



**LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER,  
MED FOKUS PÅ ARBEIDSFORHOLD**

**Av Harald Sletten**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap*

*Ved Universitetet i Tromsø*

*Det juridiske fakultet*

*Høsten 2008*

# Innhold

1. Innledning.....	3
1.1 Problemstilling.....	4
1.2 Rettskildebildet.....	5
1.3 Avgrensning.....	6
1.4 Fremstillingens oppbygning.....	6
2. Arbeidsrettens avtalerettslige element.....	7
3. Avtalerettslig grunnlag for læren om bristende forutsetninger.....	10
3.1 Forutsetningslærens utgangspunkt.....	10
3.2 Vilkår.....	11
3.2.1 Synbarhet.....	12
3.2.2 Motiverende og vesentlig.....	14
3.2.3 Forutsetningen må være relevant.....	15
3.3 Særlig rettsgrunnlag for forutsetningslæren i arbeidsforhold.....	16
3.4 Følger ved at det inntreer bristende forutsetninger i arbeidsforhold.....	18
4. Sentrale hensyn og prinsipper i arbeidsforhold.....	22
4.1 Saklig utøvelse av styringsretten.....	23
4.2 Kravet til forutberegnelighet.....	25
4.3 Sosiale forhold.....	25
4.4 Risikobetraktninger.....	26
5. Typetilfeller.....	27
5.1 Arbeidsgivers forutsetninger.....	28
5.1.1 Manglende kvalifikasjoner hos arbeidstaker.....	28
5.1.2 Troverdighet og pålitelighet.....	30
5.1.3 Fysiske og psykiske forhold.....	32
5.2 Arbeidstakers forutsetninger.....	34
5.2.1 Sosiale forhold.....	35
5.2.2 Virksomhetsoverdragelse.....	37
5.2.3 Arbeidsmiljø/Psykososiale forhold.....	39
5.2.4 Stillingsinnhold/Karriere.....	41
6. Forholdet til avtalelovens § 36.....	42
7. Avslutning.....	45
8. Kilder.....	47
Litteratur.....	47
Forarbeider.....	47
Rettspraksis.....	48
Lagmannsrett.....	48
Tingrett.....	48

# 1. Innledning

Det blåser en forandringens vind over verden, med stadig økende styrke. Vi utsettes for ulike krefter som bidrar til både kontinuitet og endring, og vi lever våre yrkesaktive liv i skjæringsfeltet mellom stabilitet og forandring. Vårt perspektiv og ståsted definerer hvilke krefter vi oppfatter som ønskelige eller som problematiske. Uavhengig av ståsted søker vi å kontrollere de livsbetingelser vi eksponeres for.

Et eksplisitt uttrykk for denne kontrollsøken er vår rettshistorie som har forgreininger både i romersk, eldre germansk og norditaliensk rett. Logisk tenkning og fornuft frigjort fra religion førte til rettslige løsninger på mange av livets problemer. Logisk tenkning banet vei for teknologiske framskritt, industriell revolusjon og en sterk økning i levestandard. Rettsoppfatninger utviklet gjennom sedvanerett bygget på folks vaner og behov, og ble etter hvert også uttrykt av domstolene. Tidligere oppfatninger har dermed manifestert seg som gjeldende rettsregler.

En professor fortalte meg en gang at å endre lovverket ofte er som å vende et tankskip, det må gjøres rolig og kontrollert samtidig som man må ta tiden til hjelp. En endring i lovverket innebærer ikke bare en endring i ord, men også en endring av folks alminnelige rettsbevissthet.

Vår lovgivning er altså basert på inntrykk og erfaringer utenfra. I nyere tid er lovsamarbeidet mellom de nordiske landene et viktig trekk. Dette gjelder også lovgivningen på avtalerettens og arbeidsrettens område som jeg har valgt å konsentrere meg om. Avtalenes bindende vesen bidrar hver dag til at verdier skapes og at relasjoner kan stoles på. Avtaler er således et av de mest sentrale verktøyene to parter har for å forplikte og gi rettigheter. Videre er en avtale et nasjonalt, og internasjonalt, anerkjent instrument for å binde to parter sammen.

Jeg har valgt å fokusere på et tema som er lite belyst i rettspraksis. Jeg ønsker å drøfte adgangen til å anvende læren om bristende forutsetninger på arbeidsavtaler, og forholdet til de preseptoriske (ufravikelige) reglene i arbeidsmiljøloven. Det eksisterer lite rettspraksis om emnet, og jeg finner det interessant å kunne bruke denne avhandlingen til å se nærmere på dette temaet.

Arbeidsmarkedet har de senere år vært preget av større sirkulasjon med hyppige jobbskifter og økende krav fra arbeidstaker til arbeidsplass, arbeidsforhold og andre betingelser. Vi er akkurat inne i en tid med nedgangskonjunktur der dette mest sannsynlig vil endres. I media antydes en økning i ledighet på rundt 50% neste år. Dette er i utgangspunktet ikke dramatiske tall, men det vil mest sannsynlig gi en effekt ved at maktforholdet i arbeidsmarkedet snur. Det vil bli viktigere å holde på jobben enn å stå på kravene i forhold til ulike forutsetninger fra arbeidstakers side, mens arbeidsgiver kan tenkes å få større behov for å kunne bruke reglene om bristende forutsetninger. Reglene om bristende forutsetninger vil være aktuelle til enhver tid, men hvem som gjør de gjeldende vil altså basere seg på tilgangen til arbeidskraft, og de økonomiske forholdene ellers i samfunnet.

Ved etableringen av arbeidsforhold er det mange elementer arbeidsgiver og arbeidstaker skal oppnå enighet om. Disse er som regel nedfelt i en skriftlig avtale eller kontrakt. Noen ganger kan de være avtalt muntlig eller kun være en uutalt forutsetning fra en av partene. Viser det seg at de reelle forholdene ikke er i samsvar med forutsetningene for avtalen kan en av partene oppleve det som et avtalebrudd. En av partene kan føle seg ført bak lyset av den andre. Dette fordi at de har hatt andre forventninger til avtalen, fått lovnader eller forespeilinger som ikke har blitt, eller heller ikke kan bli oppfylt.

Felles for slike forhold er at de utgjør en endring som ikke samsvarer med det som er avtalt, eller var en forutsetning ved inngåelsen av arbeidsavtalen. Av den grunn ønsker arbeidsgiver eller arbeidstaker å frigjøre seg fra avtalen.

## **1.1 Problemstilling**

Det har til alle tider vært uenighet om innhold i avtaler. Så også når det gjelder arbeidsavtaler. Av den grunn finnes det en rekke lover og regler og lokale tilpasninger som er utarbeidet for å regulere forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Hvilken betydning får så bristende forutsetninger i denne sammenheng? Når blir læren om bristende forutsetninger brukt? På hvilken måte kan partene dra nytte av å legge bristende forutsetninger til grunn for å fri seg fra inngåtte avtaler? Dette er spesielt interessant i tiden framover når vi går fra en høykonjunkturperiode til lavkonjunktur på

arbeidsmarkedet. Jeg har derfor valgt følgende tema for avhandlingen:

## **Hva kan anses å være en bristende forutsetning ved inngåelse av arbeidsavtalen, og når kan bristende forutsetninger være grunnlag for å fri seg fra den?**

I den følgende fremstillingen vil hovedfokuset ligge på hva som kan ansees for en bristende forutsetning, og når den kan utgjøre et grunnlag for å fri seg fra en arbeidsavtale. Det rettslige grunnlaget for læren om bristende forutsetninger finner en i den alminnelige avtaleretten, supplert med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på arbeidsrettens område.

### **1.2 Rettskildebildet**

Rettskildebildet for læren om bristende forutsetninger er noe spesielt da det er tale om å anvende den alminnelige avtaleretten i et arbeidsrettslig perspektiv. Læren om bristende forutsetninger grenser således mot mislighold og ugyldighet på avtalerettens område, og på den annen side mot regler om opphør av arbeidsforhold i arbeidsmiljøloven.

Læren om bristende forutsetninger er utviklet gjennom den alminnelige avtaleretten, og den danner det rettslige utgangspunktet for min problemstilling. Rettskildefaktorer som anvendes i min fremstilling på avtalerettens område er forarbeider, rettspraksis, reelle hensyn og juridisk teori.

Rettsgrunnlaget for forutsetningslæren i arbeidsretten er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, eller sedvanerett. Det vil si at rettspraksis, juridisk teori, sedvane og reelle hensyn vil utgjøre de mest sentrale kildene i rettskildebildet. Noe av teorien som foreligger er av eldre karakter og må leses i lys av at den er utarbeidet før avtalelovens § 36 ble innført.<sup>1</sup>

På det arbeidsrettslige området er det vanligvis noen rettskildefaktorer som har en særskilt betydning. Reelle hensyn er en faktor som må vektlegges spesielt. Ofte har endringer og andre disposisjoner i arbeidsforholdet stor sosial, økonomisk og personlig betydning, ofte større enn på andre områder, som for eksempel kjøp. Dermed må de grunnleggende hensynene som ligger til

---

<sup>1</sup> Nærmere om forholdet mellom avtl. § 36 og forutsetningslæren i punkt 6.

grunn for den arbeidsrettslige reguleringen tillegges vekt sammen med de generelle prinsippene på rettsområdet.

I tillegg er det nødvendig å nevne at praksis fra Arbeidsretten kan få betydning, men at deres avgjørelser er ikke fremtredende i forhold til denne problemstillingen.

