyn til at dom vil tillegge en part forsømmelige forhold. Dette momentet er særlig benyttet for å kreve høyere grad av sannsynlighet enn 50 % for å anse et bestemt faktum bevist. I Rt.1999.1363 (Karmøysaken), fant retten at dersom det skulle idømmes erstatningsansvar for en drapshandling vedkommende i straffesaken var frifunnet for, ville det kreve klar

---

<sup>136</sup> Vigerust,s.276

sannsynlighetsovervekt. Et annet eksempel er Rt.1995.1641 (Torson-dommen). Saken gjaldt spørsmål om skadelidte i et forsikringsoppgjør selv hadde fremkalt skaden forsettelig. I den grad skadelidte uriktig ble tillagt forsettelig fremkallelse av skade, ville vedkommende ikke bare risikere tap av forsikringspenger, men også tiltale for forsikringsbedrageri.<sup>137</sup> I dommen fremheves at det bør kreves solide bevis for å tillegge en person straffbare eller sterkt klanderverdige forhold. Skoghøy<sup>138</sup> anser dette for å være et alminnelig prinsipp. Etter min mening er det en forskjell mellom å tillegge en frifunnet i en drapssak erstatningsansvar for handlingen, eller å tillegge en forsikringstaker straffbar forsikringsvindel, enn å tillegge en arbeidsgiver omgåelseshensikt ved valg mellom avskjed og oppsigelse.

Dersom uriktig utfall vil ha vesentlig større konsekvenser for en part enn for en annen, kan det være et moment for at denne ikke skal ha tvilsrisikoen. Etter min mening har dette momentet ikke så tung vekt i denne sammenhengen. Tvilsrisikoen vil kunne avgjøre utgangspunktet for erstatningsutmålingen av tapte lønnsinntekter, men vil ikke frata eller gi noen part fundamentale rettsgoder. Uriktig utfall vil for begge parter ha betydning for størrelsen på erstatningsutmålingen. Det er ikke tale om graverende konsekvenser som umyndiggjøring, frakjennelse av farskap og lignende,<sup>139</sup> som dette argumentet tradisjonelt er benyttet ved.

I noen sammenhenger vil arbeidsgiver kunne fremvise gode grunner for feil valg av reaksjon. Slik feilvurdering vil f.eks. kunne forekomme hvor arbeidsgiver kan godtgjøre at det er gjort det som kan kreves for å få faktum brakt på det rene, men retten legger en annen forståelse til grunn. Dette kan f.eks. forekomme når faktum er komplisert og det ikke bare er én måte å oppfatte saksforholdet på. Arbeidsgiver vil i en slik situasjon være henvist til å bevise at det er gjort det som med rimelighet kan forventes for å få frem riktig saksforhold. I enkelte tilfeller er det ikke mulig å få absolutt forståelse av et faktum. Det vil være et sentralt moment hva arbeidsgiver kunne gjort for å forhindre feil beslutning. Hvis arbeidsgiver kan godtgjøre at det er opptrådt på en aktsom og lojal måte, vil det ikke foreligge omgåelse. Hvis arbeidstaker bevisst har unnlatt å oppklare feil vurderingsgrunnlag, så kan det sannsynliggjøre at arbeidsgiver ikke har forsøkt å omgå reglene.

---

<sup>137</sup> Hov, Rettergang I,s.267

<sup>138</sup> Skoghøy,s.686

<sup>139</sup> Michelsen,s.224

Det kan innvendes mot bruk av bevisbyrde som virkemiddel at bevisbyrdereglene jevnt over ikke påvirker folks oppførsel, bl.a. på grunn av manglende kunnskap om dem. Det kan reises spørsmål ved i hvilken grad det kan påvirke folks adferd at bevisbyrden snus når kravet er sannsynlighetsovervekt. Hov uttrykker skepsis til bevisbyrderegler som adferdsregulerende, og sier at *"bevisbyrdereglene er et av de minste tannhjulene i hele rettssystemet"*.<sup>140</sup> Når det gjelder denne oppgavens tema, tror jeg ikke at omvendt bevisbyrde vil ha liten effekt. Problemet her er nettopp at det er svært vanskelig å bevise subjektiv hensikt, og det lett kan oppstå en situasjon med "ord mot ord". Det er grunn til å tro at en potensiell større erstatningsbyrde vil påvirke en arbeidsgiver som skal foreta en rettslig avgjørelse om det skal gis avskjed eller oppsigelse.

Sammenfatningsvis antar jeg at en regel om omvendt bevisbyrde i utmålingen av erstatningen der avskjed opprettholdes som oppsigelse, er en forutsetning for å ha et skille mellom tilfeller av omgåelse og feilvurdering. Dette skillet mener jeg har de beste grunner for seg. Det er særlig den preventive effekten som er tungtveiende, jf. lovens målsetting om å sikre trygge tilsetningsvilkår, jf. aml.§1 nr.2. Arbeidsgiver er nærmest til å kjenne sine subjektive vurderinger og til å dokumentere underveis i prosessen. Selv om det kan oppleves stigmatiserende for arbeidsgiver at retten presumerer omgåelse i erstatningsoppgjøret, kan jeg ikke se at dette hensyn er såpass tungtveiende at det kan undergrave de heldige effekter av omvendt bevisbyrde. Hovedformålet med å benytte omvendt bevisbyrde der retten opprettholder urettmessig avskjed som oppsigelse, er å effektivisere retten til å stå i stilling ved oppsigelse. Omvendt bevisbyrde vil ha innvirkning på øvrige regelsett som skal bidra til å forhindre urettmessig avskjed. For det første kan det medføre en effektivisering av drøftelsesplikten i aml.§57, og eventuelt bidra til at arbeidsgiver foretar ytterligere kontroll av faktum. Arbeidsgiver får også en sterkere oppfordring til å sette seg inn i det juridiske regelverk om oppsigelse og avskjed. Selv om arbeidsgiver har bevisbyrden for avskjedens rettmessighet, og av den grunn har en oppfordring til å sette seg inn i det juridiske skillet, innebærer en feilvurdering per i dag ikke særlig økonomisk risiko. Med denne løsningen vil dette endres. Et skille i erstatningsoppgjøret med omvendt bevisbyrde kan dermed gi større realitet i arbeidsgivers risiko for urettmessig bruk av avskjed. Dersom regelen medfører at urettmessig avskjed unngås i større grad, vil dette også være samfunnsøkonomisk

---

<sup>140</sup> Hov, Rettergang I,s.268

nyttig. Det er i noen grad det offentlige som bærer den økonomiske byrden ved at arbeidstaker fratras sin inntekt umiddelbart, de vansker det kan medføre å skaffe nytt arbeid, samt eventuelle tilleggsbelastninger på offentlige ytelser som lege- og psykologtjenester. En slik regel vil også være mer fleksibel enn en at arbeidstaker automatisk tilkjennes lønn fram til dom. Nå gis arbeidsgiver mulighet til å motbevise omgåelse, slik at fratredelsesmuligheten kan utgjøre en del av erstatningsberegningen. Arbeidsgiver "tvinges" på denne måten til å ha et bevisst forhold til grunnlaget for, og prosessen ved, avskjed. Saksbehandlingen må foregå på en måte som medfører at arbeidsgiveren kan dokumentere at de relevante hensyn er ivaretatt.<sup>141</sup>

Ut fra ovenstående antar jeg at en presumsjonsregel med omvendt bevisbyrde kan være et nyttig bidrag for å effektivisere retten til å stå i stilling for arbeidstaker.

## 8 Straff

Urettmessig avskjed er i utgangspunktet brudd på en individuell, privatrettslig avtaleforpliktelse. Normalt sanksjoneres kontraktsbrudd sivilrettslig, og da særlig gjennom erstatning. Som gjennomgått ovenfor foreligger det da også mulighet for erstatning og oppreisning som følge av kontraktsbrudd når arbeidsgiver urettmessig benytter avskjed. I tillegg til de sivilrettslige sanksjoner, kan arbeidsgiver idømmes bøtestraff for rettsstridig å gi arbeidstaker avskjed i medhold av strl.§410. Da strl.§410 ble vedtatt i 1902 var den arbeidsrettslige situasjon noe annerledes enn i dag.

Alminnelig oppsigelsesvern ble først innført i 1936 med arbeidervernloven. Bare kort tid før denne loven slo Høyesterett fast i Rt.1935.467 at "*..i et arbeidsforhold kan etter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si opp folk fra sitt arbeide etter eget skjønn og godtykke med lovlig frist uten at behøve at angi eller påvise noget forsvarlig grunnlag eller nogen grunn overhodet – og uten at være underkastet domstolens kritikk*". I dag er situasjonen radikalt endret, og arbeidsmiljølovens oppsigelsesvernregler søker å sikre arbeidstaker mot usaklig oppsigelse og urettmessig avskjed gjennom materielle krav til opphørsgrunnlaget, saksbehandlingsregler, rett til å fortsette i stilling under sak og

---

<sup>141</sup> Vigerust,s.280

erstatning. Spørsmålet er om det også kan være behov for og praktisk mulighet for en egen straffebestemmelse i tillegg.

Per i dag må strl.§410 betraktes som en ”sovende” bestemmelse. En liten ringerunde til representanter for arbeidsgivere, arbeidstakere og domstolene viste at bestemmelsen lever en svært så anonym tilværelse. Kildene til bestemmelsen er få og lite utfyllende. Det foreligger så vidt jeg kan se ingen rettsavgjørelser om bestemmelsen. I NOU 1983:57 ”Straffelovgivningen under utforming” pkt.4.7.10 uttales at *”Straffelovens § 410 og § 412...Hvilken praktisk betydning og hvilket nærmere innhold disse bestemmelsene har, er usikkert. De har sjelden vært anvendt i saker for domstolene. Det utelukker selvsagt ikke at de har en preventiv virkning.”* Mitt utgangspunkt vil være å vurdere om denne bestemmelsen bør tas i bruk for å effektivisere retten til å stå i stilling. Når bestemmelsen ikke benyttes, er det grunn til å se nærmere på årsaken til det. Dette vil innebære en gjennomgang av regelens materielle innhold, men også prosessuelle problemstillinger melder seg.

En interessant diskusjon er hvorvidt urettmessig avskjed er en type lovovertrødelse som bør være belagt med straff, ut i fra det totale straffeomfang i samfunnet. Innenfor rammene av denne oppgaven lar det seg ikke gjøre å behandle et såpass omfattende tema. Når jeg vurderer straffelegging av rettsstridig avskjed, er det med fokus på effektivisering av stillingsvernet i arbeidsretten. Analysen begrenser seg derfor til å vurdere hvor egnet denne bestemmelsen er til å fremme dette formålet.

Strl.§410 har også en funksjon hvor arbeidsgiver urettmessig nekter arbeidstaker tilgang på arbeidsplassen. Det er aktuelt i forbindelse med rett til arbeid i oppsigelsestiden eller ved rett til å fortsette i stillingen. Jeg vil ikke forfølge den problemstillingen videre.

Jeg vil i det følgende gi en oversikt over de materielle vilkårene i straffeloven §410. Deretter vil jeg si noe om eventuell straffefølge. Videre vil prosessuelle problemstillinger gjennomgås. Avslutningsvis vil jeg oppsummere og vurdere hvorvidt bestemmelsen kan og bør benyttes, og eventuelle endringer som bør foretas.



## 8.1 Materiell vurdering

Jeg vil i kap.8.1.1.1 ta for meg forholdet mellom strl.§410 og aml.§85, som begge pålegger arbeidsgiver straffeansvar for brudd på arbeidsmiljøloven. I kap.8.1.1.2 flg. gjennomgås de objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene i strl.§410. I kap.8.1.1.3 behandles faktisk og rettslig villfarelse, og i kap.8.1.1.4 ser jeg nærmere på straffefølgen av brudd på strl.§410.

### 8.1.1 Aml.§85 – strl.§410

Aml.§85 gir hjemmel for å straffelegge *”innehaver av virksomhet, arbeidsgiver og den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”* for overtredelse av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Straffelovens §410 hjemler bøtestraff for arbeidsgiver som gir urettmessig avskjed. Spørsmålet her er om urettmessig avskjed er straffbart etter begge bestemmelsene.

Aml.§85 4.ledd unntar *”reglene i kap XII om oppsigelsesvern”* fra bestemmelsens virkeområde. Ordlyden kan lede til tolkningstvil om hvorvidt hele kap.XII unntas, eventuelt hvilke bestemmelser som gjelder *”oppsigelsesvern”*. Tolkningen vil ha betydning for om avskjedsreglene omfattes av arbeidsgivers straffeansvar etter arbeidsmiljøloven. I Ot.prp.nr.3 (1975-76) s.122 uttales at *”unntaket i fjerde ledd må ses i sammenheng med straffelovens bestemmelser som rammer rettsstridige oppsigelser m.v. fra arbeidstaker eller arbeidsgivers side (lov 22.mai 1902 nr. 10 §§ 409 og 410)”*. Uttalelsene tyder på at også reglene om avskjed er unntatt, da §410 direkte gjelder urettmessig avskjed.