### **1.3 Avgrensning**

Forutsetningene som blir behandlet i denne fremstillingen er de bristende forutsetningene. Det er forutsetninger som var faktisk riktige på avtaletidspunktet, men som i ettertid viser seg å ikke bli, eller kunne bli oppfylt. De forhold som var forutsatt på avtaletidspunktet må således endre seg etter, eller i løpet av, avtaleforholdet.<sup>2</sup> Uriktige forutsetninger, altså forutsetninger som var uriktige på avtaletidspunktet, blir ikke behandlet her.

I den videre fremstillingen kommer jeg ikke til å gå inn på reguleringer i avtaleverk fremforhandlet av arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner. Innenfor partenes avtalefrihet kan tariffavtalene gi arbeidstaker eller arbeidsgiver bedre rettigheter enn det som følger av de alminnelige reglene. Videre tar jeg ikke stilling til uriktige forutsetninger og deres sammenheng med avtl. § 33.

Force majeure er en særlig type etterfølgende omstendigheter. Begrepet force majeure betyr en handling gjort av en høyere makt på fransk, og er ganske forklarende for hvilke tilfeller som skal omfattes. Ved force majeure er det hjemlet særlige rettsfølger i arbeidsforhold, for eksempel særskilte oppsigelsesfrister, jfr. aml. § 15-3 nr 10 og adgangen til å permittere med to dagers varsel. Jeg går ikke nærmere inn force majeure i denne avhandlingen.

### **1.4 Fremstillingens oppbygning**

Innledningsvis i oppgaven redegjør jeg for arbeidsrettens avtalerettslige element. Deretter går jeg over til å klarlegge det avtalerettslige grunnlaget for læren om bristende forutsetninger, jeg ser på

---

<sup>2</sup> Lehrberg Bert, «Förutsättningsläran», Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 23, 1989, side 79-80.

forutsetningslærens utgangspunkt, først den alminnelige avtaleretten og deretter de særlige rettsgrunnlag på arbeidsrettens område. Sentrale hensyn og prinsipper som gjelder generelt på arbeidsrettens område, og som får anvendelse ved vurdering av om det foreligger bristende forutsetninger behandles før jeg går inn på typetilfellene som kan være aktuelle i tilknytning til problemstillingen. Forholdet til avtalelovens § 36 og egne vurderinger fremstilles avslutningsvis.

## 2. Arbeidsrettens avtalerettslige element

En arbeidsavtale er i utgangspunktet en ordinær avtale mellom to parter. Hvorvidt en bindende avtale er inngått mellom partene avgjøres etter de alminnelige avtalerettslige reglene. En bindende avtale er inngått dersom partene har blitt enige om de vesentligste punkter i avtalen. I arbeidsforhold kan de vesentligste elementene være lønn, arbeidstid, arbeidssted og stillingsinnhold.<sup>3</sup> Arbeidsmiljøloven (aml.) § 14- 5 om kravet til skriftlig arbeidsavtale, og aml. § 14-6 om kravet til innholdet i den skriftlige arbeidsavtalen er regler som skal ivareta notoriteten i arbeidsforholdet. Bestemmelsene skal gjøre det klart hva partene har avtalt, og skal bidra til å unngå usikkerhet rundt avtaleforholdet. De gir således ikke uttrykk for når en bindende arbeidsavtale er inngått. Dersom kravene etter aml. § 14-5 og § 14-6 er oppfylt vil det dog som oftest foreligge en bindende avtale mellom partene. Minimumskravet etter bestemmelsene til hva arbeidskontrakten skal inneholde går lenger enn hva som kreves for at det skal foreligge en arbeidsavtale.

I det følgende skiller jeg tydelig mellom de to begrepene. En arbeidsavtale utledes av de alminnelige avtalerettslige reglene, mens arbeidskontrakten er den skriftlige kontrakten som skal foreligge etter arbeidsmiljøloven § 14-5 og § 14-6..

Et arbeidsforhold er etablert når vilkårene i aml. § 1-8 er oppfylt. Det vil si at definisjonen av arbeidstaker og arbeidsgiver er avgjørende for når reglene i arbeidsmiljøloven skal komme til anvendelse. Et arbeidsforhold er således et begrep som utledes av at det både er en arbeidsgiver og en arbeidstaker. For arbeidstaker er spørsmålet om han *«utfører arbeid i annens tjeneste»* avgjørende, jfr. aml. § 1-8 første ledd. Arbeidsgiver er *«enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste.»*, jfr. aml. §1-8 annet ledd. Dersom begge leddene er oppfylt kan en

---

3 Jan Fougner, «Arbeidsavtalen – utvalgte emner», 1999, side 174.

omtale forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som et arbeidsforhold. Er arbeidsforholdet etablert har en gått over fra det rent avtalerettslige perspektivet til å også være underlagt preseptorisk lovgivning.

Foreligger det ikke et arbeidsforhold, kan det i mange tilfeller foreligge et oppdragsforhold. I oppdragsforhold vil ikke arbeidsmiljølovens regler komme til anvendelse, men regler om kjøp av tjenester m.v. mellom to alminnelige kontraktsparter. Hvorvidt det da er tale om et arbeidsforhold mellom arbeidstaker og tjenesteyter må basere seg på en vurdering av om vilkårene i aml. § 1-8 er oppfylt.

Arbeidsavtaler og arbeidskontrakter skal altså tolkes med bakgrunn i de alminnelige avtalerettslige reglene. I arbeidsmiljøloven finner en regler om terminering av arbeidsforhold som ikke kan fravikes til ugunst for arbeidstaker, jfr. aml. § 1-9. Arbeidsmiljølovens kapittel 15 angir konkrete regler for oppsigelse i prøvetid, oppsigelse utenfor prøvetid, og avskjed. Reglene er utformet i den hensikt å verne arbeidstakeren mot ugrunnede og vilkårlige disposisjoner fra arbeidsgivers side. Videre gjelder reglene i utgangspunktet kun for disposisjoner gjort av arbeidsgiver. Konsekvensen er at oppsigelse og avskjed fra arbeidstaker ikke er underlagt de samme materielle begrensningene som arbeidsgiver. Gjennomføringen av oppsigelse fra arbeidstakers side er derimot underlagt begrensninger blant annet i reglene om gjensidig oppsigelsesfrist og skriftlighet, jfr. aml. § 15-3, og § 15-4 nr. 1.

Arbeidsgiver må, etter tiltredelse, forholde seg til de preseptoriske reglene om arbeidsforholdets opphør. Derimot sier Rt. 1988 side 766 at *før tiltredelse* vil det gjelde et prinsipp om at de alminnelige avtalerettslige reglene kommer til anvendelse på avtalen. Saksforholdet i kjennelsen var at en lærer hadde søkt på et kortere vikariat ved en skole fra 15. august til 20. desember. Etter at hun hadde mottatt tilsettingsbrevet sendte hun en bekreftelse på at hun aksepterte ansettelsen, men at hun samtidig søkte om svangerskapspermisjon kun én måned etter vikariatets begynnelse. Arbeidsgiver fritok søkeren fra å begynne i stillingen av hensyn til elevene, og ansatte den som var innstilt som nummer to til stillingen. Høyesteretts kjæremålsutvalg støttet standpunktet til flertallet i både herredsretten og lagmannsretten. Lagmannsretten sa at siden det ikke var holdepunkter i arbeidsmiljøloven for når en arbeidsavtale er inngått må vanlige avtalerettslige prosessregler anvendes. Et mindretall i lagmannsretten mente at det kunne være støtende at verneregulene ikke inntreer samtidig som at arbeidsgiver forplikter seg til en ansettelse. Etter min mening er kjennelsen riktig, men arbeidsmiljøloven § 1-8 kunne vært vektlagt sterkere ved begrunnelsen.



Arbeidsforholdets start er altså det avgjørende for når vernereglene i arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse. Standpunktet er bekreftet i Rt. 2004 side 76, se særlig premiss 47. I denne dommen var det en person med utdannelse fra utlandet som ikke hadde bestått de riktige prøvene for å få utdannelsen sin godkjent i Norge. Forholdet måtte her, i motsetning til Rt. 1988 side 766, bedømmes etter arbeidsmiljølovens regler, og arbeidsgivers oppsigelse ble erklært ugyldig. Tidspunktet for tiltredelse er drøftet i dommen. Tiltredelsen var formelt passert, men arbeidstaker hadde ikke fysisk tiltrådt stillingen. Høyesterett kom altså til at arbeidstaker var vernet av arbeidsmiljølovens regler selv om han i praksis ikke hadde tiltrådt. Før tiltredelse er det ofte andre forhold som gjør seg gjeldende som opphørsgrunner for avtalen enn etter tiltredelse. Det vil si at tradisjonelle oppsigelses- og avskjedsgrunner som for eksempel ordrenekt, ugyldig fravær og tjenesteforsømmelse i liten grad gjør seg gjeldende. Jakhelln er kritisk til å anvende tiltredelsestidspunktet som en absolutt grense. Han mener at grensen må være mer dynamisk hvor vernehensynene til arbeidstaker er avgjørende slik at han kan ivareta sine interesser. Han mener videre at dommen i Rt. 2004 side 76 ikke kan tas til inntekt som støtte for kjennelsen i Rt. 1988 side 766. Han uttaler at «[n]oe prejudikat for tiltredelse som skille er Rt. 2004 s. 76 under enhver omstendighet ikke, og det fremstår som et åpent spørsmål om tiltredelse er et tilstrekkelig egnet skille til å legges til grunn i fremtidig rettsanvendelse.»<sup>4</sup> Jeg er i noen grad enig med Jakhelln i at grensen nok ikke er helt klar, og at det enkelte tilfellet kan inneholde elementer som taler for en annen anvendelse. Som Rt. 2004 side 76 viser, opererer ikke Høyesterett med et skarpt skille med hva som kan ansees for tiltredelse, og vil på den måten kunne trekke inn de særlige vernehensynene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Etter mitt syn kan man dermed tale om at tiltredelse gjelder som et generelt utgangspunkt, med mindre noe annet er rimelig i det enkelte tilfellet. Hensynet til arbeidstakers omstillingsmuligheter må ivaretas.

De materielle stillingsvernreglene gjelder kun til vern av arbeidstakers stilling, jfr. aml. § 15-7 og § 15-14. Ordlyden i bestemmelsene taler kun om disposisjoner fra arbeidsgivers side. Vern av arbeidsgivers interesser følger i utgangspunktet av avtalemekanismen, og regler for gjennomføringen av oppsigelse fra arbeidstakers side. Arbeidstaker kan dermed anvende bristende forutsetninger både før og etter tiltredelse uten at arbeidsmiljøloven materielt begrenser adgangen. Heving av arbeidsavtalen fra arbeidstakers side, eller avskjed, vil måtte hjemles i den alminnelige avtaleretten. Jakhelln sier at heving av arbeidsavtalen fra arbeidstakers side må skje med bakgrunn i de *alminnelige arbeidsrettslige reglene* da det ikke er hjemlet noen særskilt adgang i arbeidsmiljøloven. Han sier også at heving på grunn av bristende forutsetninger, fra begge parter,

---

4 Jakhelln Henning, «Oversikt over arbeidsretten», 4. utgave, 2006, side 228.

må hjemles i de samme reglene.<sup>5</sup> Hvilke regler som her vises til finner jeg noe uklart. Men etter det foregående må det være tale om at de alminnelige avtalerettslige reglene suppleres med særlige arbeidsrettslige hensyn. Se kapittel 4 om hvilke hensyn som gjør seg gjeldende.

### **3. Avtalerettslig grunnlag for læren om bristende forutsetninger**

#### **3.1 Forutsetningslærens utgangspunkt**

Utgangspunktet i den alminnelige avtaleretten er at partene selv skal bære risikoen for at forutsetninger som ligger til grunn for avtalen enten nedfelles i avtalen eller blir uttalt mellom partene. At partene selv er ansvarlig for at egne forutsetninger blir konkretisert følger av prinsippet om at avtaler skal holdes, jfr. også NL femte bok, første kapittel artikkel 2. Avtalefriheten gjør at det som kan ansees som avtalt som skal holdes i «alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.».

Hva som kan ansees som en del av avtalen må avgjøres ved en tolkning av det enkelte avtaleforholdet etter de avtalerettslige prinsippene. Elementer som forhandlinger, utlysningstekster og intervju vil alle kunne være elementer som inngår i avtalen. Spørsmålet er noe grovt sagt hvilke utsagn og handlinger kan ansees som dispositive utsagn, og om de er akseptert innen fristen, jfr. avtalelovens § 7. Dersom det er tale om dispositive utsagn og de er akseptert av den andre parten vil de inngå som en del av avtalen.<sup>6</sup> Avtaleloven kapittel 3 taler om viljeserklæringer, men begrepet har samme innhold som dagens lære om dispositive utsagn. Grunnleggende er hvorvidt utsagnet er egnet til å stifte rett og plikt mellom partene. Dersom det foreligger en konkret avtale må denne tolkes for å få klarhet i hva som er avtalt mellom partene. Rt. 2000 side 1602 (Nøkkdommen) angir at tolkningsmomenter ved tolkning av arbeidsavtaler blant annet er «stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.» Oppregningen er ikke uttømmende, andre momenter kan gjøre seg gjeldende i det enkelte tilfelle. Dommen er derimot et godt utgangspunkt for hva som er mest sentralt ved tolkningen av arbeidsavtaler og arbeidskontrakter.

Forutsetningslæren ble første gang uttalt av den tyske rettsteoretikeren Bernhard Windscheid i

5 Jakhelln Henning, «Oversikt over arbeidsretten», 4. utgave, 2006, side 470.

6 Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002 side 65-73.

avhandlingen «Die Lehre des römischen rechts von der Voraussetzung» fra 1850. I Norden var danske Julius Lassen den mest betydningsfulle teoretikeren for å innføre en lære om forutsetningssvikt. Begge disse teoretikerne argumenterte for den såkalte subjektive forutsetningslæren. Ernst Møller og Henry Ussing kritiserte den subjektive læren og argumenterte videre for en objektiv lære da den subjektive var meget vanskelig å håndheve. Kombinasjonslærer fremkom også etter hvert. I Norge har den objektive læren fått stor tilslutning både fra domstolene og i den juridiske teori.<sup>7</sup>

Ordet forutsetning kan noen ganger være noe misvisende i forhold til det opprinnelige tyske begrepet «Voraussetzung». Ofte kan det være tale om en uutalt betingelse for avtalen, det kan være en forutsetning som er typisk for området avtalen retter seg mot eller det kan være rene individuelle forhold som må innfortolkes som en del av avtalen. Ussing anså en forutsetning for «en Antagelse, som ligger til Grund for den erklærendes Beslutning om at afgive Viljeserklæringen.»<sup>8</sup> Augdahl sier at en bristende forutsetning er «...alle tilfelle hvor løftegiveren står overfor et forhold – x – som han på løftetiden ikke regnet med og som er egnet til å berøre ham mere eller mindre ubehagelig nettopp i hans egenskap av løftegiver.»<sup>9</sup> Jeg fortsetter i det følgende å benytte begrepet forutsetning da det er et innarbeidet begrep i norsk rett.

Hvilke forutsetninger det kan være tale om i arbeidsrettslige forhold, og i hvilken utstrekning de kan gjøres gjeldende kommer jeg tilbake til nedenfor i punkt 5.

### **3.2 Vilkår**

Læren om bristende forutsetninger i alminnelige avtaleforhold er i dag karakterisert som en sikker rettssetning. I NOU 1979:32 side 36 angir lovgiver at «[e]tter læren om bristende forutsetninger kan en avtalepart unntaksvis tre tilbake fra en avtale dersom han ved avtaleinngåelsen gikk ut fra en forutsetning som siden viste seg å være uriktig. Denne regel om « bristende forutsetninger » kan påberopes uavhengig av de regler det er redegjort for foran og utenom uttrykkelige bestemmelser i vedkommende avtale eller i loven. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor langt denne

---

7 Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», 3. opplag, 2004, side 252.

8 Lehrberg Bert, «Förutsättningsläran», Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 23, Uppsala 1989, side 77, jfr. Ussing H, «Bristende Forudsætninger», Bidrag til Læren om Formuesrettslige Tilsagn, G E C Gads Forlag, Köpenhamn 1918

9 Augdahl, Per, «Den norske obligasjonsretts alminnelige del», 5. utgave, 1984, Oslo, side 144.

ulovfestede regel rekker, idet hvert enkelt tilfelle må vurderes isolert.» Uttalelsen viser helt klart at lovgiver anerkjenner eksistensen av forutsetningslæren som adgang til lemping av avtaler.

I proposisjonen til avtl. § 36 fremkommer lovgivers syn på læren om bristende forutsetninger som at «praksis viser at det skal mye til for at domstolene vil godta at det foreligger en relevant bristende forutsetning, selv om man kan ane en viss oppmyking i nyere avgjørelser. Som hovedbetingelser gjelder at avviket fra den regulære utvikling må være både uventet og vesentlig, og motparten må regulært ha kunnet innse at forutsetningen var vesentlig for løftegiveren. Dessuten må det etter en interesseavveining fortone seg rimelig å la motparten bære risikoen for at forutsetningen viste seg å være feilaktig. Utover dette er det vanskelig generelt å angi hvor langt læren om bristende forutsetninger rekker. Løsningen vil bero på arten av de inntrufne omstendigheter og hele den nærmere konkrete situasjon». <sup>10</sup> Forarbeidene er her et uttrykk for hva som var gjeldende rett ved innføringen av generalklausulen i avtl. § 36. Grunnlaget er fortsatt representativt, og blir bekreftet gjennom nyere rettspraksis.

Rt. 1999 side 922 (Flytebrudommen) er videre illustrerende for det rettslige utgangspunktet. Saksforholdet er at en entreprenør krever tilleggsbetaling for at arbeidet ble vesentlig fordyret da arbeidsmetoder det ikke var tatt høyde for i avtalen måtte anvendes. Høyesterett uttaler i denne saken at entreprenøren har risikoen for de endrede forhold, men at det er en adgang til å begrense risikoen til entreprenøren gjennom læren om bristende forutsetninger. Høyesterett trekker videre frem de nærmere vilkårene for å kunne gjøre gjeldende en bristende forutsetning. Vilrårene er i følge førstevoterende at forutsetningen må ha vært motiverende, synbar og relevant, se side 931 i dommen. At entreprenøren måtte bære en del av risikoen selv viser at det også er et krav til størrelsen på forutsetningssvikten. Dommen gjelder et saksforhold som har stor avstand til arbeidsretten. Vurderingene, og hensynene som ivaretas, i dommen er forskjellige fra det som ville vært aktuelt dersom det var tale om et arbeidsforhold. Sentralt er de rettslige utgangspunktene og kriteriene som oppstilles. Subsumsjonen behandler jeg sammen med typetilfellene nedenfor.