Høyesterett har i Rt.1990.560 uttalt at unntaket i §85 4.ledd ikke omfatter hele kapittel XII. I den aktuelle saken var spørsmålet om brudd på aml.§68 om attest falt innunder §85, hvilket retten konkluderte med at det gjorde fordi reglene om attest ikke var unntatt etter 4. ledd. I Rt.1980.598 var spørsmålet om brudd på aml.§55A, som gjelder forbud mot å kreve visse opplysninger ved ansettelse, var unntatt fra straff etter aml.§85 4.ledd. Retten konkluderte med at når det står *“om oppsigelsesvern”*, *må den naturlige lese måte være at det er denne del av kapittel XII som er unntatt ved bestemmelsen”*. Dermed kom §85 til anvendelse på forholdet. Til støtte for sin argumentasjon, viser retten til et brev fra Justisdepartementets lovavdeling til Kommunaldepartementet av 15.

september 1978. Disse to dommene konkluderer altså med at det kun er de deler av kapittel XII som omhandler oppsigelsesvern, som er unntatt fra aml.§85. Hvorvidt avskjed faller utenfor aml.§85 etter unntaket i fjerde ledd, er så vidt jeg kan se ikke prøvet. Spørsmålet blir om det er naturlig å se avskjed som en del av reglene ”om oppsigelsesvern”. De to dommene omfatter bestemmelser av en annen karakter enn oppsigelsesreglene. Avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold gir begge vern mot urettmessig opphør, og avskjed kan litt forenklet ses som en ”skjerpet” oppsigelse.<sup>142</sup> Det er således nærmere sammenheng med disse reglene enn de tilfeller rettspraksis har unntatt. Sammenhengen mellom avskjed og oppsigelse på grunn av arbeidstakers forhold, kommer særlig til uttrykk i § 66 nr. 4 hvor avskjed kan opprettholdes som oppsigelse.

I NOU 2004:5 s.472 uttales at rettspraksis har lagt en bokstavelig forståelse av §85 4.ledd til grunn. Arbeidslivslovutvalget ønsker en like vid forståelse som i dag, hvor ”ikke bare reglene som direkte omfatter vern mot oppsigelse skal være omfattet av unntaket, men at også bestemmelsene om avskjed, suspensjon, fortrinnsrett, midlertidig ansettelse og innleie skal være unntatt fra arbeidsgivers straffeansvar”. Siste setning harmonerer ikke helt med at straffeloven inneholder strafferegler i kap.41. Det foreslås ingen realitetsendringer i gjeldende rett. Forslag til ny lovtekst utelater ”kap.XII” og angir bare at oppsigelsesvernsreglene skal unntas, jf. forslaget §19-1. Ordlyden i lovforslaget rydder således ikke helt opp i den tolkningstil unntaket i §85 4. ledd gir. Det uttales at rekkevidden bør fremgå av forarbeidene.

Friberg synes å være av en annen oppfatning enn den Arbeidslivslovutvalget gir uttrykk for. På s. 945 uttales; ”det er verdt å merke seg at det kun er reglene om ’oppsigelsesvern’ i kap XII som er unntatt. Høyesterett har i kjennelse av 31.mai 1999 (Rt.1990 side 560) lagt til grunn at bestemmelsene om attest i kap XII § 68 ikke omfattes av unntaksregelen. Det samme må antagelig gjelde for bestemmelsene om avskjed, fortrinnsrett ved ny tilsetning samt reglene om arbeidsreglement. Se også Rt. 1980.598”. Også Per Arne Larsen<sup>143</sup> uttaler at unntaket i aml.§85 4.ledd ikke gjelder ”bestemmelsene om avskjed, fortrinnsrett til ny stilling, attest og arbeidsreglement”.

---

<sup>142</sup> Friberg,s.706

<sup>143</sup> Larsen,s.531

Ingen av forfatterne gir noen nærmere begrunnelse av hvorfor de anser avskjed for å falle utenfor begrepet.

Etter min oppfatning, er det naturlig å tolke ”oppsigelsesvern” slik at også avskjedsreglene omfattes. Reglene om avskjed og oppsigelse er såpass nært beslektet, og begge verner om urettmessig opphør. Slik jeg ser det gir ikke de to nevnte dommene grunnlag for å slutte at avskjed faller utenom unntaksregelen i aml.§85 4.ledd. Dommen omhandler bestemmelser som ikke verner mot urettmessig opphør av arbeidsforholdet, i motsetning til oppsigelse og avskjed. Uttalelsene i Ot.prp.nr.3 (1975-76) støtter tolkningen ved sin henvisning til strl.§410 som begrunnelse for unntaket i aml.§85 4.ledd. Også arbeidslivslovutvalgets rettsoppfatning i NOU 2004:5 harmonerer med dette syn. På denne bakgrunn finner jeg ikke å kunne legge til grunn den oppfatning som Friberg og Larsen gir uttrykk for. I denne oppgaven vil jeg derfor forstå begrepet oppsigelsesvern slik at også reglene om avskjed er unntatt fra virkeområdet til aml.§85, jf. 4.ledd, og at urettmessig avskjed kun straffesanksjoneres etter strl.§410. Den videre vurdering vil derfor basere seg på denne bestemmelsen.

Det kan reises spørsmål om strl.§410 de facto ble opphevet ved vedtakelsen av aml.§85, jf. unntaket i 4.ledd. Tatt i betraktning at Ot.prp.nr.3 (1975-76) viser til bestemmelsen som begrunnelse for å unnta reglene om oppsigelsesvern fra §85, kan ikke en slik betraktning være riktig.

Selv om jeg finner at brudd på avskjedsreglene ikke omfattes av straffebestemmelsene i aml.§85 de lege lata, er det grunn til å spørre om straff for urettmessig avskjed de lege ferenda bør følge av arbeidsmiljøloven istedenfor av straffeloven. Jeg vil forfølge den problemstillingen i kap.8.2.3.

### 8.1.2 Objektiv gjerningsbeskrivelse

Den straffbare handling er rettsstridig å gi avskjed, jf. strl.§410. Når straffeloven benytter ordet ”rettsstrid”, er den alminnelige tolkningen at det tas forbehold om at ikke alle tilfeller som objektivt sett faller inn under gjerningsbeskrivelsen omfattes. I strl.§410 er imidlertid ”rettsstridig” benyttet som et koblingsord, som viser til

arbeidsrettens regler,<sup>144</sup> og utstyrer disse med en strafferettslig reaksjon. Begrepet rettsstrid er viet stor oppmerksomhet i strafferetten. I denne sammenheng skal jeg ikke gå inn i den problemstillingen. Jeg forutsetter her at rettsstridig avskjed i straffelovens forstand er overensstemmende med ”urettmessig” i aml.§66.<sup>145</sup> Etter dette vil den objektive gjerningsbeskrivelse i strl.§410 være samsvarende med urettmessig avskjed etter aml.§66.

Etter arbeidsmiljøloven er bevisbyrden for avskjedens rettmessighet pålagt arbeidsgiver, jf. kap.1.5. I strafferetten følger det av uskyldspresumsjonen at det er anklager som har bevisbyrden for at det er begått en straffbar handling. Strl.§410 viser imidlertid tilbake til de arbeidsrettslige regler, og rent faktisk blir det således arbeidsgiver som må bevise avskjedens rettmessighet.

Den som er blitt avskjediget må være ”i tjeneste” hos arbeidsgiver.<sup>146</sup> Jeg forutsetter at begrepet omfatter de tilfeller som faller inn under avskjedsbestemmelsenes i aml.§66 sitt virkeområde, og at bestemmelsene har felles virkeområde. Det nevnes at det også her vil reise seg særlige spørsmål i forhold til innleide arbeidstakere og konsulenter. Oppgaven er avgrenset mot problematikken omkring arbeidsinnleie og selvstendige konsulenter, jf. kap.1.2 og vil ikke bli behandlet ytterligere.

### 8.1.3 Subjektivt skyldkrav

Strl.§410 inneholder ikke noe skyldkrav. Den alminnelige bestemmelsen i straffeloven §40 kommer da til anvendelse, og skyldkravet er forsett. Det følger av dekningsprinsippet at forsettet må fylle de objektive vilkårene i straffebudet. Det betyr at arbeidsgiver forsettlig må ha gitt arbeidstaker urettmessig avskjed.

Til sammenligning er skyldkravet for erstatningsansvaret etter aml.§66 nr.5 objektivt, altså ubetinget av skyld. Etter aml.§85 er det tilstrekkelig at arbeidsgiver har opptrådt

---

<sup>144</sup> NOU-1983-57

<sup>145</sup> I Karnov tas forbehold at arbeidstakers samtykke vil medføre at avskjeden ikke er rettsstridig

<sup>146</sup> Kjerschow,s.932

uaktsomt, jf. 1.ledd. Her er det en vesentlig forskjell mellom vilkårene i arbeidsmiljøloven og straffeloven §410.

At det ikke er straff for uaktsom rettsstridig avskjed er antagelig et resultat av holdningene på den tid straffelovens bestemmelse ble vedtatt. Et inngrep i arbeidsgivers styringsrett på dette området var ikke kurant. Det var kun i tilfelle av sjikanøs opptreden fra arbeidsgivers side det kunne bli tale om å sette en oppsigelse eller avskjed til side. At også straffereaksjon krevde forsett, er naturlig. I dag er det en helt annen holdning til stillingsvernsreglene. Det kan stilles spørsmål om det vil være naturlig med ansvar for uaktsom overtredelse på lik linje med aml.§85 dersom konklusjonen blir at det bør blåses liv i denne bestemmelsen. Jeg kommer tilbake til dette i kap.8.2.3.

Bevisbyrden for at det foreligger tilstrekkelig grad av skyld påhviler påtalemyndighet, eventuelt fornærmede i privat straffesak. Det kan være problematisk å påvise forsett i de tilfeller hvor det er tilstrekkelig grunnlag for oppsigelse. Tvilen skal her som ellers komme gjerningspersonen til gode. Det er vanskelig å bevise arbeidsgivers subjektive hensikter ved valg mellom avskjed og oppsigelse, jf. det som er sagt i kap.7.3 samtidig med at muligheten for bruk av omvendt bevisbyrde i erstatningsutmålingen drøftes. De samme momenter som gjorde seg gjeldende i den sammenhengen, er like aktuelle i strafferettslig sammenheng. Det vises derfor til de momenter som er fremhevet i kap.7.3. Det kan av den grunn by på problemer å ta i bruk strafferegelen når oppsigelsesgrunnlaget er sterkt fordi det vil være tilnærmet umulig å påvise forsett fra arbeidsgivers side.

Enkelte ganger kan det by på tvil hvem som er ansvarlig arbeidsgiver. Det er ikke alltid at dette ansvaret er knyttet til en fysisk person. Straffeloven §§ 48a, 48b hjemler foretaksstraff, jf. aml.§87. Jeg avgrenser oppgaven mot drøftelse av hvem som er arbeidsgiver. Jeg nøyer meg med å konstantere at strl.§48 a har en legaldefinisjon som er så vid at den omfatter foretak uansett juridisk organisering.<sup>147</sup> Foretaksstraffansvaret er fakultativt. Det er i første omgang påtalemyndigheten, deretter domstolen, som avgjør om det skal gjøres ansvar gjeldende overfor foretaket, eller overfor den enkelte person. Det er uttalt i rettspraksis at ”domstolene må vurdere fra sak til sak de hensyn

---

<sup>147</sup> Slettan og Øie,s.212

*som taler for og mot foretaksstraff*”, jf. Rt.1998.652. Retten kan også velge ikke å straffe ut i fra en skjønnsmessig vurdering. I avgjørelsen av om det skal benyttes foretaksstraff, listes det i strl.§48 b opp en ikke uttømmende liste av momenter som vil ha betydning. Foretaksstraff har vist seg å være praktisk ved overtredelse av arbeidsmiljølovens regler.<sup>148</sup> Det er særlig er i forhold til sikkerhetsbestemmelsene det har vært aktuelt med foretaksstraff, men jeg antar at det også kan være praktisk ved overtredelse av reglene om avskjed.

For at foretaksstraff skal kunne benyttes, må *”et straffebud være overtrådt”*, jf. strl.§48 a 1.ledd 1.pkt. Det er helt klart at straffebudets objektive vilkår må være oppfylt,<sup>149</sup> og det må ikke foreligge straffrihetsgrunner. I forhold til skyldkravet, må det ses hen til §48 a 1.ledd 2.pkt. hvor det heter at foretaket kan straffes *”selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”*. Det innebærer for det første at foretaket kan straffes for kumulative og anonyme feil.<sup>150</sup> Ved urettmessig avskjed er det neppe aktuelt at det ikke er kjent hvem som har gitt avskjeden. Spørsmålet er da hvilken grad av skyld det kreves ved foretaksstraff når det er kjent gjerningsmann. Høyesterett uttaler seg i Rt.2002.1312 om skyldkravet når den objektive gjerningsbeskrivelse klart er oppfylt og det er kjent gjerningsmann som har handlet på vegne av foretaket. Høyesterett sier klart at objektiv overtredelse ikke er tilstrekkelig, og at *”for at foretaksstraff skal kunne anvendes, må det foreligge skyld – forsett eller uaktsomhet – hos en enkeltperson som handler på vegne av foretaket, eller anonyme og/eller kumulative feil”*. Ansvarer er altså ikke *”rent objektivt.”* Spørsmålet er etter dette om foretaksstraff bare kan benyttes hvis ledelsen har opptrådt forsettlig når straffebudet krever forsett, eller om det er tilstrekkelig med uaktsomhet. Forarbeidene tar ikke stilling til spørsmålet. Det foreligger så vidt jeg kan se ingen høyesterettsdom hvor spørsmålet er behandlet. Eskeland<sup>151</sup> tar til orde for at hensynet til prevensjon tilsier at også den uaktsomme opptreden vil kunne medføre foretaksstraff, selv om straffebudet krever forsett. Han underbygger sin påstand med å vise til at økonomisk kriminalitet, hvor det ofte er krav til forsett. I disse sakene vil det sjelden være mulig å påvise forsett hos ledelsen, samtidig som det nettopp i slike saker

---

<sup>148</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett, s.257flg.