### **3.2.1 Synbarhet**

Forutsetningen må, for å kunne gjøres gjeldende ovenfor medkontrahenten, ha vært synlig ovenfor

---

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) side 35.

denne. Dersom løftemottageren skjønner, eller burde skjønne, at løfteavgiveren har en viss motivasjon for å inngå avtalen vil det være et argument som taler for at løfteavgiveren kan fragå avtalen. Synbarhetskravet er således et spørsmål om medkontrahenten skjønnte, eller burde ha skjönt, at den annen hadde en spesiell motivasjon eller forutsetning for å inngå avtalen. Det er de subjektive forholdene som skal vurderes. Noen ganger kan det være uttalt og drøftet mellom partene, mens andre ganger kan det fremkomme av avtaleforholdet på annen måte som ved passivitet eller handlinger. Vurderingen er således vid hvor alle omstendigheter ved avtaleforholdet kan påvirke den.

Forutsetningene kan deles i to kategorier; typeforutsetningene og de individuelle forutsetningene. Typeforutsetningene omfatter de tilfellene som er typiske for avtaleområdet. Enten det er tale om arbeidsmetoder eller overleveringskutymen vil dette kunne være forutsetninger som kan ansees som synbare for mottakeren selv om de ikke er uttalt mellom partene. For eksempel i en dom fra Oslo tingrett (TOSLO-2007-154090), Nettbydommen. Dommen omhandlet en direktør som i forbindelse med en avskjed hadde utvist illojalitet overfor arbeidsgiver. Det var også inngått en fratredelsesavtale som sikret direktøren lønn og alle goder ut oppsigelsestiden på seks måneder. Illojaliteten som var utvist var tilstrekkelig grunnlag for avskjeden. Men den kunne ikke utgjøre en bristende forutsetning i forhold til fratredelsesavtalen, da det var tale om to forskjellige avtaleforhold. Retten uttaler generelt at typeforutsetninger er «...forutsetninger som alltid er synbare for den annen part...».

Individuelle forutsetninger foreligger dersom det fra den ene parten foreligger særlige personlige eller subjektive forventninger til hva avtalen skal medføre. Medkontrahenten vil i disse tilfellene ikke ha noen foranledning til å gjøre seg kjent med forutsetningen uten at forutsetningen fremkommer i kontraktsforhandlinger eller annen dialog mellom partene. Handlinger kan også gjøre forutsetningen synlig for medkontrahenten. Spørsmålet er således om situasjonen ved avtaleinngåelsen var slik at medkontrahenten skjønnte, eller burde skjønne at det her forelå uuttalte forutsetninger. Ved bedømmelsen av om forutsetningen var synbar for motparten må det legges til grunn en objektiv vurdering av det enkelte forholdet. En objektiv vurdering hindrer at forutsetninger som ikke er eller kan være synbar for motparten kan gis rettsvirkninger etter forutsetningslæren. En subjektiv vurdering vil i for stor grad krenke prinsippet om at avtaler skal holdes, og bør ikke tillates da medkontrahenten ikke kan innrette seg etter det som fremkommer av avtaleforholdet. I forhold til typeforutsetningene skal det altså mer til for å gjøre en individuell

forutsetning synbar. En må kunne kreve noe konkret til avtaleforholdet for at en individuell forutsetning skal være synlig, enten om det er gjennom handling, passivitet eller avtalen. For eksempel dersom en flyentusiast kjøper seg tomt ved en flyplass for å kunne sitte på terrassen å se fly lande og ta av, men det viser seg at flyplassen legger ned like etter avtaleinngåelsen. I et slikt tilfelle må en kreve at flyentusiastene har gjort mottaker av løftet klar over hans glede i å observere flytrafikk.

### 3.2.2 Motiverende og vesentlig

Både når det gjelder synbare typeforutsetninger og individuelle forutsetninger kreves det at forutsetningen må ha vært motiverende for avgiver av løftet. Flytebrudommen sier at forutsetningen har vært motiverende dersom avgiver av løftet ikke hadde avgitt løftet dersom han hadde kunnskap om den oppståtte situasjonen, eller det endrede forholdet, se side 931 i dommen.<sup>11</sup> Hov sier i sin fremstilling om emnet at forutsetninger som er ubetydelige for inngåelsen og formålet med avtalen ikke kan gjøres gjeldende som bristende forutsetninger.<sup>12</sup> Standpunktene som fremkommer her er akseptert i norsk rett.<sup>13</sup>

Vilkåret om at svikten må ha vært vesentlig blir blant annet av Lassen, Ussing, Stang og Augdahl oppfattet som en del av vilkåret om at forutsetningen må ha vært motiverende.<sup>14</sup> I praktiske vurderinger er det mest hensiktsmessig å vurdere størrelsen av forutsetningssvikten samtidig som en vurderer hvor motiverende forutsetningen var for avgiveren av løftet. Dersom en ikke vurderer vilkårene samlet når en tar stilling til de konkrete forholdene vil en vanligvis behandle samme momentene i begge vurderingene. I en teoretisk fremstilling som dette er det etter mitt syn viktig å holde vilkårene adskilt for å få klart frem hvilke vilkår som ligger til grunn for den rettslige vurderingen.

Jo Hov trekker frem vilkåret om at forutsetningssvikten må ha vært vesentlig. Det uttales at «[i]kke hvilken som helst bagatellmessig forutsetningssvikt vil gi en part rett til å gå fra en avtale.»<sup>15</sup> At forutsetningssvikten må inneha en viss størrelse fremkommer også i den ovenfor nevnte

---

11 Se også Augdahl, Per, «Den norske obligasjonsretts alminnelige del», 5. utgave, 1984, Oslo, side 143.

12 Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002, side 88.

13 Se blant annet Rt. 1988 side 982 og LA-2003-17593 (Agder lagmannsrett).

14 Lehrberg Bert, «Förutsättningsläran», Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 23, 1989, side 177-78.

15 Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002, side 88-89.

flytebrudommen, Rt. 1999 side 922. Forutsetningslæren utgjør som tidligere nevnt et brudd med prinsippet om at avtaler skal holdes, og av den grunn må det stilles strenge krav til forholdene som gjør det aktuelt å fravike avtalen. Den sentrale virkningen av vesentlighetsvilkåret er at det kan foreligge motiverende forutsetninger som ikke er av en slik størrelse at de begrunner en endring av avtalen. Kravet øker forutberegneligheten ved avtalemekanismen.

Ved samvirkende forutsetninger er spørsmålet om hver enkelt av dem må oppfylle vilkårene, eller om de må vurderes samlet. Særlig vesentlighetsvilkåret vil være problematisk i tilfeller der en har flere forutsetninger som brister. Etter de undersøkelserne jeg har foretatt har det ikke fremkommet noen rettskilder som konkret sier noe om samvirkende forhold ved bristende forutsetninger. En må da falle tilbake på alminnelige betraktninger basert på nærliggende lovgivning og reelle hensyn. Forutsetningene må etter mitt syn vurderes samlet da de sammen kan skape et avvik fra den ordinære avtalen som gjør avtalepartene berettiget til fri seg fra den. Sett opp mot den totale risikoen løftegiveren skal bære, må altså det tale for en samlet vurdering. Hver og en forutsetningssvikt har en viss terskel før risikoen går over på løftemottaker, men selv om terskelen ikke er overskredet for den enkelte kan flere forhold samlet utgjøre en vesentlig brist. På den annen side vil avtaleforholdet ved flere forutsetningsbrister bli ganske betent, og det kan bli vanskelig for avtalepartene å fullføre avtaleforholdet, særlig ved løpende avtaler. Til støtte for synspunktet er det samme adgang til kumulering ved heving av avtaler innenfor den alminnelige kontraktsretten.<sup>16</sup> Videre vil flere forhold også kunne kumuleres ved vurderingen om en oppsigelse er å anse for saklig, jfr. aml. § 15-7, og blant annet Rt. 1963 side 1013.<sup>17</sup> Også ved avskjed kan det legges vekt på flere forhold, jfr. aml. § 15-14 og blant annet Rt 1999 side 163.<sup>18</sup>

### **3.2.3 Forutsetningen må være relevant**

Etter en rettslig vurdering må forutsetningssvikten være relevant. Rt. 1999 side 922 sier at dette er en vurdering som «særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.» En sådan vurdering skal altså være sammensatt, og den skal avgjøre rimeligheten i resultatet. Hvilke momenter som vil være sentral vil bero på det konkrete forholdet.

---

<sup>16</sup> Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», tredje opplag, 2004, side 414

<sup>17</sup> Saken gjaldt oppsigelse. Flere hendelser i forskjellige tidsrom kunne vektlegges, selv om de tidligere var avgjort ved suspensjon, advarsel og trekk i lønn.

<sup>18</sup> Saken gjaldt avskjed, hvor flere hendelser i forskjellige tidsrom samlet sett kunne utgjøre et grunnlag for avskjed. AKAN-retningslinjene kunne ikke snevre inn lovens avendelse.