<sup>149</sup> F.eks. Rt.1984.337, Rt.1993.17, Rt.1985.941

<sup>150</sup> Ot.prp.nr.27(1990-91)s.17

<sup>151</sup> Eskeland, s.349

er viktig at ledelsen forhindrer økonomisk kriminalitet ved å være påpasselige. Han viser videre til at lovgiver ikke har tatt stilling til krav til skyld ved foretaksstraff med kjent gjerningsmann, og at det dermed ikke kan legges avgjørende vekt på at strl.§40 krever forsett. Høyesterett har tidligere fraveket det generelle kravet om forsett i strl.§40, jf. Rt.1967.777. Saken gjaldt overtredelse av forskrifter, jf. strl.§339. Straffebudet inneholder ikke skyldkrav, og det skulle da i medhold av §40 kreves forsett. Høyesterett uttaler at *"jeg finner det utvilsomt at forskriftene ... ikke ville kunne fylle sitt formål, hvis ikke også de uaktsomme overtredelser av dem kan rammes, og dette må være avgjørende for spørsmålet om hvilken skyldgrad som kreves for å anvende strl.§ 339 nr.2"*. Dommen viser at det kan legges avgjørende vekt på hvorvidt bestemmelsen vil oppfylle sitt formål. Etter min mening er det uheldig at det ikke er avklart hvilket skyldkrav §48 a krever i slike tilfeller. Etter den generelle bestemmelsen i straffeloven, kreves det forsett når straffebudet ikke inneholder eget skyldkrav, jf. §40. Foretaksstraff rammer svært ulike straffebud. Jeg antar at rettsstilstanden ikke kan anses avklart med dommen i Rt.1967.777. Gode grunner taler for Eskeland sin forståelse, særlig hensynet til prevensjon og effektivitet. Hvorvidt foretak kan straffes for uaktsomhet ved rettsstridig avskjed er etter dette tvilsomt. Det må kunne legges til grunn at straff for uaktsom overtredelse ikke er kurant.

#### 8.1.4 Villfarelse

I noen tilfeller skyldes arbeidsgivers feil valg av reaksjon at han har vært i villfarelse om de faktiske forhold, eller de juridiske reglers innhold. Jeg vil se på hvordan det vil påvirke bruken av strl.§410 ved rettsstridig avskjed.

##### 8.1.4.1 Faktisk villfarelse

Utgangspunktet i strafferetten er at tiltalte skal bedømmes i forhold til den situasjon vedkommende trodde forelå, ut i fra hensynet til straffverdighet, jf. strl.§42. Villfarelse vedrørende de faktiske forhold som omfattes av gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, skal altså komme tiltalte til gode.<sup>152</sup> Ved urettmessig avskjed innebærer det at arbeidsgivers villfarelse om faktiske forhold som gjør avskjeden urettmessig skal

---

<sup>152</sup> Jusleksikon, Kunnskapsforlaget, s.76

komme arbeidsgiver til gode i strafferettslig sammenheng. Følgen av faktisk villfarelse er at det ikke kan idømmes straff.

Selv om det sivilrettslig påhviler arbeidsgiver en undersøkelsesplikt via drøftingsregelen i aml.§57 og alminnelige prinsipper om forsvarlig saksbehandling, kan ikke dette overføres til strafferettens område uten videre. For at den uaktsomme faktiske villfarelse skal gjøre en handling straffbar, må straffebudet også omfatte den uaktsomme overtredelse,<sup>153</sup> jf. strl.§42 2.ledd. Siden strl.§410 ikke omfatter uaktsom rettstridig avskjed, vil arbeidsgiver som har unnlatt å foreta nødvendige undersøkelser ikke kunne straffesanksjoneres.

Etter læren om eventuelt forsett, dolus eventualis, kan arbeidsgiver straffes i den grad arbeidsgiver har holdt det som mulig at avskjeden kan være urettmessig, men likevel bestemt seg for å gi avskjed med visshet om at avskjeden kan være urettmessig, uten å undersøke de faktiske forhold nærmere. Eksempelvis finner arbeidsgiver at det er mulig arbeidstaker har sykemelding som gjør fravær berettiget. I den visshet, og uten å undersøke nærmere, gis arbeidstaker avskjed. I en slik situasjon kan forsettskravet være oppfylt, selv om de faktiske forhold ikke var kjent for arbeidsgiver.

Så lenge det kreves forsett fra arbeidsgivers side, vil altså uaktsomme faktiske villfarelse virke straffriende. I avskjeds- og oppsigelsessaker er nettopp faktum en viktig forutsetning for arbeidsgivers beslutning. Dersom straffen skal virke preventivt, er det grunn til å straffesanksjonere også den uaktsomme overtredelse, som det i dag ikke er hjemmel for. På den måten vil en arbeidsgiver som kan bebreides for sin villfarelse kunne straffes etter bestemmelsen.<sup>154</sup>

#### 8.1.4.2 Rettsvillfarelse

Rettsvillfarelse innebærer at overtredet begår en straffbar handling i den tro at den var lovlig.

---

<sup>153</sup> Eskeland,s.294

<sup>154</sup> Slettan og Øie,s.198.



I snevre tilfeller kan unnskyldelig rettsvillfarelse medføre bortfall av straffeansvar, jf. strl.§57. Den faktiske hovedreglen er at rettsvillfarelse ikke godtas som straffriende. I motsetning til uaktsom faktisk villfarelse, vil den uaktsomme rettsvillfarelse ikke virke straffriende, selv om straffebudet krever forsett.<sup>155</sup> Arbeidsgiver må kunne forutsettes å kjenne de særregler som gjelder på arbeidsrettens område og sette seg inn i grensen mellom oppsigelse og avskjed, til tross for at den kan være skjønnsmessig og vanskelig. Det skal særlig mye til for å godta rettsvillfarelse som unnskyldelig dersom den som driver yrkesmessig virksomhet overtrer de rettsregler som gjelder for virksomheten.<sup>156</sup> Sivilrettslig har Høyesterett gått langt i å fritta arbeidsgiver for risikoen for feil valg av reaksjon med den virkning at urettmessig avskjed opprettholdes som oppsigelse, jf. Rt.1999.184, jf. Rt.2001.1253, se kap.2. Arbeidsgiver vil likevel være erstatningsansvarlig på objektivt grunnlag. Strafferettslig skal det veldig mye til før rettslig villfarelse anses unnskyldelig. Det avgjørende er en helhetsbedømmelse av arbeidsgivers handlemåte. Jeg stiller meg tvilende til om det i det hele tatt er rom for straffritak på grunn av rettsvillfarelse ved arbeidsgivers vurdering av avskjed eller oppsigelse.

### 8.1.5 Straffefølge

Overtredelse av strl.§410 er sanksjonert med bøter. Da det ikke foreligger praksis på området, vil jeg si noe om hvilke momenter som vil være retningsgivende i utmålingen.

Straffeloven fastsetter ingen grenser for botens størrelse, verken oppad eller nedad. Bøter er ment å tilpasses den siktedes økonomi.<sup>157</sup> Strl.§27 angir noen momenter som generelt skal vektlegges ved vurderingen; det straffbare forhold og det skal tas *”særlig hensyn til den dømtes formuesforhold”* samt *”hva han etter sine livsforhold antas å kunne utrede”*. Det er altså to hovedmomenter som gjør seg gjeldende; det straffbare forhold og lovbrysterens økonomi. Det er det straffbare forhold i vid forstand loven viser til; ikke bare straffebudets karakter, men også arbeidsgivers skyld, særlige ufine måter å gi avskjed mv. kan påvirke utmålingen. Hva gjelder den siktedes økonomi, skal det

---

<sup>155</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett, s.239

<sup>156</sup> Sammesteds

<sup>157</sup> Slettan og Øie, s.278

foretas en totalvurdering. Det skal tas hensyn til økonomiske forpliktelser, forventede utgifter og inntekter mv. Lovbryters økonomi vil være av fremtredende betydning når lovovertrædelsen gir økonomisk vinning.<sup>158</sup> Begrunnelsen for å vektlegge den skyldiges økonomi, er at bøtestraff skal ramme likt. Det er da en nødvendig følge at den formuende bedrift må betale mer enn den med svak økonomi. Dette prinsippet kan likevel ikke følges helt ut. Hele vår strafferett bygger på et prinsipp om proporsjonalitet. Det må være et visst samsvar mellom den bot som idømmes og det straffbare forhold.<sup>159</sup> Dette gir likevel ikke mer enn et utgangspunkt. I forhold til lovovertrædelser i næringslivet er det ofte økonomiske interesser som frister til lovbruddet. I slike saker må en bot være høy hvis den skal ha tilsiktet virkning.<sup>160</sup>

Når det avses dom på bot, skal det i tillegg fastsettes en subsidiær fengselsstraff, jf. strl.§28. Den subsidiære frihetsstraffen settes fra 1 dag til 3 måneder, alternativt opp til 4,5 måneder ved straff for flere straffbare handlinger etter strl.§63. Dersom boten ikke betales, skal den subsidiære fengselsstraff avsones. Det er imidlertid ikke anledning til å velge frihetsstraff framfor betaling. Subsidiær fengselsstraff blir det normalt bare snakk om der siktede ikke kan betale.<sup>161</sup> Subsidiær fengselsstraff kan ikke benyttes ved foretaksstraff, jf. strprl.§28 2.ledd.

I kap.8.1.3 ble det nevnt at det kan være aktuelt med foretaksstraff for overtrædelse av strl.§410. I strl.§48 b listes det opp momenter som særlig skal vektlegges ved utmålingen av bøtestraff. Av særlig interesse i denne sammenheng er hensynet til straffens preventive virkning, overtrædelsens grovhet, om overtrædelsen er begått for å fremme foretakets interesser, om det er gjort for å skaffe foretaket en fordel, samt foretakets økonomiske verdi. Jeg vil i det følgende kort behandle disse momentene.<sup>162</sup> Andre hensyn kan også vektlegges, f.eks. likhetshensyn, proporsjonalitetsbetraktninger, og om foretaket er straffet tidligere.<sup>163</sup> I enkelte saker er foretak ilagt svært høye bøter, i

---

<sup>158</sup> Matningsdal og Bratholm, Straffeloven kommentarutgave, s.94, jf. Rt. 1977.774

<sup>159</sup> Slettan og Øie,s.278

<sup>160</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett,s.384

<sup>161</sup> Hov, Rettergang II,s.87

<sup>162</sup> Denne drøftelsen er i stor grad basert på Matningsdal og Bratholm, Straffeloven kommentarutgave 2,s.414flg. og Matningsdal "straffeansvar for foretak", JV 1998 s.98

<sup>163</sup> Slettan og Øie,s.214

millionklassen. Særlig ved overtredelser i forbindelse med oljesektoren, men også for brudd på forurensningsregler og arbeidsmiljøloven.<sup>164</sup>

Når det gjelder straffens preventive effekt, jf. strl.§48 b litra a, er det en målsetning at straffeutmålingen så vidt mulig skal virke *”avskrekkende og normdannende for framtiden. For foretak med solid økonomi bør dette hensynet etter omstendighetene lede til høye bøter”*, jf. Ot.prp.nr.27 (1990-91) s.34. Forarbeidene til tidligere §87 i arbeidsmiljøloven om foretaksstraff uttaler at *”skal bestemmelsen ha tilsiktede preventive effekt, er det viktig at bøtene legges på et så høyt nivå at en overtredelse ikke vil ’lønne seg’”*.<sup>165</sup> Hensynet til effektivitet er også uttalt i flere rettsavgjørelser, f.eks. Rt.1982.1022, Rt.1989.733 og Rt.1998.2011.

Videre er overtredelsens grovhet et viktig moment, herunder skademulighet og størrelse, jf. NOU 1989:11 s.19. Overtredelser av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven om liv og helse vil dermed typisk anses grovere enn overtredelse av kap.XII om oppsigelsesvern. I vurderingen av overtredelsens grovhet, vil også foretakets skyld være av betydning. I tilfeller hvor arbeidsgiver har forsøkt å oppføre seg korrekt både i forhold til jus og faktum, vil boten kunne reduseres. Motsatt vil botens størrelse kunne heves dersom arbeidsgiver med viten og vilje har gitt urettmessig avskjed og satt arbeidstaker i en svært vanskelig økonomisk situasjon, med visshet om at grunnlaget ikke rakk til mer enn oppsigelse.