Momenter som kan være aktuelle er for eksempel størrelse på vederlag, mangler ved ytelsen, endrede rettslige forhold og endrede faktiske forhold. At løftegiveren burde ha skjønnet at forutsetningen forelå eller ville inntre er et tungtveiende argument mot å la han fragå avtalen. I alle tilfeller må løsningen veies opp mot prinsippet om at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*). En for stor utvanning av prinsippet vil føre til en lite forutberegnelig situasjon for samfunnet og vil ikke tjene omsetningslivet. Løpende avtaleforhold vil være nærmest umulig og bytte av ytelser vil bli vanskeliggjort da begge parter ønsker ytelsen utlevert først. Hagstrøm uttaler at relevans er et «objektivt vilkår som må fastlegges etter en nærmere vurdering av hva som er en rimelig byrdefordeling i den kontraktstypen det gjelder.»<sup>19</sup> At det ansees som et objektivt vilkår innebærer at det må være rimelig også ut fra et allment perspektiv. En subjektiv lære som Lassen frontet hadde ikke relevanskriteriet, og den hypotetiske vilje til partene var avgjørende for resultatet. Den rene subjektive læren kunne da føre til urimelige resultater. Er relevanskriteriet objektivt vil dessuten rettspraksis på området få prejudikatverdi ovenfor lignende situasjoner som oppstår på et senere tidspunkt.

### ***3.3 Særlig rettsgrunnlag for forutsetningslæren i arbeidsforhold.***

På den generelle arbeidsrettens område er det noen dommer utgjør et særlig rettsgrunnlag. Rt. 1988 side 766<sup>20</sup> er i så måte en sentral avgjørelse på området. Høyesteretts kjæremålsutvalg avgjorde to hovedspørsmål i kjennelsen. Det første var hvorvidt arbeidsmiljølovens regler om terminering av arbeidsforholdet kom til anvendelse. Dette spørsmålet har jeg behandlet ovenfor i pkt 2. Det andre spørsmålet kjæremålsutvalget tok stilling til var hvorvidt arbeidsgiver kunne fri seg fra avtalen på avtalerettslig grunnlag. Lagmannsretten la i utgangspunktet til grunn en forståelse som baserte seg på den grunnleggende funksjonen om tilbud og aksept etter avtalelovens § 6. Arbeidsavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver var altså ikke kommet i stand på grunn av manglende aksept på tilbudet. Svarbrevet fra arbeidstaker ble av lagmannsretten ansett som et nytt tilbud som må aksepteres av arbeidsgiver, jfr. avtl. § 6. Kjæremålsutvalget sa derimot at den underliggende begrunnelsen til lagmannsretten baserte seg på læren om bristende forutsetninger, og at lagmannsretten hadde med dette tolket rettsreglene riktig. Utvalget kunne ikke prøve subsumsjonen i det konkrete tilfellet. Kjæremålsutvalget mener at det lagmannsretten eksplisitt har uttalt i kjennelsen ikke er overensstemmende med den reelle begrunnelsen for standpunktet. Lagmannsrettens begrunnelse blir av kjæremålsutvalget forstått som «...at bristende forutsetninger

---

<sup>19</sup> Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», tredje opplag, 2004, side 249.

<sup>20</sup> Også publisert i NAD-1988-863.



fra kommunens side m h t tilsetningen av den kjærende part må lede til at kommunen her ikke har inngått en bindende arbeidsavtale», se side 769 i kjennelsen. Uttalelsen her er noe uklar. På bakgrunn av den naturlige forståelsen av saksforholdet og læren om bristende forutsetninger tolker jeg den dit hen at kjæremålsutvalget anser en arbeidsavtale for å være kommet i stand, men at arbeidsgiver kan fragå denne i medhold av forutsetningslæren.

En eldre dom illustrerer at læren om bristende forutsetninger har eksistert i lengre tid på arbeidsrettens område. Rt. 1922 side 663 (Parkteateret) omhandlet en skuespiller som hadde inngått en avtale om arbeid ved et nytt teater i Kristiania, «Parkteateret». Teateret kunne ikke starte opp da det ikke var ansatt tilstrekkelig antall skuespillere. Skuespilleren krevde da godtgjørelsen etter avtalen da det ikke var mulig for denne å skaffe seg annet fast engasjement på det tidspunkt han fikk kunnskap om at teateret ikke ble oppstartet. Høyesterett stiller seg bak begrunnelsen til flertallet i herredsretten. Herredsretten uttaler at den ikke på noen måte finner det bevist at avtalen var forutsatt av at teateret greide å skaffe fullt skuespillerpersonale for året. Forutsetningen var heller ikke gjort synbar for skuespilleren. Avtalen måtte av den grunn anees som bindende og endelig. Teateret måtte dermed utbetale lønn for avtaleperioden uten at annet erverv i perioden gikk til fratrekk.

På noen rettsområder er læren om bristende forutsetninger lovfestet. I sjømannslovgivningen kan sjømenn fragå arbeidsavtalen dersom særlige grunner foreligger eller noen av de konkrete bestemmelsene er oppfylt, jfr. sjømannsloven § 12. Hvorvidt bestemmelsen har analogivirkninger til alminnelige arbeidsforhold er uklart. Sjømannsloven skal ivareta spesielle tilfeller som er særskilte for sjøfart, og kan ikke anvendes direkte ovenfor andre arbeidsforhold. Men bestemmelsen kan være et moment som taler for at læren om bristende forutsetninger også gjelder for de øvrige arbeidsforhold underlagt arbeidsmiljøloven.

Rt. 1939 side 291 gjaldt vurdering av force majeure tilfelle, og hvorvidt dette rettsgyldig kunne inntas i en hyrekontrakt som gyldig oppsigelsesgrunn. Høyesterett uttalte at sjømannslovens regler ikke kunne innskrenkes på denne måten. Videre var et offentlig vedtak om å innskrenke antall hvalfangerbåter for sesonger ikke å anse som et tilfelle som berettiget arbeidsgiver å fri seg fra arbeidskontrakten. Vurderingene er gjort med utgangspunkt i sjømannsloven og kan illustrere et tilfelle om bristende forutsetninger på et område hvor det i utgangspunktet er lovregulert, jfr. blant annet sjømannsloven § 12.

Forutsetningslæren kan dessuten anvendes som tolkningsmoment ved vurdering av andre hjemmelsgrunnlag. Dette vil særlig være aktuelt hvor preseptorisk lovgivning er til hinder for anvendelsen av læren. For eksempel i Rt. 1990 side 1099, hvor etterfølgende omstendigheter ble tillagt avgjørende vekt ved vurderingen om forholdet etter ekteskapslovens § 59 annet ledd var «åpenbart ubillig».

### **3.4 Følger ved at det inntreer bristende forutsetninger i arbeidsforhold**

Virkningene av at læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse er i utgangspunktet at avtalen bortfaller i sin helhet. Når avtalen bortfaller på grunn av etterfølgende omstendigheter omtales det gjerne som at avtalen er uvirksom.<sup>21</sup> At avtalen er uvirksom innebærer at det er en særlig form for ugyldighet. Augdahl fremhever at løftegiver er helt fri dersom han ennå ikke har oppfylt. Han kan dermed ikke dømmes til å oppfylle etter avtalen eller dømmes til å betale erstatning for manglende oppfyllelse. Videre sier han at dersom avtalen er oppfylt, og ytelsene ikke lar seg restituere kan følgen bli at hevingsadgangen blir avskåret. Avskjæres hevingsadgangen blir det tale om å behandle forholdet som er alminnelig mislighold.<sup>22</sup> I den øvrige teorien er det noe uklart hvordan rettsvirkningene blir kategorisert. Hov omtaler følgene ved etterfølgende omstendigheter som at partene blir ubundet av en ellers gyldig avtale.<sup>23</sup> Woxholt omtaler uvirksomme avtaler som «avtaler som er bindende inngått, men hvor pliktene senere endres, suspenderes eller opphører.»<sup>24</sup> Både Hov og Woxholt har plassert uttalelsene sammen med regler som gjelder ugyldighet.

Noen kategoriserer det som ugyldighet, mens andre taler om mislighold. Det sentrale er at bristende forutsetninger kan føre til begge løsningene. Ved uvirksomme avtaler skal da det overleverte restitueres, ugyldigheten har altså retroaktiv virkning (*ex tunc*). Problemene dukker opp ved løpende avtaler, eller hvor ytelsen ikke lar seg restituere. Arbeidsforhold er en type forhold hvor ytelsen ikke uten videre kan la seg tilbakeføre. Arbeidsprestasjonen er levert, og plikten til å betale lønn kan ikke løsrives fra den når den først er ytt. Før tiltredelse derimot er det som regel ikke ytt noen ytelser, og ugyldighet kan dermed gjøres gjeldende. Har arbeidsgiver gitt forskudd eller lignende kan, og skal, dette følgelig restitueres av arbeidstaker.

21 Woxholt Geir, «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», Jussens Venner 2000 side 109-131 (side 110).

22 Augdahl Per, «Den norske obligasjonsretts alminnelige del», 5. utgave, 1984, Oslo, side 155.

23 Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002, side 88 og 188.

24 Woxholt Geir, «Avtalerett», 6. utgave, 2003, Oslo, side 286-287.

Fragåelse av en avtale i sin helhet kan slå uheldig ut for motparten. Særlig gjelder dette i arbeidsforhold da det som regel tar noe tid for arbeidstaker å finne seg nytt arbeid, og for arbeidsgiver å finne en ny arbeidstaker til stillingen. Arbeidsmiljøloven har preseptoriske regler angående oppsigelsesfrister, jfr. aml. § 15-3. Bestemmelsen skal verne både arbeidstaker og arbeidsgiver mot at arbeidsforholdet får en brå slutt. Etter tiltredelse vil altså de lovfestede oppsigelsesfristene gjelde for begge parter. Avtalt oppsigelsesfrist vil ikke komme til anvendelse dersom avtalen bortfaller i sin helhet. Som de øvrige bestemmelsene i arbeidsmiljøloven gjelder i utgangspunktet heller ikke reglene om oppsigelsesfrister før tiltredelse. Før tiltredelse vil den alminnelige avtaleretten måtte anvendes. I den alminnelige avtaleretten finner en regelen om at det skal gjennomføres en såkalt *rimelig oppsigelsesfrist* når avtaler bortfaller. I LA-2004-8199 var det tale om et løpende avtaleforhold hvor umiddelbar fragåelse av avtalen ville ha store konsekvenser for motparten. Lagmannsretten foretok en utfyllende tolkning av avtalen og baserte kravet til forhåndsvarsel på alminnelig lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Kravet til rimelig oppsigelsesfrist av avtalen skal ivareta partenes behov i den enkelte situasjonen og fastsettes etter rettens skjønn. Dette må også gjelde i arbeidsforhold. Dersom det ikke foreligger noen spesielle omstendigheter i den enkelte sak, vil avtalen bortfalle uten oppsigelsesfrist.

Avtalen kan også lempes slik at den samsvarer med forutsetningen som ligger til grunn. Hagstrøm fremholder at relevant forutsetningssvikt i utgangspunktet fører til at forpliktelsen etter avtalen bortfaller i sin helhet, med virkning for fremtiden (*ex nunc*). Hagstrøm sier videre at læren kan føre til at avtalen modifiseres slik at den er i tråd med forutsetningen. Parten som får en forutsetning brutt vil da være tvunget til å stå ved avtalen etter endringen. Den andre parten får valget mellom å holde fast på den nye modifiserte avtalen, eller om han ønsker å gå fra avtalen i sin helhet.<sup>25</sup> Dette må ansees som et utslag av avtalefriheten. Ingen skal i utgangspunktet kunne tvinge noen til å inngå en avtale med et innhold som ikke er ønskelig.

Spørsmålet videre er om bortfallet av avtalen kan være grunnlag for erstatning. Det er ikke noen konkret hjemmel for erstatning ved bristende forutsetninger. I arbeidsavtalen skal arbeidstaker yte arbeidskraft mens arbeidsgiver normalt yter en økonomisk kompensasjon. Dersom dette forholdet blir brutt på grunn av en forutsetning som ikke lenger er til stede kan det påføre den ene parten et

---

25 Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», tredje opplag, 2004, side 250.

tap. Det er tale om at omstendigheter som forelå ved avtaleinngåelsen ikke lenger er til stede. Dersom partene var kjent med forutsetningssvikten på avtaletidspunktet ville ikke avtalen ha blitt inngått. Ved bristende forutsetninger blir risikoen overført fra løftegiveren til løftemottakeren. Det vil tale for at løftemottakeren også kan få erstattet det tapet han har hatt ved avtalen. Dersom det er tale om ugyldighet ex tunc er hovedregelen at den negative kontraktsinteressen skal erstattes. Og ved mislighold ex nunc er hovedregelen at den positive kontraktsinteressen kan kreves erstattet.<sup>26</sup>

I Rt. 1997 side 1506 (Stryn Apotek) ble arbeidsgiver ansett for å være erstatningsansvarlig for tapt inntekt. Se nærmere om dommen i punkt 5.2.3. Høyesterett anvender aml. (1977) § 62 annet ledd, nåværende aml. (2005) § 15-12, som erstatningsrettslig grunnlag. I dommen tas det ikke stilling til om bestemmelsen kan komme analogisk til anvendelse ved erstatningsfastsettelse etter de alminnelige avtalerettslige reglene. Erstatning ble tilkjent for tapt arbeidsfortjeneste begrenset til et rimelig tidsrom, her «et par års tid». Arbeidstakerne ble stilt som om arbeidsavtalen ble oppfylt korrekt. Nå er arbeidsforholdet en løpende ytelse, og arbeidsgiver kan ikke bære erstatningsansvaret for all fremtidig inntekt. Dommen omhandler et arbeidsforhold som var tiltrådt, og da er det naturlig å anvende arbeidsmiljølovens bestemmelser. Høyesterett tilkjente ikke erstatning for tap i fremtidig inntekt da det var gått langt tid. I Rt. 1990 side 607 ble en bedrift tilkjent erstatning fra arbeidstaker som hadde handlet illojalt. Illojaliteten baserte seg på at arbeidstaker hadde startet egen konkurrerende bedrift mens han var fortsatt var ansatt. At arbeidstaker kan bli erstatningsansvarlig ved avtalerettslige sanksjoner er det etter dette ikke tvil om.

Før tiltredelse er det mer naturlig å ta utgangspunkt i reglene om erstatning i kontraktsforhold. Unntak kan tenkes hvor tiltredelse er nærliggende og hensynet til den skadelidte tilsier det, se nærmere om tiltredelsesgrensen i punkt 2.

Hov sier at kontraktslovgivningen opererer med to terskler for at det skal fritas for oppfylleelsesplikt og erstatningsplikt ved etterfølgende omstendigheter. For det første vil naturaloppfyllelse kunne fritas for dersom det vil medføre en «så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse i at selgeren oppfylder.» Videre sier han at erstatningsplikten fritas en bare for dersom «det foreligger en oppfylleleshindring utenfor selgerens kontroll, som han ikke med rimelighet kunne ventes å ta i betraktning på avtaletiden, og som han heller ikke kunne unngå

<sup>26</sup> Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», tredje opplag, 2004, side 521, og Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002, side 301.

eller overvinne følgene av.»<sup>27</sup> I de øvrige tilfellene vil det dermed være tale om erstatning for den som er skyld i forutsetningssvikten, dersom det også kan etableres årsakssammenheng og påvises et økonomisk tap.

I arbeidsforhold kan relevante tap blant annet være kostnader ved forhandlinger, slutning av avtalen og andre disposisjoner som er gjort i den tro at motparten kunne oppfylle avtalen.

Erstatning for ikke økonomisk tap krever særlig hjemmel. Høyesterett har en restriktiv praksis med å tilkjenne oppreisning hvor det ikke er hjemmel i arbeidsmiljøloven. Hverken i Rt. 1997 side 1506 (Stryn apotek) eller Rt. 2001 side 248 ble det tilkjent oppreisning. Etter dette kan en konkludere med at det finnes en adgang til å tilkjenne oppreisning for disposisjoner foretatt utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde, men at den er begrenset.

Dersom arbeidstaker ønsker å gjøre gjeldende bristende forutsetninger mens arbeidsforholdet løper må han ta høyde for resignasjonsplikten. Resignasjonsplikten innebærer at arbeidstaker må følge arbeidsgivers ordre inntil forholdet er avklart, eventuelt rettslig avklart.<sup>28</sup> Kun i tilfeller hvor arbeidsgivers standpunkt er åpenbart urimelig, eller uriktig, kan arbeidstaker motsette seg avgjørelsen. Dersom arbeidstaker ikke resignerer, og det viser seg at arbeidsgivers avgjørelse var rettmessig, vil det snart være tale om ordrenekt, avtalebrudd m.v. som igjen kan føre til oppsigelse eller avskjed fra arbeidsgivers side. Forutberegneligheten kan, som resultat av resignasjonsplikten, være svekket en periode før den blir opprettet igjen. Men arbeidsforholdet vil fortsette hele perioden, og det kan ikke være tale om terminering av arbeidsforholdet på bakgrunn av en rettsvist angående arbeidsavtalens oppfyllelse, eller gyldighet.

Prosessuelt gjelder de alminnelige reglene, som for alminnelige avtaleforhold. Den som mener det foreligger en bristende forutsetning må dermed gjøre gjeldende den bristende forutsetningen i et sivil søksmål, og kreve fastsettelsesdom på bakgrunn av den. Videre må den som gjør gjeldende kravet sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt ovenfor retten. Det gjelder altså et alminnelig beviskrav, jfr. tvl. § 21-2 og NOU 2001:32 A, «Rett på sak», side 457.

---

<sup>27</sup> Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002, side 303.

<sup>28</sup> Benson Thomas, «Arbeidsrettsboka», 2008, Fagbokforlaget, side 205.

Videre er det også et spørsmål om arbeidstaker kan stå i stillingen dersom arbeidsgiver gjør gjeldende bristende forutsetninger før tiltredelse. Arbeidsmiljøloven § 15-11 gjelder ved tvister som en følge av oppsigelse etter aml. § 15-7, og vil følgelig kun gjelde ved oppsigelse fra arbeidsgivers side. Jakhelln mener at det ikke kan være tale om en rett til å stå i stillingen så lenge arbeidstaker ikke har tiltrådt. Dette gjelder selv om arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse før tiltredelse.<sup>29</sup>

## 4. Sentrale hensyn og prinsipper i arbeidsforhold

I arbeidsretten er det noen generelle hensyn og prinsipper som skal ivaretas. Hensynene skal ivareta et rimelig resultat i avtaleforholdet og supplere læren om bristende forutsetninger. Betydningen av de nedenfor nevnte prinsipper og hensyn skal tillegges vekt ved den vurdering som gjøres i forbindelse med relevanskriteriet nevnt ovenfor i pkt. 3.2.3.<sup>30</sup> Reelle hensyn utgjøre en selvstendig rettskildefaktor som skal bidra til å gjøre resultatet rimelig. Hvor tungt det enkelte hensynet skal veie må bero på saksforholdet i den enkelte sak.