Det vil videre kunne påvirke straffeutmålingen dersom lovovertrædelse er foretatt *”for å fremme foretakets interesser”* eller foretaket har, eller kunne ha, oppnådd en fordel ved lovbruddet, jf. §48 b litra d og e. Det fremgår av forarbeidene at handlingen ikke behøver å være gjort *”i den hensikt å skaffe en uberettiget fordel”*. ”Fordel” viser til både økonomiske og andre fordeler, og også arbeidsgivers ønske om å bli av med arbeidstaker av andre grunner er relevant. I Rt.2000.1451 hadde et foretak som drev med lastebiltransport brutt reglene om bl.a. kjøretid, ukehvile, døgnhvile og ferdselsdiagram. Høyesterett uttalte at *”ei bot bør i dette tilfellet vere så stor at ho overstig det føretaket har tent på lovbrota...Tal for gevinsten manglar, og det må her*

---

<sup>164</sup> Matningsdal og Bratholm, Straffeloven kommentarutgave,s.91

<sup>165</sup> Ot.prp.nr.3(1975-76)s.122

*nyttast skjønn.*” Dette momentet må ha stor vekt i forhold til omgåelse av retten til å stå i stilling, hvor nettopp arbeidsgivers fordel er motivasjon for omgåelse.

”*Foretakets økonomiske evne*” skal også tillegges vekt. Fordelene med foretaksstraff i denne sammenheng, er at det kan gis en straff som står i rimelig forhold til foretakets økonomi, og skadevirkningene for samfunnet, uten at det vil slå ulikt ut for ulike arbeidstakere avhengig av hvem som er arbeidsgiver. Hensynet til likhet mellom arbeidstakere uavhengig av arbeidssted, vil ha mindre vekt ved utmåling av bot, enn ved erstatningsutmålingen, siden boten tilfaller staten, jf. strl.§27 2.ledd. Derav følger at straffeutmålingen vil variere alt etter hvem arbeidsgiver er. Rettsstridig avskjed etter §410 er en forseelse og proporsjonalitetshensyn tilsier at det ikke ville utmåles bøter som i alle tilfeller ”svir”. I Dolphin-dommen<sup>166</sup> var overtrederen et oljeselskap. Det er lite sannsynlig at det i slike tilfeller ville blitt utmålt bøtestraff etter §410 som faktisk ville stå i rimelig samsvar med selskapets økonomi. Motsatt vil det antagelig ikke utmåles særlig stor, om noen, bot til små enmannsforetak med presset økonomi, eksempelvis små kiosker el.

Som det fremgår, vil straffens størrelse bero på en helhetsvurdering, hvor de nevnte momenter vil være viktige, selv om de ikke er uttømmende.

Selv om det ikke foreligger praksis om bøtestraff ved urettmessig avskjed, så foreligger det praksis for overtredelse av andre av arbeidsmiljølovens regler. En gjennomgang av dommer avsagt for overtredelse av aml.§85, viser at bøtenivået for overtredelser av arbeidsmiljølovens sikkerhetsbestemmelser ikke er avskrekkende høye, jf. f.eks. Rt.1995.278. Her var tilfellet at et selskap med årlig omsetning på ca. 20 millioner kroner, hadde brutt med arbeidsmiljølovens sikkerhetsbestemmelser. En arbeidstaker falt ned fra en 4,5 meter høy takstol. Arbeidstakeren fikk lettere skader, men situasjonen representerte ”*alvorlig fare for liv og helse*”. Boten ble skjerpet i Høyesterett fra kr. 25.000,- til kr. 50.000,- begrunnet særlig i den risiko lovbruddet representerte. En sammenligning med bøtenivå for brudd på sikkerhetsbestemmelsene kan ha verdi, fordi disse normalt anses å være alvorligere brudd enn å gi en arbeidstaker urettmessig avskjed der det er grunnlag for oppsigelse. Dette gjelder særlig hvis

---

<sup>166</sup> Rt.2001.1253

sikkerhetsbestemmelsene verner mot mer alvorlige farer og skader. Det er neppe grunnlag for å tro at det vil gjøre seg betraktninger gjeldende i forhold til avskjed som skulle tilsi strengere bøteutmåling enn ved brudd på sikkerhetsbestemmelsene.

I Rt.1994.800 ble en tidligere bøtelagt mann idømt kr. 20.000,- i bot for overtredelse av aml.§30. Han hadde ikke sørget for at arbeidstakerne ved bedriften var tilknyttet bedriftshelsetjenesten. I Rt.1990.560 ble arbeidsgiver ilagt bot pålydende kr. 5.000,- for ikke å gi attest etter aml.§68 1.ledd. Retten bemerker at selv om den løser saken etter aml.§85, så er forholdet også straffbart etter strl.§412. Dette er riktignok nærmere 15 år siden, og det er vel grunn til å tro at beløpet ville vært noe høyere i dag. Begge sakene representerer mindre brudd enn urettmessig avskjed. Det er derfor grunn til å tro at bøtenivået vil være noe høyere ved urettmessig avskjed. Det vil imidlertid bl.a. avhenge av bedriftens økonomi.

Jeg antar at brudd på viktige sikkerhetsregler generelt vil gi et høyere bøtenivå enn urettmessig avskjed, mens brudd på regelen om attest og tilknytning til bedriftshelsetjenesten må sies å være mindre inngripende enn urettmessig avskjed. Jeg vil tro at bøtenivået vil ligge en plass mellom disse og de mer alvorligere brudd på sikkerhetsreglene i arbeidsmiljøloven. Det er imidlertid ikke mulig å angi et generelt bøtenivå, da særlig selskapets økonomi vil variere. Jeg antar at man antagelig ikke vil være aktuelt å ilegge bøtestraffer etter straffelovens §410 som vil avvike i vesentlig grad fra det som følger av praksis om oppreisningsreglene. Bøter kan likevel i noe større grad tilpasses arbeidsgivers økonomi uten å komme i konflikt med hensynet til likhet mellom arbeidstakere.

## 8.2 Prosessuelle spørsmål

Det kan reises spørsmål om en årsak til at strl.§410 ikke har vært brukt er at det er prosessuelt tungvint. Jeg finner det derfor nødvendig å behandle de prosessuelle utfordringer bruk av bestemmelsen fordrer. For at strl.§410 skal komme til anvendelse, kreves privat påtalebegjæring, jf. kap.8.2.1. Deretter avgjør påtalemyndigheten hvordan anmeldelsen skal følges opp, jf. kap.8.2.2.

### 8.2.1 Privat påtalebegjæring

Offentlig påtale av rettsstridig avskjed finner bare sted etter privat påtalebegjæring jf. strl.§412. Dette i motsetning til etter aml.§91, hvor hovedregelen er offentlig påtale, med unntak for §49 nr.3 og §55. I NOU 2004:5; foreslås at §91 ikke skal ha unntak fra offentlig påtale. Arbeidslivslovutvalget uttaler at det i praksis likevel ikke vil være aktuelt å påtale etter de to bestemmelsene uten privat begjæring. Straffelovens bestemmelser nevnes ikke. Heller ikke etter strl.§410 ville det være praktisk med påtale uten privat begjæring. Krav til privat påtalebegjæring vanskeliggjør med andre ord ikke bruk av strl.§410.

### 8.2.2 Påtalemyndighetenes behandling

Når et forhold anmeldes til påtalemyndigheten, må den ta stilling til påtalespørsmålet. Påtalespørsmålet kan avgjøres på ulike måter; det kan besluttes å utferdige forelegg, saken kan løses ved påtaleunntatelse, saken kan bringes inn for retten og det kan endelig bestemmes at saken henlegges.<sup>167</sup> Det vil føre for langt i denne sammenheng å gjøre rede for når påtalemyndigheten er forpliktet til å straffeforfølge anmeldte forhold, og når de øvrige alternativene kan brukes. I det følgende vil jeg vurdere strl.§410 dersom det gis forelegg, påtaleunntatelse, henleggelse eller dersom det tas ut søksmål.

#### 8.2.2.1 Forelegg

I forhold til strl.§410 kan en praktisk løsning være at det utferdiges forelegg. Påtalemyndigheten kan utferdige forelegg og gi bøtestraff uten domstolsbehandling,<sup>168</sup> jf. straffeprosessloven<sup>169</sup> (strprl.) §255 flg., jf. påtaleinstruksen §20-3 1.pkt.

Ordningen ses ikke å være i strid med Grl.§96 eller EMK art.6<sup>170</sup> selv om boten da er å regne som straff. Begrunnelsen ligger i at siktede kan nekte å godta forelegget og dermed få saken avgjort av domstolen.<sup>171</sup> Arbeidsgivers rettssikkerhet er dermed ansett ivaretatt. På den måten minskes også domstolenes ressursbruk.

---

<sup>167</sup> Hov, Rettergang II, s.77

<sup>168</sup> Slettan og Øie, s.327

<sup>169</sup> Lov 1981-05-22 nr.25

<sup>170</sup> Aall, s.487

<sup>171</sup> Slettan og Øie, s.328

Det er antatt at påtalemyndigheten må følge det alminnelige strafferettslige beviskrav ved utferdigelse av forelegg, som ved hovedforhandling.<sup>172</sup> Som sagt ovenfor, antas de objektive vilkår for rettstridig avskjed etter strl.§410 å sammenfalle med vilkårene for urettmessig avskjed etter aml.§66. Det kan reises spørsmål om hvilke muligheter påtalemyndigheten har for å vurdere om en avskjed er urettmessig. Påtalemyndigheten har ikke særlig kompetanse innenfor arbeidsrett. Jeg stiller meg tvilende til at påtalemyndigheten vil forfølge en anmeldelse av urettmessig avskjed hvor det ikke fremstår som utvilsomt at avskjeden er urettmessig, eller det foreligger sivilrettslig dom som konstaterer at avskjeden er urettmessig. I tilfeller hvor oppsigelsesgrunnlaget er sterkt, antar jeg at påtalemyndigheten i sin alminnelighet vil velge ikke å forfølge forholdet, men heller anse den sivilrettslige prøving mer egnet. Det kan imidlertid tenkes at arbeidstaker, som har fått medhold i sivil sak om urettmessig avskjed, etter rettskraftig dom anmelder forholdet. Etter sivil dom for urettmessig avskjed, vil den objektive gjerningsbeskrivelsen for straff foreligge. Skyldkravet kan imidlertid også her by på problemer, jf. det som er sagt under kap.8.1.3.

#### 8.2.2.2 Påtaleunntatelse eller henleggelse

Påtalemyndighetens beslutning av påtalespørsmålet kan være at saken skal henlegges, eller at det gis påtaleunntatelse.<sup>173</sup> Påtaleunntatelse anses å være en måte å gjøre opp det straffbare forhold på, som alt i alt fremstår som den mest samfunnstjenelige måte å reagere på. Påtalemyndigheten har begrensede ressurser, og det kan hevdes at arbeidstaker kan ivaretas gjennom sivilrettslige midler. Det er ikke usannsynlig at anmeldelser av urettmessige avskjeder i alminnelighet ville henlegges, enten på grunn av bevisets stilling, av ressurshensyn eller fordi påtalemyndigheten ikke finner grunn til å straffeforfølge forholdet. Straffeprosessloven kap.28 åpner imidlertid for at arbeidstaker kan forfølge sitt krav gjennom privat straffesak. Fordi det er sannsynlig at anmeldelser av urettmessig avskjed bare unntaksvis vil føre til annet enn henleggelse, finner jeg grunn til å behandle muligheten for privat straffesak nærmere.

---

<sup>172</sup> Strandbakken,s.586-587

<sup>173</sup> Hov,Rettergang II,s.77

#### 8.2.2.2.1 Privat straffeforfølgelse

Utgangspunktet i norsk rett er at saker om straff hører under påtalemyndigheten og de alminnelige domstoler etter de straffeprosessuelle reglene. Derav følger at det er påtalemyndigheten som avgjør hvorvidt et forhold skal straffeforfølges.

Straffeprosessloven åpner i §§ 402 flg. for privat straffesak. Det innebærer at den fornærmede selv reiser straffesak. Det som unntaksvis kan være aktuelt ved urettmessig avskjed, er såkalt subsidiær privat påtale, jf. strprl.§402 3.ledd. Subsidiært private benevnes saker som i utgangspunktet er undergitt offentlig påtale, men hvor påtalemyndigheten likevel ikke reiser sak, alternativt innstiller en påbegynt forfølgning. Berettigelsen av private straffesaker er omdiskutert. Jeg skal ikke gå inn i den diskusjonen, men konstaterer at det foreligger en mulighet for private søksmål, som unntaksvis vil kunne være aktuell.

Påtaleunntatelse, enten av kriminalpolitiske grunner, jf. strprl.§69, eller av prosessøkonomiske grunner, jf. strprl.§70, avskjærer subsidiær privat straffeforfølgelse.<sup>174</sup> Hvis påtalemyndigheten av andre grunner nekter å etterkomme begjæring om offentlig påtale, det er gitt urettmessig påtaleunntatelse eller saken henlegges, kan den fornærmede reise privat straffesak. Et unntak gjelder hvis hovedforhandling allerede er påbegynt når straffesaken frafalles. Da skal det avsies frifinnelsesdom, og privat straffesak avskjæres, jf. strprl.§73.<sup>175</sup> Reglene om subsidiær forfølgingsrett følger av strprl.kap.28. Dersom påtalemyndigheten finner at det er grunnlag for foretaksstraff, men beslutter ikke å forfølge forholdet, treffes denne avgjørelsen ikke ved påtaleunntatelse, men med en egen form for henleggelse.<sup>176</sup> I disse tilfellene er det dermed mulig at det likevel er åpnet for subsidiær straffeforfølgning.

De reglene som gjelder for offentlige straffesaker skal gjelde også ved privat straffesak, så langt det er mulig og ikke annet er bestemt, jf. strprl.§409 2.ledd.

---

<sup>174</sup> Hov, Rettergang II,s.251

<sup>175</sup> Sammesteds

<sup>176</sup> Andenæs, Alminnelig strafferett,s.259



Ved sivil sak risikerer partene et stort saksomkostningsansvar. Det fremgår av strprl.§440 (1) at saksøker ved privat søksmål risikerer saksomkostningsansvar i samme utstrekning som i sivile saker. I medhold av strprl.§418 2. pkt. kan saksomkostningsansvaret økes ytterligere, dersom retten finner at saksøker ikke har rimelig grunn til å gå til straffesak. Retten kan kreve at arbeidstaker stiller tilfredsstillende sikkerhet for eventuelle saksomkostninger, jf. strprl.§413. Risiko for saksomkostningsansvar vil bidra til å forhindre uholdbare søksmål. Hvis arbeidstaker selv skal bære risikoen for en eventuelt tapt sak, er det grunn til å tro at vedkommende heller velger sivil sak, hvor oppreisningsbeløpet tilfaller arbeidstaker.

#### 8.2.2.2.1.1 Fagforeningsstøtte

Et problem både i forhold til privat straffeforfølgning og sivilrettslig forfølgning, er den store personlig og økonomiske belastning en sak kan medføre for arbeidstaker. En fagforening vil inneha både den økonomiske likviditet, og den juridiske kapasitet, til å ta en slik straffesak. Det kan derfor reises spørsmål om fagorganisasjonene bør ha anledning til å representere arbeidstaker i en privat straffesak om urettmessig avskjed.

Straffeprosesslovens §402 gir ”den fornærmede” mulighet til privat straffeforfølgning. Straffeprosessloven inneholder ingen definisjon av begrepet ”fornærmede”. I teori<sup>177</sup> og praksis<sup>178</sup> har den såkalte interesseteorien vært dominerende når begrepet skal avgrenses. For å anses som fornærmet, må subjektet etter interessesynspunktet være ”*innehaver av en slik interesse som det aktuelle straffebudet tar sikte på å beskytte. Det er ikke nok at han eller hun er berørt av lovovertrædelsen*”<sup>179</sup> I Ot.prp.nr.4 (1994-95) Om lov om endringer i straffeloven m.m., diskuteres adgang for organisasjoner til å reise privat straffesak for brudd på strl.§135a og §349, som begge knytter seg til straff for rasistiske handlinger m.v. Departementet uttaler at den alminnelige oppfatning synes å være at organisasjonen ikke kan reise privat straffesak der medlemmet, men ikke organisasjonen, er direkte berørt. Departementet finner at spørsmålet i liten grad er drøftet i teorien, og at det ikke finnes noen høyesterettsdom som direkte avgjør

---

<sup>177</sup> F.eks. Andenæs, Norsk straffeprosess I,s.100.

<sup>178</sup> Jf. Rt.1911.637

<sup>179</sup> Sitert Andenæs, op.cit, jf. Ot.prp.nr.4(1994-95) pkt.4.3.1.

spørsmålet. Det vises til Hov<sup>180</sup> som tar utgangspunkt i at organisasjoner ikke kan reise privat straffesak på vegne av sine medlemmer, men han uttrykker at han har ”*vanskelig for å godta denne løsningen de lege ferenda*” og ”*tror heller ikke en kan anse spørsmålet som endelig avgjort det lege lata*”. Etter dette finner departementet at rettsstillingen må betegnes som usikker.

Lovgiver har i en annen sammenheng lovhjemlet adgang for fagforeninger til å gå til privat søksmål på vegne av arbeidstakere. I lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv. av 4. juni 1993 nr.58 (allmenngjøringsloven) gis fagforeninger i §8 hjemmel for å reise privat straffesak etter strprl.kap.28. Fagforeningen er dermed gitt status som ”*fornærmede*” i forhold til strprl.§§402 flg.<sup>181</sup> Det følger av forarbeidene at bestemmelsen tar sikte på å klargjøre at også arbeidstakers organisasjon skal kunne reise privat straffesak.<sup>182</sup> Allmenngjøringslovens virkeområde følger av §2 hvor det fremgår at den gjelder ”*fastsetting av lønns- og arbeidsvilkår*”. Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere i Norge samme vilkår som norske arbeidstakere, jf. §1. Allmenngjøringsloven §8 gjelder i forhold til arbeidsgiver som ikke retter seg etter Tariffnemndas vedtak.<sup>183</sup> Bestemmelsen favner således ikke avskjedssituasjonen som denne oppgaven behandler.

Dersom det etter gjeldende rett ikke er adgang for fagorganisasjonen til å reise privat straffesak på vegne av en urettmessig avskjediget arbeidstaker, kan det reises spørsmål om fagorganisasjoner bør ha anledning til det.

Den tradisjonelle begrunnelsen for subsidiær forfølgingsrett, har vært at den skal tjene som et korrektiv overfor påtalemyndighetens prioriteringer, og eventuelle unnfallesheter eller feilvurderinger. På denne måten skal tilliten til rettspleien styrkes, og påtalemyndighetens aktsomhet skjerpes.<sup>184</sup> At muligheten for privat straffesak skal være et reelt korrektiv av påtalemyndighetens vurderinger i avskjedssakene, er et argument for å åpne for at fagorganisasjoner på vegne av sine medlemmer kan reise privat straffesak. Etter mitt skjønn er det ikke grunn til å tro at påtalemyndigheten vil prioritere straffeforfølgning av urettmessig avskjed, og behovet for korrektiv kan oppstå.

---

<sup>180</sup> Fornærmedes stilling i straffeprosessen s.103 flg.

<sup>181</sup> Ot.prp.nr.26(1992-93)s.28

<sup>182</sup> Ot.prp.nr.26(1992-93)s.38

<sup>183</sup> Jakhelln ”om effektivisering av sanksjonssystemet ved overtredelse av ytringsfrihetens grenser for rasistiske ytringer m.v.”

<sup>184</sup> Ot.prp.nr.4(1975-76) pkt-3.1

Sivilrettslig er det i ganske stor utstrekning akseptert at en interesseorganisasjon kan ha rettslig interesse på vegne av sine medlemmer. Det er ikke krav til at den rettslige interesse gjelder foreningens egne rettigheter og plikter.<sup>185</sup> Arbeidsretten er særpreget ved fagorganisasjonenes sentrale rolle, og fagforeninger er ofte representert i stillingsvernssaker. Det er ikke gitt at en fagorganisasjon på vegne av sine medlemmer skal kunne reise privat straffesak i samme utstrekning som den kan reise sivil søksmål. I ot.prp.nr.4 (1975-76) pkt. 3.3 vises til at straffesak innebærer større mulighet for sjikane eller trakkasering. Etter mitt skjønn, er det mindre fare knyttet til at fagorganisasjoner vil gå til avskjedssak i sjikanehensikt, enn dersom arbeidstaker selv går til privat straffesak.

Det kan videre argumenteres med at den belastning en straffesak er for den enkelte, tilsier at det bør vises mer tilbakeholdenhet med å gi organisasjoner adgang til å gå til straffesak enn til sivil sak.<sup>186</sup> Slik jeg ser det, er det neppe realistisk at en adgang for fagforeninger til å representere arbeidstaker i privat straffesak vil medføre at urettmessig avskjed i sin alminnelighet blir straffeforfulgt. Det er naturligvis uheldig dersom fagforeningen ville forfølge arbeidsgivere strafferettslig uten grunnlag, slik at arbeidsgivere urettmessig ble stillet for straffesak. Strprl.§416 angir at domstolen skal avvise en privat straffesak dersom den savner tilstrekkelig grunnlag. Det er videre grunn til å tro at fagforeningene vil ha et bevisst forhold til hvilke saker de ønsker å straffeforfølge. Dersom arbeidstaker ikke kan la seg representere av fagorganisasjonen i privat straffesak, kan muligheten for privat straffesak fort bli illusorisk.

Et annet motargument mot private straffesaker har vært faren for unødig prosess. Av prioriteringsmessige hensyn kan det være at private søksmål vil oppta domstolens begrensede ressurser. Bruken av private søksmål kan neppe betegnes som et stort problem i forhold til domstolenes ressursbruk. Det er neppe grunnlag for å tro at å gi fagorganisasjoner rettigheter ved privat søksmål vil føre til mange private søksmål. Jeg antar at fagorganisasjonene i den sammenheng heller kan fungere som en sivilinstans. Fagorganisasjonene innehar en betydelig juridisk kompetanse innenfor arbeidsrettsområdet, og er godt i stand til å vurdere om det bør reises sak. En tapt sak vil

---

<sup>185</sup> Hov, Rettergang III,s.149

<sup>186</sup> Ot.prp.nr.4(1994-1995) pkt.3.3

påføre saksomkostninger. Det vil innebære en økonomisk utgift for en fagorganisasjon å ta på seg saker som savner rettslig grunnlag. Jeg tror ikke det er grunnlag for å frykte at fagorganisasjonene ikke vil ha et bevisst forhold til hvilke saker de eventuelt ønsker å straffeforfølge på vegne av sine medlemmer. Prosessøkonomisk argument for ikke å la fagorganisasjoner kunne representere sine medlemmer i private straffesaker kan etter min mening ikke være særlig tungtveiende. Det nevnes i denne sammenheng at retten under saksforberedelsen finner at det ikke er tilstrekkelig grunnlag for privat søksmål, skal den avvise saken, jf. strprl.§416.

Antall saker om avskjed og oppsigelse er omfattende. I justisdepartementets vurderinger vedrørende reformer innen injurielovgivningen, herunder berettigelsen av privat påtale, jf. NOU 1995:10, kap.7, uttales at mulighet for privat straffesak muligens kan åpne for at påtalemyndigheten kan nedprioritere anmeldelser og dermed la være å forfølge slike forhold. Dersom en adgang for fagorganisasjoner til å anlegge straffesak fører til at påtalemyndigheten ikke forfølger anmeldelser, kan dette ha betenkelige sider. Det forutsetter imidlertid at påtalemyndigheten ville forfulgt straffbare avskjeder, dersom mulighet for privat søksmål tenkes bort. Jeg er ikke overbevist om disse sakene vil få høy prioritet dersom strl.§410 tas i bruk, når knappe etterforskningsressurser skal fordeles på ulike saksområder.

Det er et grunnleggende prinsipp i norsk straffeprosess at det er det offentlige som skal avgjøre hvorvidt et forhold skal straffeforfølges. Det kan hevdes at private organisasjoner ikke bør kunne etterprøve påtalemyndighetens beslutning om at forholdet ikke skal straffeforfølges. Vekten av dette motargumentet vil avhenge av på hvilket grunnlag påtalemyndigheten velger ikke å forfølge det straffbare forhold. Dersom det er rene ressurs hensyn som ligger til grunn, kan det være en fordel at private selv kan ivareta sine rettigheter. Rimelighetsbetraktninger taler for at den direkte fornærmede bør kunne ha innflytelse på om et forhold skal straffeforfølges eller ei. Det kan hevdes at samme rimelighetsbetraktninger ikke kan gjøres gjeldende som begrunnelse for å åpne for at organisasjoner skal kunne reise privat straffesak.<sup>187</sup> På den annen side er formålet med å åpne for at fagorganisasjoner skal kunne representere urettmessig avskjediget arbeidstaker å sikre arbeidstaker en reell mulighet til å korrigere

---

<sup>187</sup> Ot.prp.nr.4(1994-95)s.15

påtalemyndighetens vurderinger, og ivaretar således hensynet bak ordningen med privat straffesak.

Det kan reises ulike innsigelser mot bruk av privat straffesak generelt. Når den muligheten først foreligger, vil det, etter mitt skjønn, ikke øke risikoen for misbruk av ordningen å åpne for at fagforeninger gis anledning til å gå til privat straffesak. Jeg antar at det heller ikke vil øke presset på domstolen i nevneverdig grad. Det er ikke realistisk at fagforeninger vil gå til privat straffesak ved urettmessig avskjed generelt. Tvert i mot tror jeg fagorganisasjonene kan fungere som silingsinstans. Hensynet til å være et korrektiv til påtalemyndigheten taler for at arbeidstaker kan la seg representere ved fagorganisasjon. I den grad straff for urettmessig avskjed er egnet til å bidra til å effektivisere arbeidstakers stillingsvern, finner jeg at det kan være grunnlag for å gi fagforeninger mulighet til å gå til privat straffesøksmål for brudd på strl.§410, tatt i betraktning den spesielle stilling fagorganisasjoner har i arbeidsretten.