Lovgiver har gjennom arbeidslivlovutvalget fremhevet at de grunnleggende verdiene bak stillingsvernsreglene er trygghet, et inkluderende arbeidsliv og hensynet til virksomhetenes omstillingsevne.<sup>31</sup> Trygghet er en grunnleggende verdi som får utslag i flere av prinsippene og hensynene nedenfor. Trygghet er hovedsaklig at arbeidstakeren har et arbeid som skaffer han midler til nødvendig livsopphold. Arbeidstakeren skal ved egen innsats skaffe seg midler til seg og sin familie, og det må ivaretas ved å anvende hensynene og prinsippene nedenfor. Samfunnet har endret seg mye siden det var opp til den enkelte å skape verdier som kunne omsettes på markedet. I dag er man som oftest avhengig av en arbeidsplass skapt av andre. Andre sentrale hensyn er styrkeforholdet mellom partene og arbeidstakers frihet til å velge arbeidsgiver. Samtidig skal arbeidervernreglene verne om enkeltmennesket i arbeidslivet,<sup>32</sup> og arbeidstaker skal kunne utvikle seg, skape en personlig integritet og en økonomisk gevinst gjennom sin arbeidsinnsats. Videre er det i dag ansett som et velferdsgode å ha et arbeid å gå til. Det viser seg blant annet gjennom det

---

29 Jakhelln Henning, «Oversikt over arbeidsretten», 4. utgave, 2006, side 231

30 Rt. 1999 side 922 (se side 931).

31 NOU 2004:5, side 289.

32 Ot.prp. nr. 3 (1975-1976), side 3 og 4.

offentliges innsats i sysselsetting, og subsidiering til enkelte arbeidsplasser. Se også blant annet aml. § 1-1 hvor formålet med lovreguleringen av arbeidsforholdet kommer til uttrykk. Av disse grunner må de grunnleggende verdiene tas i betraktning når en avgjørelse om arbeidsforholdet skal tas. Arbeidstakerne bruker en stor del av livet sitt i en arbeidssituasjon, og det er gjennom arbeidet grunnlaget for inntekt, utvikling og integritet opparbeides.

For arbeidsgiver er det av særlig betydning at deres omstillingsevne ivaretas. Det betyr at bedriften må ha mulighet til å legge om driften slik at den er i tråd med arbeidsgivers behov og ønsker. Arbeidsgiver ønsker som oftest en mest mulig effektiv bedrift, hvor arbeidskraften blir anvendt riktig. Det er tross alt bedriftens levedyktighet som gjør det mulig for arbeidstaker å ha arbeid. Uten bedriften vil det ikke heller ikke eksistere arbeidsplasser.

Verdiene som er nevnt ovenfor har kommet til uttrykk dels gjennom konkret lovgivningen og dels gjennom ulovfestede prinsipper og hensyn.

#### **4.1 Saklig utøvelse av styringsretten**

Ved *arbeidsgivers* utøvelse av styringsretten er det et grunnleggende prinsipp at avgjørelser må ligge innenfor saklige rammer. Med det menes at arbeidsgiver ikke kan bedrive vilkårlighet eller andre måter for usaklig behandling av arbeidstakerne. Vilkaarlighet ovenfor arbeidstakerne kan føre til lite forutberegnelighet og trygghet, som igjen vil føre til et dårligere arbeidsmiljø for de ansatte. Dersom de ansatte ikke kan innrette seg etter at arbeidsgiver bygger sine avgjørelser på et saklig grunnlag kan arbeidsforholdet bli særlig ustabil. Et ustabil arbeidsmiljø kan således være en psykisk belastning for arbeidstakeren. I lovgivningen er prinsippet kommet til uttrykk gjennom reglene om terminering av arbeidsforhold, jfr. aml. §§ 15-6, 15-7 og 15-14. Prinsippet er også kommet til uttrykk gjennom reglene om kontrolltiltak og diskriminering i arbeidsmiljølovens kapittel 9 og 13.

Saklighetskravet ved utøvelse av arbeidsgivers styringsrett har prinsipielt kommet til uttrykk i Rt. 2000 side 1602 og Rt. 2001 side 418. I Rt. 2000 side 1602 (Nøkkdommen) var spørsmålet om arbeidsgiver innenfor hans styringsrett kunne overføre de ansatte fra kommunens brannbåt til

hovedbrannstyrken. Høyesterett gav arbeidsgiver medhold i at overføringen var innenfor styringsretten. Høyesterett uttaler om styringsretten at «[a]rbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.» Uttalelsen tilsier at arbeidskontrakten må tolkes for å finne ut hvor langt arbeidsgiver kan anvende styringsretten sin. Innenfor denne rammen er det også et krav til at utøvelsen må være saklig. I Rt. 2001 side 418 (Kårstødommen) var spørsmålet om arbeidsgiver ensidig kunne fastsette, og endre, oppmøtested for arbeidstakerne innenfor rammen av styringsretten. Høyesterett gav arbeidsgiver medhold i at endringen lå innenfor styringsretten. Med grunnlag i rammene for styringsretten etter Nøkkdommen uttaler Høyesterett at «[s]tyringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.» Dommen illustrerer klart at innenfor styringsretten står saklighetskravet sterkt.

Ved bristende forutsetninger kan saklighetskravet tale for anvendelse av læren dersom arbeidsgiver ikke har holdt seg innenfor rammen av styringsretten. Med andre ord kan det tale for at den bristende forutsetningen gis relevans dersom det er brutt med kravet om saklighet. I hvilken grad den kan gjøres gjeldende må avgjøres konkret. Generelt vil en forutsetning som brister på grunn av manglende saklighet ved avgjørelsen veie mye i vurderingen da det er tale om et forhold som ligger innenfor arbeidsgivers kontroll. Det skal ikke tale til fordel for arbeidsgiver at han aktivt har søkt å bryte med forutsetningene for sine avtalte forpliktelser. På den annen side vil også arbeidstakeren ha større behov for vern i de tilfellene arbeidsgiver forsøker å gjøre arbeidsforholdet til et annet enn det som var forutsatt ved inngåelsen av arbeidsavtalen. Er forutsetningssvikten en uforsettlig følge av en usaklig avgjørelse vil det følgelig tale mindre for at arbeidsgiver skal bære risikoen. Hvor arbeidsgiver er klar over forutsetningen, altså hvor den er synbar for ham, er det mest naturlig for arbeidsgiver å begrunne fravikelsen fra forutsetningen saklig. Selv om endringen fra arbeidsgiver er saklig begrunnet vil en forutsetning fortsatt kunne breste. I hvilken retning det vil tale at endringen er saklig er usikkert. I utgangspunktet vil det ikke veie hverken for eller mot, men det må den konkrete vurderingen som foretas ved det enkelte tilfelle ta stilling til. Den avtalte forutsetningen brister i samme grad selv om arbeidsgiver har holdt seg innenfor sine rettslige rammer. Arbeidsavtalen må i disse tilfellene skape utgangspunktet for vurderingen. Andre arbeidsrettslige sanksjoner kan også være aktuelle ved brudd på saklighetskravet. For eksempel kan avgjørelsen erklæres ugyldig, og eventuelle erstatningskrav fra arbeidstaker kan reises.



## **4.2 Kravet til forutberegnelighet**

Hensynet til arbeidstakernes krav på forutberegnelighet må tas i betraktning. Blant annet gjennom arbeidsavtalen og arbeidskontrakten skaper arbeidstakerne seg en viss grad av forutberegnelighet i arbeidsforholdet. Forutberegnelighet vil innebære at arbeidstakerne blant annet vet når og hvor en skal møte på jobb, hvilken lønn som han har krav på og hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres. Disse hensynene har kommet til uttrykk i lovgivningen gjennom konkrete bestemmelser i arbeidsmiljøloven som arbeidsgiver må forholde seg til, jfr. blant annet aml. § 14-6 (innholdet i den skriftlige arbeidskontrakten) og § 10-3 (arbeidsplan ved arbeid til varierende tider).

Forutberegneligheten henger sammen med hensynet til trygghet for arbeidsplassen. Dersom forutberegneligheten blir mindre, vil også følelsen av stabilitet i arbeidsforholdet minskes gjennom at arbeidstaker ikke kan forholde seg til en lengre tidsperiode. Det bør av den grunn alltid tilstrebes størst mulig forutberegnelighet i arbeidsforhold, både for arbeidsgiver og arbeidstaker. For eksempel skal arbeidskontrakter og tariffavtaler bidra til en større grad av forutberegnelighet når det gjelder lønn, stillingsinnhold, oppsigelsestid, m.v.