### 8.2.2.3 Straffesak

Så lenge det er tale om bøtestraff, er det mest praktiske at påtalemyndigheten utsteder forelegg dersom påtalemyndigheten beslutter å forfølge forholdet. Det kan imidlertid forekomme at arbeidsgiver protesterer på forelegget eller at påtalemyndigheten av andre grunner finner det rimelig å ta ut søksmål. Utgangspunktet er da at påtalemyndigheten bringer forholdet inn for domstolen som en straffesak etter straffeprosesslovens regler.

I kap.8.2.2.2.1 har jeg sett på muligheten for privat søksmål. Dersom arbeidstaker samtidig med eventuelt privat straffesøksmål må gå til separat sivil søksmål, vil det være svært ressurskrevende. I kap.8.2.2.3.1 vil jeg vurdere muligheten for forening av sivil- og straffesaken.

#### 8.2.2.3.1 Forening av sivil - og straffesak

I utgangspunktet er det ikke de samme parter i straffesaker og sivile saker. I straffesaker er det påtalemyndigheten og arbeidsgiver som er parter, mens i sivile saker er det arbeidstaker og arbeidsgiver som er parter. For det tilfelle at det tas ut privat straffesak for rettsstridig avskjed, og arbeidstaker samtidig skal forfølge den urettmessige avskjed

sivilrettslig, er det ressurskrevende at det må gjøres i to saker for domstolene. For det første vil det legge beslag på en større del av domstolens begrensede ressurser. For det andre vil det være belastende både personlig og økonomisk for partene. Det kan i disse tilfellene tenkes å være hensiktsmessig å forene straffesaken etter strl.§410 og den sivile saken etter aml.§66 til samlet domstolsbehandling. Spørsmålet er om det er prosessuell mulighet til felles behandling.

Det foreligger ikke hjemmel for å bringe inn straffespørsmål i en sivil sak.<sup>188</sup> Hvis det skal bli tale om felles behandling, vil det måtte følge reglene om borgerlig rettskrav, hvor det sivile krav bringes inn i straffesaken, jf. straffeprosessloven kap.29, jf. §3. Det følger av strprl.§429 at fornærmede i private straffesaker kan gjøre borgerlige krav gjeldende på samme måte som påstand om straff. Spørsmålet er således om de sivile krav etter arbeidsmiljøloven på ugyldighet, gjeninntreden, erstatning og oppreisning kan føres felles med straffesaken etter reglene om borgerlig rettskrav. Normalt vil straffekravet være hovedsaken ved bruken av strl.kap.29, jf. §3, mens de borgerlige rettskrav kan betraktes som ”tilleggskrav”. Typisk oppreisning og erstatning. Spørsmålet er om anvendelsesområdet for ”borgerlig rettskrav” er så snevert.

Hvorvidt krav etter aml.§66 nr.5 kan være et borgerlig rettskrav, er så vidt jeg kan se ikke behandlet i rettspraksis. Spørsmålet er heller ikke drøftet i forarbeider eller teori som jeg kjenner til. Jeg vil derfor foreta en vurdering av hvordan spørsmålet kan tenkes løst hvis det ble brakt inn for retten. Løsningen må finnes ved å tolke strprl.§3. Det typiske eksempel på borgerlige rettskrav er krav om oppreisning og erstatning, men også krav om tilbakelevering av stjålet gjenstand, krav på skilsmisse i sak om konemishandling eller krav på riving av ulovlig byggverk kan være borgerlige rettskrav.<sup>189</sup>

Forutsetningen for borgerlige rettskrav etter strprl.§3 er at de nevnte rettskrav ”*springer ut av samme handling som saken gjelder*”. Det kreves med andre ord årsakssammenheng.<sup>190</sup> Det avgjørende blir dermed hvorvidt krav om ugyldighet,

---

<sup>188</sup> Andenæs, Norsk Straffeprosess I,s.9

<sup>189</sup> Eksempler fra Andenæs, Norsk straffeprosess,s.28

<sup>190</sup> Keiserud og Bjerke, Straffelovens kommentarutgave,s.31

gjeninntredelse, erstatning og oppreisning etter aml.§66 nr.5 ”springer ut av” den rettsstridige avskjed etter strl.§410. For at det skal være årsaksammenheng, kreves det at rettskravet ikke forelå før den rettsstridige handling.<sup>191</sup> Kravene etter aml.§66 nr.5 om gjeninntreden, ugyldighet, erstatning og oppreisning er alle krav som oppstår direkte i sammenheng med den rettsstridige avskjeden, både saklig sett og i tid. Den objektive handling som utløser alle krav er helt sammenfallende. At oppreisning og erstatning som følge av den rettstridige avskjed kan følge reglene om borgerlige rettskrav, finner jeg lite tvilsomt. Når det gjelder krav om ugyldighet og gjeninntreden, er også dette krav som oppstår i og med den straffbare handling, nemlig urettmessig – og da rettsstridig – avskjed. Vilkåret om at det springer ut av den straffbare handling er oppfylt. Formålet med å åpne for borgerlige rettskrav, er at det er praktisk med en sak om samme forhold. Videre er det enklere og billigere for den skadelidte enn å ha et separat sivil søksmål. Det er altså ikke i strid med formålet å tolke § 3 slik at krav etter aml.§66 nr.5 kan anses som borgerlige rettskrav. Jeg antar etter dette at ikke bare krav på erstatning og oppreisning, men også krav på ugyldighet og gjeninntreden kan være borgerlige rettskrav etter strprl.§3.

På grunn av ulike beviskrav vil det kunne komme til den situasjon at arbeidsgiver ikke er strafferettslig ansvarlig, men erstatningsansvarlig. Det er antatt at det er greit, så lenge retten ved bedømmelse av erstatningsspørsmålet ikke tar stilling til skyldsspørsmålet i straffesaken, se f.eks. HR-2003-00227a.

Når sivile krav behandles som borgerlige rettskrav, skal prosessreglene i straffeprosessloven følges, jf. strprl.kap.29. Selv om strprl.§3 antagelig åpner for felles behandling av sakene, er det mulig andre særlige regler på området gjør det praktisk vanskelig. Aml.§§ 61 flg. inneholder særlige prosessregler som kan tenkes å være til hinder for felles behandling. Jeg vil se nærmere på disse i det følgende.

#### 8.2.2.3.1.1 De særlige prosessregler i aml.§§ 61 flg.

Arbeidsmiljølovens §§ 61, 61A, 61B og 61C inneholder særskilte sivilrettslige prosessregler for oppsigelsessaker m.v. Den særlige prosessordning i aml.§61 kommer

---

<sup>191</sup> Hov, Rettergang II s.37

til anvendelse i ”søksmål om et arbeidsforhold består eller om erstatning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold”. Det må dreie seg om et arbeidsforhold, og opphørssituasjonen avgrenser bestemmelsens virkeområde. Erstatningssøksmål i forbindelse med opphør av arbeidsavtale behandles også etter de særskilte prosessreglene. Prosessreglene gjelder altså både i oppsigelsestilfellene og avskjedstilfellene. I den grad arbeidsmiljøloven ikke sier noe om prosessordningen, kommer de alminnelige regler i tvistemålsloven og domstolsloven<sup>192</sup> (dl.) til anvendelse, jf. aml.§61 nr.1.

Det er særlig §61B og §61C om særskilte verneting og særskilte meddommere som kan tenkes å være problematisk ved felles behandling for domstolene. I kap. 8.2.2.3.1.2 behandles vernetingsreglene. I kap. 8.2.2.3.1.3 behandles domstolens sammensetning.

#### 8.2.2.3.1.2 Verneting

De særlige prosessreglene i §§ 61 flg. har som formål å behandle saker ”så raskt som mulig”.<sup>193</sup> Partene kan gå direkte til tingretten uten forlikrådsbehandling. Idéen er at forhandlingene skulle erstatte forlikrådsbehandlingen. Arbeidsmiljølovens §61B gir regler om at særskilte tingretter skal behandle stillingsvernssaker.<sup>194</sup> Derigjennom skal domstolen opparbeide en ekspertise.

I straffesaker følger hovedregelen om domstolens stedlige kompetanse av strprl.§10 (1). Den klare hovedregelen er at hovedforhandling skal foretas i den rettskrets hvor den straffbare handling er forøvet.<sup>195</sup> Det følger av strprl.§16 at siktede kan samtykke i et annet verneting. Jeg ser ikke at det foreligger hjemmel for å tvinge siktede til å akseptere det arbeidsrettslige særlige verneting i avskjedssaker. Arbeidsmiljølovens særlige prosessregler åpner heller ikke for å gjøre unntak fra de særskilte vernetingsreglene. Det er dermed per i dag ikke adgang til å behandle saker etter aml. kap. XII og strl.§410 ved felles verneting, medmindre arbeidsgiver samtykker i det.

---

<sup>192</sup> Lov 1915-08-13 nr.5

<sup>193</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.21

<sup>194</sup> Disse tingretter utpekes av Justisdepartementet med hjemmel i Kgl.res av 24.juni 1977.

<sup>195</sup> Hov, Rettergang II,s.300



Et av argumentene for å ha særskilte prosessregler om vernetting i stillingsvernssaker, har vært at det er et komplisert rettsområde. Det kan stilles spørsmål om arbeidsrettsområdet er mer kompliserte enn andre rettsområder som de ordinære domstolene behandler, f.eks. skatterett. Stillingsvern er i mange henseende spesiell kontraktsrett, og etter mitt skjønn ikke så særegent i forhold til andre rettsområder domstolene behandler, at det gir grunnlag for egne vernetting. Jeg kan derfor ikke se at dette argumentet er særlig tungtveiende.

Et argument for å opprettholde de særskilte vernetting, er at de tingretter som har behandlet stillingsvernssaker har opparbeidet seg betydelig kompetanse på området, og at ordningen er innarbeidet. Dette ble tillagt vekt da departementet vurderte om de særskilte prosessreglene skulle fjernes for å unngå de avgrensingsproblemene prosessordningen medførte, jf. Ot.prp.nr.50 (1993-94). Departementet fant imidlertid at begrunnelsene for ordningen fortsatt var gjeldende, og valgte å beholde den. Ordningen ble isteden utvidet for å unngå avgrensingsproblemene.

Spesialiserte domstoler skulle bidra til at stillingsvernssakene fikk en snarlig løsning.<sup>196</sup> Det har imidlertid vist seg at målsetningen om rask behandling i liten grad har slått til. Arbeidslivslovutvalget<sup>197</sup> foreslår å oppheve de særlige vernettingsreglene, med den følge at alle tingretter skal kunne behandle stillingsvernssaker. Forslaget begrunnes med at sakene kan behandles raskere dersom alle tingretter kan behandle stillingsvernssaker. Det er vanskelig å si noe sikkert om i hvilken grad sakene vil løses raskere med spesialiserte domstoler. Dersom de foreslåtte regler vedtas, vil problemene i forhold til vernetting ikke lenger ha aktualitet. De øvrige prosessreglene i aml.§61 foreslås opprettholdt.

#### *8.2.2.3.1.3 Domstolens sammensetning*

I straffesaker settes domstolen med en fagdommer og to meddommere, jf. strprl.§276 1.ledd. Den alminnelige hovedregelen om valg av meddommere følger av dl.§73, som

---

<sup>196</sup> Ot.prp.nr.41(1975-76)s.21

<sup>197</sup> NOU 2004:5 s.455

sier at grunnlaget for valg av meddommer er manntallet over stemmeberettigede ved kommunestyrevalget.

Arbeidsmiljølovens §61B 2.ledd gir særskilte regler om domstolens sammensetning i stillingsvernssaker. Det skal nedsettes et særskilt meddommerutvalg for hvert fylke som består av arbeidslivskyndige personer. Hovedforhandling settes med to meddommere, som oppnevnes etter forslag fra partene fra det særskilt arbeidslivskyndige utvalg. I lagmannsretten settes domstolen med fire meddommere, medmindre partene blir enige om at domstolen kan settes med to meddommere, jf. §61C 1.ledd. Tanken er at meddommerne skal kunne belyse de særskilte interesser som melder seg på arbeidstaker- og arbeidsgiversiden. Meddommerne skal likevel være nøytrale og ikke fremstå som representanter for den ene eller den andre siden. Det fremgår ikke direkte av loven, men det er antatt at domstolen må settes med like mange representanter fra arbeidsgiver og arbeidstakersiden.<sup>198</sup>

For å kunne forene stillingsvernssaker med straffesaker, uten hinder av reglene om meddommere, må enten straffesaken kunne settes med meddommere fra det arbeidslivskyndige meddommerutvalg, eller aml.§61 må kunne fravikes med den følge at stillingsvernssaken behandles med alminnelige dommere i straffesaken.

I Rt.2002.981 var spørsmålet om retten i en stillingsvernssak kunne settes med andre særskilte dommere etter dl.§88. Høyesterett uttaler at ”bestemmelsene [aml.§§ 61, 61 a,b,c] må forstås slik at de uttømmende regulerer når meddommere skal oppnevnes og framgangsmåten ved oppnevningen, og at bare meddommere fra de særskilte arbeidslivskyndige meddommerutvalg kan oppnevnes”. Støtte for lovforståelsen finner retten i Op.prp.nr.78 1980-81 s.8. Retten konkluderte med at oppnevning etter dl.§88 ikke kan finne sted i stillingsvernssaker. Aml.§61C 4.ledd åpner for at retten kan settes uten meddommere dersom partene og retten er enige i at det er unødvendig med meddommere. Det er imidlertid antatt at i den grad retten ikke settes med arbeidslivskyndige meddommere, skal ikke retten settes med meddommere overhode.<sup>199</sup> Bestemmelsen er dermed ikke til hjelp i denne sammenhengen. Det er således utelukket

---

<sup>198</sup> Fougner, Arbeidsavtalen,s.381-382

<sup>199</sup> Friberg,s.681

at retten kan avgjøre stillingsvernssaker med andre meddommere enn fra de arbeidslivskyndige utvalg.

Spørsmålet blir etter dette om retten i straffesaker kan settes med de arbeidslivskyndige meddommerne. Valg av meddommere følger av domstoloven kap.4. Hovedregelen er at det skal oppnevnes ett utvalg for kvinner og ett for menn. Utvalget skal velges ut i fra manntallet av stemmeberettigede ved kommunestyrevalg, jf. dl.§73. Det følger av strprl.§277 2.ledd at retten kan beslutte at domstolen skal settes med særlig kyndige meddommere etter dl.§88. Dl.§88 1.ledd angir at oppnevning av særskilte meddommere kan være aktuelt der det er behov for særlig kyndighet. Hvorvidt retten finner grunnlag for å benytte meddommere fra det særlige arbeidslivskyndige utvalg, vil måtte avgjøres ut i fra en konkret, skjønnsmessig vurdering.<sup>200</sup>

Retten kan etter dette settes med særskilte arbeidslivskyndige meddommere i straffesaken, forutsatt at retten finner behov for særlig kyndige meddommere, jf. strprl.§277, jf. dl.§88. Det er i flere saker uttalt at det er retten som avgjør hvorvidt det skal gjøres bruk av sakkyndige meddommere.<sup>201</sup> Partene har således ikke krav på at retten settes med arbeidslivskyndige meddommere i straffesaken.

Konklusjonen blir etter dette at det antagelig er mulig å behandle de sivile krav som borgerlige rettskrav sammen med straffesak etter strprl.§3, forutsatt at arbeidsgiver samtykker i å følge vernetingsreglene i aml.§61B, jf. strprl.§16 og retten finner behov for å sette domstolen med arbeidslivskyndige meddommere, jf. strprl.§277, jf. dl.§88. Dersom forslaget til ny arbeidslivsløve vedtas, og de særlige vernetingsreglene i aml.§61B oppheves, vil det bero på rettens vurdering om sakene kan behandles felles med de samme meddommere.

### 8.2.3 Oppsummering

Jeg har i det foregående gjennomgått de materielle og prosessuelle utfordringer bruk av strl.§410 byr på. Oppsummeringsvis er bestemmelsen per i dag er lite tilgjengelig.

---

<sup>200</sup> Bøhn,s.221

<sup>201</sup> F.eks. Rt.1992.275,Rt.1999.801

Dersom straffebestemmelsen skal bidra til effektivisere arbeidstakers rett til å stå i stillingen ved å forhindre at det gis urettmessig avskjed, forutsetter det, etter min mening, to endringer.

For det første bør straff for urettmessig avskjed plasseres i aml.§85 sammen med arbeidsgivers øvrige straffeansvar for brudd på arbeidsmiljøloven. Skal bestemmelsen ha en preventiv effekt, må den være kjent. Slik arbeidsmiljøloven fremstår i dag, kan det se ut som urettmessig avskjed er unntatt fra straffeansvar. Det vil også være mest lovteknisk logisk at arbeidsgivers straffeansvar for overtredelse av arbeidsmiljølovens regler er samlet.

For det andre bør bestemmelsen også straffesanksjonere uaktsom overtredelse. Både hensynet til å skjerpe arbeidsgivers undersøkelsesplikt, slik at uaktsom faktisk villfarelse ikke fritar for straff, og muligheten for at det skal la seg gjøre å bevise skyld, tilsier at skyldkravet endres. Straffelovkommisjonen uttrykker i NOU 2002:4 s.87-88 skepsis til å kriminalisere uaktsomhet på grunn av bevishensyn. Den finner at dette vil være en senkning av beviskravet som er satt til vern av borgerne på strafferettens område. Strandbakken tar til motmæle mot dette syn i sin bok "Uskyldspresumsjonen" s.620. Han finner det lite treffende å betrakte en endring fra forsettskrav til uaktsomhetskrav som en senkning av beviskrav. Han ser det heller som et skjerpet krav til borgernes handlemåte. Han oppsummerer med å si at i den grad skyldkravet ikke objektiviseres, skaper endring fra forsett til uaktsomhet ikke problemer i forhold til prinsippet om "ingen straff uten skyld". Det vil ikke være i strid med uskyldspresumsjonen, så lenge tvilsprinsipper i forhold til faktum anvendes. Etter min mening er Strandbakkens oppfattelse mer treffende enn det straffelovkommisjonen uttaler i NOU 2002:4. Jeg finner det derfor ikke betenkelig å endre skyldkravet ut i fra hensynet til bevis. Jeg heller ingen grunn til at overtredelse av avskjed skal kreve forsett, mens overtredelse av arbeidsmiljøloven forøvrig "bare" krever uaktsomhet, jf. aml.§85.

Straffeforfølgning krever i utgangspunktet at påtalemyndigheten finner det hensiktsmessig å straffeforfølge saken. I den grad bestemmelsen skal anvendes, er det mest aktuelle at påtalemyndigheten utferdiger forelegg. De fleste saker vil antagelig henlegges. Alternativet privat straffesak er vurdert, og muligheten for at fagforeninger

på vegne av sine medlemmer skal kunne ha partsevne i privat straffesak om urettmessig avskjed, er diskutert. Etter mitt skjønn kan det være grunn til å vurdere om også fagorganisasjoner bør kunne reise privat straffesak for brudd på strl.§410. Muligheten for felles behandling etter reglene om borgerlig rettskrav, vil primært være aktuelt der det reises privat straffesak. Som jeg har vist, foreligger det en viss mulighet for felles behandling, på tross av de særskilte prosessregler i aml.§§ 61 flg.

### 8.3 Bør urettmessig avskjed straffesanksjonerer?

Spørsmålet i denne sammenheng er hvorvidt rettsstridig avskjed bør straffesanksjonerer ut i fra effektivitetshensyn. Jeg viser til at det i kap.1.2 er avgrenset mot en generell drøftelse av om slike kontraktsovertredelser bør være belagt med straff. Drøftelsen inneholder to hovedelementer. For det første er det spørsmål om urettmessig avskjed bør være belagt med straff. Hvis dette spørsmålet besvares bekreftende, blir det andre spørsmålet om ethvert tilfelle av urettmessig avskjed bør straffelegges.

Straffelovkommisjonen<sup>202</sup> angir i sine kommentarer at straffelovens §§ 409-412 ikke bør videreføres. Under bestemmelsen i §409 uttales at *"dette er en handlingstype som ikke bør være straffesanksjonert. En straffetrussel vil under enhver omstendighet ikke høre hjemme i straffeloven, men eventuelt i arbeidsmiljøloven..."*, videre sies under §410 *"her blir vurderingene det samme som for strl.§ 409"*. Kommisjonen ønsker primært å fjerne straffesanksjonene helt, alternativt å flytte dem til arbeidsmiljøloven. Straffelovkommisjonen begrunner ikke nærmere sin antagelse om at denne typen handlinger ikke bør straffesanksjonerer.

Det å bli urettmessig avskjediget fra sin stilling vil i mange tilfeller kunne oppleves som langt mer alvorlig enn andre overtredelser som vårt lovverk reagerer med straff overfor. Det er, som nevnt innledningsvis i kap.8, vanlig å sanksjonere kontraktsrettsbrudd med økonomiske virkemidler. Arbeidslovgivningens sosial karakter gjør at den på mange måter skiller seg fra alminnelige kontraktsrett. Kostnader ved urettmessig avskjed fra arbeidsgivers side transporteres i stor grad til det offentlige i form av trygdeutgifter og sosialstønad. Således er det også i det offentlige interesse at brudd forhindres.

---

<sup>202</sup> NOU 2002:4, kap.10.2

Risiko for store saksomkostningsbeløp kan medføre at urettmessig avskjed ikke forfølges rettslig. Er arbeidstaker organisert i et fagforbund kan vedkommende få støtte til å føre saken så vel økonomisk som juridisk. Er den avskjedigede uorganisert, er vedkommende prisgitt egne personlige og økonomiske ressurser. For denne gruppen kan det tenkes at det er en lavere terskel for å gå til anmeldelse av forholdet. Det kan da argumenteres for et straffealternativ ut ifra et rettsikkerhetssynspunkt. Det seneste året har det vært flere eksempler i media på at det hentes inn utenlandske arbeidstakere for å utføre akkordarbeid, gjerne tilknyttet gårdsdrift. Det har vært avdekket en rekke kritikkverdige forhold både i forhold til avlønning og arbeidsvilkår. Det er ikke utenkelig at tilsvarende gruppe kan utsettes for urettmessig avskjed. Disse arbeidstakere vil i liten grad ha ressurser til å føre egen sivil sak. Det er imidlertid i samfunnets interesse å verne om at arbeidsmiljølovens regler etterleves. Muligheten for at det kan reises straffesøksmål kan også ha en heldig signaleffekt overfor arbeidsgivere som eventuelt spekulerer i at arbeidstaker ikke vil ha ressurser til å forfølge saken. Særlig overfor gjengangere er det viktig å kunne markere samfunnets reaksjon på forholdet.

Hensynet til ressursbruken hos påtalemyndigheten må tas med i vurderingen. Det er en kjent sak at påtalemyndigheten har begrensede ressurser. Det er hele tiden en prioritering av hvilke saker som skal forfølges. Spørsmålet er da om det da er rom for å prioritere straff for urettmessig avskjed. Det kan argumenteres med at politiet i den situasjon som foreligger er nødt til å la viktigere brudd ligge. Spørsmålet er om det vil være proporsjonalitet mellom den ressursbruk en sak vil innebære og det overgrep en avskjed innebærer. Isolert sett er kanskje ikke overtredelsen så stor. På den annen side er en urettmessig avskjed mer inngripende enn flere andre forhold som påtalemyndigheten straffeforfølger. Også samfunnet har som nevnt interesse i at avskjedsinstituttet ikke misbrukes. Hvis det legges til grunn at bestemmelsen har preventiv effekt, kan kanskje en viss ressursbruk la seg forsvare. Hensynet til påtalemyndighetens ressursbruk er imidlertid et argument for å forbeholde straff til de grovere tilfellene.

Bruk av straff bør antagelig begrenses i den grad mindre inngripende tiltak gir tilfredsstillende effekt. I de fleste tilfeller vil arbeidstaker være godt nok ivaretatt gjennom erstatning og oppreisning etter arbeidsmiljølovens regler. Erstatningens

reparasjonsfunksjon gjør at erstatning i mange tilfeller vil være mer egnet. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der det kan være behov utover det erstatningsreglene kan avhjelpe. Et eksempel kan være at arbeidsgiver ikke har penger til å betale erstatning. Dersom arbeidsgiver ikke har penger å betale erstatning med, hjelper det lite med et erstatningskrav. Å forhindre urettmessige avskjeder er også i samfunnets interesse. Det vil være en lite tilfredsstillende løsning om rettssystemet ikke har mulighet til å sanksjonere arbeidsgivere som bevisst unnlater å overholde stillingsvernreglene. Den arbeidsgiver som ikke har økonomisk styrke til å bære en eventuell bot, kan idømmes subsidiær fengselsstraff, dog ikke ved foretaksstraff, jf. strprl.§28. Trussel om subsidiær fengselsstraff kan bidra til at arbeidstakere ansatt i bedrifter med lite kapital får et mer effektivt stillingsvern. Et annet eksempel på at straff kan være et egnet middel, er dersom avskjeden er et resultat av særlig kritikkverdig bruk av arbeidsgivers styringsrett, og samfunnet ønsker å markere en reaksjon. Eksempelvis hvis to arbeidstakere i fellesskap har gjort seg skyldig i forhold som gir grunnlag for oppsigelse, men bare den ene er gitt avskjed fordi vedkommende i tillegg har en mørkhudet kjæreste.

Jeg antar at det i strafferettslig sammenheng kan være grunn til å vise tilbakeholdenhet, og forbeholde straff til de klarere tilfeller av overtredelse. Som en alminnelig reaksjon på urettmessig avskjed, tror jeg ikke straff er det mest egnede midlet. Jeg antar at arbeidstaker er bedre hjulpet med erstatning og oppreisning i det enkelte tilfellet. I motsetning til straff, har erstatning en gjenopprettende funksjon.<sup>203</sup>

Avskrekkingsfunksjonen kan ivaretas ved å utforme erstatningsreglene slik at bevisst valg av urettmessig avskjed vil gi en erstatningsrisiko som er større enn kostnadene ved oppsigelse. I enkelte tilfeller finner jeg likevel at det vil kunne være behov for en straffehjemmel for urettmessig avskjed. Jeg har allerede nevnt tilfeller der arbeidsgiver ikke har penger til å betale et eventuelt erstatningskrav. Muligheten for subsidiær fengselstraff, kan da bidra til å effektivisere retten til å stå i stillingen for arbeidstakere også i slike bedrifter. Videre har jeg vært inne på de tilfeller der arbeidstakers reelle mulighet til å gå til sivil søksmål er minimal, men hvor det likevel er i samfunnets interesse å reagere. Straff er en sterkere reaksjon enn sivilrettslig erstatning. Selv om bøtenivået i seg selv ikke nødvendigvis isolert sett er tilstrekkelig preventivt, har straff

---

<sup>203</sup> Mærland,s.278

flere sider. Straff er ment å ha en sterkere fordømmelse i seg enn erstatning og oppreisning, selv om oppreisning også innehar et straffeelement. Jeg tror ikke straffen får like stor preventiv virkning dersom enhver urettmessig avskjed møtes med bot. Jeg tror den avskrekkende effekten kan være større dersom straffereaksjon gis når det virkelig er grunn til å vise samfunnets avsky. Da vil straffen i seg selv være mer enn en ”ekstra erstatning” eller ”avgift” til det offentlige. Jeg tror også at allmennhetens rettsopfatning tilsier at straff i sin alminnelighet ikke er den best egnede reaksjon på kontraktsbrudd. I de grovere tilfellene bør det kunne la seg forsvare at påtalemyndigheten bruker ressurser på å straffeforfølge den urettmessige avskjed. I den grad det ikke gjøres, er min oppfatning at det kan være rom for å benytte seg av privat straffesak, eventuelt representert ved fagforening.

Oppsummeringsvis finner jeg grunn til å ha mulighet til å ilegge arbeidsgiver straffansvar for urettmessig avskjed. Erstatning bør være det primære reaksjonsmiddel mot urettmessig avskjed, men det kan i tillegg være behov for en straffebestemmelse. Min klare oppfatning er at bestemmelsen bør inntas i arbeidsmiljøloven som et uaktsomhetsansvar. En ”bortgjemt” bestemmelse i straffeloven har ingen preventiv effekt så lenge ingen kjenner til dens eksistens. Det gir tvert i mot en uheldig signaleffekt at aml.§85 unntar reglene om oppsigelsesvern uten å henvise til straffehjemmelen i strl.§410. På den måten ser det ut som om urettmessig avskjed ikke er straffbart i det hele tatt. For det andre finner jeg at det på grunn av bevisvanskeligheter bør være et uaktsomhetsansvar. Uaktsomhetsansvar bør også innføres på grunn av problemene med faktisk villfarelse. Det er bedre i samsvar med at øvrige bestemmelser om straff i arbeidsmiljøloven, og spesiallovgivningen forøvrig, opererer med et uaktsomhetsansvar. Etter min mening bør imidlertid straff etter strl.§410 forbeholdes de tilfeller hvor erstatning ikke er tilstrekkelig, og grovere tilfeller av urettmessig avskjed.



## 9 Litteraturliste

### Litteratur

- Aall, Jørgen: *Rettergang og menneskerettigheter*, Bergen 1995
- Andenæs, Johs.: *Alminnelig strafferett 4. utgave*, Oslo 1997
- Andenæs, Johs.: *Norsk straffeprosess I, II*, 3. utg., Oslo 2000
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud, Erik: *Straffeprosessloven I,II*, Kommentartutgave, 3. utg., Oslo 2001
- Bøhn, Anders: *Dommstolloven*, Kommentartutgave, Oslo 2000
- Dege, Jan Tormod: *Arbeidsgivers styringsrett bind II*, Oslo 1997
- Dege, Jan Tormod: *Arbeidsrett*, Oslo 2003
- Eskeland, Ståle: *Strafferett*, Oslo 2000
- Evju og Jakhelln: *Arbeidsrettslige emner*, Oslo-Bergen-Tromsø 1979
- Fanebust, Arne: *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 4. utg., Oslo 2001
- Friberg: *Arbeidsmiljøloven*, Kommentartutgave, Revidert av Jan Fougner og Lars Holo, 8. utg., Oslo 2003
- Fougner, Jan: *Arbeidsavtalen*, Oslo 1999
- Gisle, Jon: *Jusleksikon*, Oslo 2002
- Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. opplag, Oslo 2003
- Hov, Jo: *Rettergang I, II, III*, Oslo 1999
- Hov, Jo: *Fornærmedes stilling i straffeprosessen*, Bergen 1983
- Høstmælingen, Njål: *Internasjonale menneskerettigheter*, Oslo 2003
- Iversen, Torsten: *Erstatningsberegning i kontraktsforhold*, 1. utg., København 2000
- Jakhelln, Henning: *Oversikt over arbeidsretten*, 2. utg., Oslo 1996
- Kjerschow, P: *Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 og Lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttreden av 22. mai 1902*, Kommentartutgave, Oslo 1930
- Krüger, Kai: *Kontraktsrett*, 2. opplag, Bergen 1991
- Larsen, Per Arne: *Arbeidsmiljøloven*, Kommentartutgave, Oslo 1999
- Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett* 4. utgave, Oslo 1999
- Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders: *Straffeloven tredje del forseelser*, kommentartutgave, Oslo 1998
- Michelsen, Hans M.: *Sivilprosess*, Oslo 1999
- Mæland, John Henry: *Æreskrenkelser*, Bergen 1986

Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, 5.utg., Bergen 2000  
Schei, Tore: *Tvistemålsloven med kommentarer bind II*, Oslo 1990  
Simonsen, Lasse: *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997  
Skoghøy, Jens Edvin A.: *Tvistemål*, Oslo 1998  
Slettan, Svein og Øie, Toril Marie: *Forbrytelse og straff*, 2. opplag, Oslo 2000  
Strandbakken, Asbjørn: *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003  
Vigerust, Elisabeth: *Arbeid, barn og likestilling*, Oslo 1998  
Zimmer, Frederik: *Lærebok i skatterett*, 4. utgave, Oslo 2001  
Norsk lovkommentar, (Karnov), hovedredaktør; Peter Lødrup, Knut Kaasen og Steinar Tjomsland, [4.utg], Oslo 2002  
Knophs oversikt over norsk rett, utgitt av Kåre Lilleholt, Oslo 2004

#### Internettssider

[www.lovdato.no](http://www.lovdato.no)  
[www.easyfind.no](http://www.easyfind.no)  
[www.paragrafen.no](http://www.paragrafen.no)

#### Artikler

Henning Jakhelln: *Om effektivisering av sanksjonssystemet ved overtredelse av ytringsfrihetens grenser for rasistiske ytringer m.v.*, Arbeidsrettslige studier IV s.1755, Oslo 2000  
Evju, Stein: *Rett til å stå i stilling?*, Lov og Rett nr.6 1980 s. 243  
Gjems-Onstad, Erik: *Diskriminering og omvendt bevisbyrde i norsk rett*, Juristkontakt 3/2004 s.38  
Hagstrøm, Viggo, *Compensatio lucri cum damno*, Jussens Venner hefte 3 2001 s.157  
Hagstrøm, Viggo, *Skjønn over erstatningsutmåling i kontrakt*, Festskrift til Berhnhard Gomard, s.143  
Matningsdal, Magnus, *Straffeansvar for foretak*, Jussens Venner 1998 s.98  
Nygaard, Nils, *Plassering av tvilsrisiko for hypotetisk årsak*, Lov og Rett nr.9 2000 s.515  
Nygaard, Nils, *Faktum, jus, rettskjeldelæra og bevisreglane*, TfR nr 1-2 2002 s.33  
Nygaard, Nils, *Utviklingstrekk i skadebotretten*, Jussens Venner hefte 5 1997 s.267

[http://www.justorget.no/article/frontpage\\_article.asp?Key=28FagKey=171&ArtKey=17](http://www.justorget.no/article/frontpage_article.asp?Key=28FagKey=171&ArtKey=17)

2

Dommer:

Høyesterett

Rt.2003.1006

Rt.2002.712

Rt.2002.981

Rt.2002.1312

Rt.2002.349

Rt.2001.1253 (Dolphin-dommen)

Rt.2001.956

Rt.2001.501 (Tollpost Globe)

Rt.2000.1800

Rt.2000.1451

Rt.2000.1158

Rt.2000.739

Rt.2000.679

Rt.1999.1998

Rt.1999.1363

Rt.1999.1158

Rt.1999.801

Rt.1999.184 (Naskedommen)

Rt.1998.2011

Rt.1998.740

Rt.1998.652

Rt.1998.244

Rt.1998.186

Rt.1996.1718

Rt.1996.1401

Rt.1995.278

Rt.1995.1580

Rt.1995.1641

Rt.1994.1522

Rt.1994.800  
Rt.1993.1327  
Rt.1993.1283  
Rt.1993.1096  
Rt.1993.908  
Rt.1993.17  
Rt.1992.1681  
Rt.1992.1547  
Rt.1992.1023 (Flykapteindommen)  
Rt.1992.812  
Rt.1992.550  
Rt.1992.275  
Rt.1992.267  
Rt.1992.64  
Rt.1991.956  
Rt.1991.648  
Rt.1991.330  
Rt.1991.236  
Rt.1990.908  
Rt.1990.688  
Rt.1990.560  
Rt.1989.1041  
Rt.1989.231  
Rt.1989.225  
Rt.1989.733  
Rt.1988.1418  
Rt.1988.959 (Henki-saken)  
Rt.1986.722  
Rt.1986.1429  
Rt.1985.941  
Rt.1984.400  
Rt.1984.337  
Rt.1983.1283  
Rt.1982.1903

Rt.1982.1794  
Rt.1982.1022  
Rt.1980.1299  
Rt.1980.598  
Rt.1977.774  
Rt.1976.239  
Rt.1972.1350  
Rt.1972.1330  
Rt.1967.777  
Rt.1966.393  
Rt.1963.1013  
Rt.1959.900  
Rt.1937.62  
Rt.1935.467  
Rt.1911.637

#### Arbeidsretten

ARD 1981-1983 s.376

#### Lagmannsrett

RG.1996.202

LA-2002-00885 Agder lagmannsrett – Dom. 2002-12-23

LA-1998-00857 Agder lagmannsrett – Dom. 1999-02-24

LB-2002-03797 Borgarting lagmannsrett – Dom. 2003-09-16

LB-2001-00780 Borgarting lagmannsrett – Dom. 2002-11-04

LB-1999-00289 Borgarting lagmannsrett – Dom. 1999-04-07

LG-2002-01885 Gulating lagmannsrett – Dom. 2003-05-12

LG-2002-01998 Gulating lagmannsrett – Dom. 2003-04-11

LE-1993-01998 Eidsivating lagmannsrett – Dom. 1995-01-16

#### Tingrett

Oslo Tingretts dom av 10.mars 2004 (ikke rettskraftig)

#### Lover

Lov 1977-02-04 nr. 4 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven)  
Lov 1915-08-13 nr.5 Lov om domstolene (domstolloven)  
Lov 1997-02-28 nr.19 Lov om folketrygd (folketrygdloven)  
Lov 1967-02-10 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)  
Lov 1902-05-22 nr.10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)  
Lov 1981-05-22 nr.25 Lov om rettergangsmåter i straffesaker (straffeprosessloven)  
Lov 1983-03-04 nr.3 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven)  
Lov 1992-06-26 nr.86 Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring  
(tvangsfullbyrdelsesloven)  
Lov 1915-08-13 nr.6 Lov om rettergangsmåten i tvistemål (tvistemålsloven)  
Lov 1993-06-04 nr.58 Lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.  
(allmenngjøringsloven)  
Lov 1981-05-29 nr.38 Lov om viltet (viltloven)

#### Forarbeider

NOU 2004:5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2002:4 Ny straffelov

NOU 1995:10 Reformen innen injurielovgivningen

NOU 1992:20 Godt arbeidsmiljø er lønnsomt

NOU 1989:11 Straffeansvar for foretak

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under utforming

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

Ot.prp.nr.4 (1994-95) Om lov om endringer i straffeloven m.m

Ot.prp.nr.3 (1975-76) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot.prp.nr.78 (1980-81) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr.4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. og i visse andre lover

Ot.prp.nr.27 (1990-91) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffeansvar for foretak)

Ot.prp.nr.26 (1992-93) Om lov om allmenngjøring av tariffavtaler m.v.

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

Ot.prp.nr.101 (2001-02) Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (overtidsarbeid, stillingsvern for toppledere)

Ot.prp.nr.104 (2002-03) Om lov om endringer I lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.