## **4.3 Sosiale forhold**

Sosiale hensyn er av særlig betydning på arbeidsrettens område, spesielt for arbeidstaker. Sosiale hensyn kan være omsorg for barn, nedsatt arbeidsevne, alder, familiesituasjonen, særlige fritidsinteresser, m.v. Videre er trygghet og adgangen til selv å bidra til livsopphold særlig sentrale sosiale verdier som må ivaretas. Arbeidstakernes sosiale posisjon bestemmes i stor grad av arbeidssituasjonen. Eksempelvis dersom en må jobbe mye vil en ha liten mulighet for et sosialt liv utenfor arbeidsplassen. Adgangen til å ha et sosialt liv øker gradvis i takt med mengden fritid. På samme måte vil andre endringer i arbeidsforholdet gripe inn i arbeidstakerens sosiale liv. En endring i arbeidsforholdet får ikke bare virkninger for arbeidsforholdet, men strekker seg langt utover det. I tillegg kan arbeidsplassen i seg selv være en sosial arena, og arbeidsplassen kan også være et sosialt velferdsgode som alle arbeidsdyktige arbeidstakere bør ha adgang til. Sosiale hensyn begrunner i stor grad rettsregelen om bristende forutsetninger. Lærens opphav ble som tidligere nevnt begrunnet i den subjektive oppfatning om hva som er rimelig for løftегiveren. Sosiale forhold kan videre være en svært betydningsfull forutsetning for å velge arbeidssituasjon. For eksempel kan det være en forutsetning fra arbeidstakers side at han skal kunne være mye hjemme sammen med

barn. Endrer forholdene seg i en slik grad at forutsetningen ikke lenger lar seg gjennomføre vil det tale for at avtalen kan fragås. Arbeidsmiljøloven har i stor grad tatt hensyn til arbeidstakernes sosiale forhold. Blant annet har sosiale forhold ført til at arbeidstakerne har fått et rettskrav på redusert arbeidstid, jfr. aml. § 10-2 (4), fritak fra overtidarbeid, jfr. aml. § 10-6 (10), og utvidet vern ved bedriftsinnskrenkninger, jfr. aml. § 15-7 (2) i.f. Noen av de konkrete rettsreglene griper sterkt inn i andre hevdvunne prinsipper som for eksempel ansiennitetsprinsippet ved rasjonaliseringstiltak og prinsippet om at avtaler skal holdes. Løsningene er rimelige da arbeidstakerne kan velge å prioritere forskjellig i perioder av livet hvor det er ønskelig og det foreligger et behov for det. Reglene er i stor grad utformet som et rettskrav for arbeidstakeren, og det er da opp til den enkelte å avgjøre om han vil gjøre kravet gjeldende eller ikke. Sagt på en annen måte så har ikke arbeidsgiver automatisk en plikt til å gi for eksempel redusert arbeidstid eller fritak for overtidarbeid så snart arbeidstakeren oppfyller vilkårene. Enkelte regler kan derimot ofte pålegge arbeidsgiver en plikt til å ta hensyn til de sosiale forholdene, som for eksempel ved rasjonalisering av bedriften, jfr. aml. § 15-7 (2), eller tilrettelegging av arbeidsplassen ved redusert arbeidsevne, jfr. aml. § 4-6.

Rt. 1986 side 879 kan være en illustrerende dom hvor det åpnes for sosiale hensyn. Spørsmålet var hovedsaklig om ansiennitetsprinsippet kunne fravikes til fordel for sosiale hensyn. Høyesterett kommer frem til at hensynet til høy alder og forsørgerrolle var saklige grunner som veide tyngre enn ansiennitetsprinsippet. Nå er situasjonen lovefestet, men dommen illustrerer at sosiale hensyn over lang tid har vært en grunnleggende tanke. Se også Rt. 1967 side 91, hvor ektefellens situasjon ble vektlagt.

Hensynet til de sosiale forholdene henger tett sammen med hensynet til forutberegnelighet. Dersom arbeidstakeren vet hva han har å forholde seg til er det også lettere å planlegge sosiale oppgaver.

#### **4.4 Risikobetraktninger**

Risikoen for etterfølgende endringer har i mange tilfeller en naturlig plass. Spørsmålet om hvor en bør plassere risikoen er derfor et moment som kan vektlegges. Hensynet er ikke typisk for arbeidsretten, men er mer et kontraktsrettslig aspekt i avtaleforholdet. Hvem som har skyld i forutsetningssvikten er således et viktig moment. Dersom svikten skyldes et bevisst brudd med en synbar forutsetning er det ikke rimelig at risikoen tillegges den annen part. Kontraktsparten som har utvist skyld skal ikke kunne holde den annen til en avtale etter at en motiverende og vesentlig

forutsetning er brutt. Opprettholdes kontrakten for øvrig etter at en av partene bevisst har brutt med en forutsetning kan det oppfordre kontraktsparter til å bryte med ugunstige forutsetninger som ligger til grunn for avtalen, mens mer fordelaktige deler av avtalen fortsatt kan opprettholdes. Av denne grunn må skyld tale mot parten som har utøvd den.<sup>33</sup> På den annen side ligger tilfeller hvor forutsetningen brister uten at noen er skyld i bristen. Skyldelementet kan da hverken veie for eller mot en anvendelse av bristende forutsetninger. Løftegiveren kan ikke overføre risikoen til løftemottakeren uten at det foreligger noe konkret som tilsier at løftemottakeren er nærmere til å bære den aktuelle risikoen. Skyld kan således være noe konkret som taler for risikooverføringen. I arbeidsretten kan skyld ved forutsetningssvikten utvises ved at arbeidsgiver bevisst bryter med forutsetningene for arbeidsavtalen i et forsøk på å fortrenge andre rettigheter i arbeidsforholdet som lønn, fritid m.v. Eller så kan arbeidstaker bevisst bryte med arbeidsgivers forutsetninger for å forsøke å oppnå fordeler som for eksempel forflytting.

## 5. Typetilfeller

I det følgende vil jeg ta for meg enkelte typetilfeller som kan være aktuelle forutsetninger for en arbeidsavtale. Typetilfellene vil på ingen måte være uttømmende opplistet, men jeg behandler de faktiske forhold jeg finner mest aktuelle, og mest praktiske i dagens samfunn. Både forutsetninger fra arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden blir behandlet her. Som nevnt i punkt 2.1 vil arbeidsgiver måtte forholde seg til de preseptoriske reglene i arbeidsmiljøloven etter at tiltredelse har funnet sted. Arbeidstaker vil alltid kunne gjøre gjeldende bristende forutsetninger, uavhengig av tiltredelse, så lenge det er inngått en gyldig arbeidsavtale.

Dersom arbeidstaker ikke opplever det som et umiddelbart behov å fratrukke avtalen på grunn av den bristende forutsetningen har han alltid anledning til å levere en ordinær oppsigelse, og stå i stillingen den tilhørende oppsigelsestiden, jfr. aml. § 15-3. Slik at behovet blir sterkest i tilfellene hvor det er tale om uoverkommelige arbeidssituasjoner, eller det er avtalt en lang oppsigelsestid.

I den videre fremstillingen vil jeg dele typetilfellene i to. Først behandler jeg typetilfeller som er

---

<sup>33</sup> Eksempler hvor skyld/uaktsomhet foreligger kan finnes i Rt. 1959 side 801, Rt. 1933 side 805, (om uriktige forutsetninger).

typiske for arbeidsgivere, deretter de som er typiske for arbeidstakere. Verdier, hensyn og vurderinger som er typiske for den ene avtaleparten vil ved en slik inndeling ikke gjenta seg i fremstillingen.

Følgene ved at læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse er tosidig, enten fører det til ugyldighet, eller så er det tale om misligholdsbetraktninger. Se punkt 3.4 for mer om følgene.

## **5.1 Arbeidsgivers forutsetninger**

### **5.1.1 Manglende kvalifikasjoner hos arbeidstaker**

Kvalifikasjonene til arbeidstakere er særlig viktige når arbeidsgiver skal foreta en ansettelse. Den enkelte bedrift har som regel et spesifikt behov for en viss kompetanse hos de ansatte, behovet varierer etter hvilket produkt bedriften skal yte til samfunnet. Arbeidsgiver søker som oftest etter personer med en viss kompetanse til å utføre stillingens arbeidsoppgaver. Eksempelvis hvor arbeidsgiver ser det som en fordel for stillingen at arbeidstakeren behersker flere språk. Andre tilfeller kan foreligge hvor offentlige regler krever at arbeidstakere innehar visse kvalifikasjoner. For eksempel ved føring av maskiner som medfører særlig risiko for skade, jfr. blant annet forskrift om bruk av arbeidsutstyr § 49 (FOR-1998-06-26 nr. 608). En annen art er hvor stillingen i seg selv krever at arbeidstakeren innehar en særlig utdanning eller godkjenning fra det offentlige, eksempelvis hvor det kreves at en advokatfullmektig har bestått juridisk mastergrad eller at en lege har lisens for å drive medisinsk praksis.

I de nevnte tilfellene er det tale om både individuelle forutsetninger og typeforutsetninger fra arbeidsgiversiden. Typeforutsetning foreligger dersom det følger av stillingens art hvilke oppgaver som skal utføres. For eksempel hvor utlysning eller arbeidsavtalen sier stillingen inneholder arbeid med internasjonale kontrakter. En tolkning av et slikt avtaleinnhold må som regel føre til at det minst er en typeforutsetning at arbeidstaker har tilstrekkelige kunnskaper i engelsk språk. Ved kontraktsforhandlinger over landegrenser kan det også være at arbeidsgiver forhandler med spesifikke nasjonaliteter, eventuelt etter deres lands rett, uten at dette kommer tydelig frem av stillingens art. Da kan det være en individuell forutsetning at arbeidstaker har ferdigheter innenfor

det lands språk det er tale om. I motsetning til typetilfellene må arbeidsgiver gjøre de individuelle forutsetningene synbar for arbeidstaker før bindende avtale er inngått. Den beste måten å gjøre slike forutsetninger synbare for arbeidstaker er gjennom utlysning eller annonse. På den måten vil de arbeidstakerne som ikke oppfyller kriteriene unnlate å søke, og arbeidsgiver slipper å behandle alle søknader som ikke vil føre frem, eller som ikke oppfyller kriteriene.

I tilfeller hvor stillingens art krever offentlig godkjenning, eller spesielt dokumenterbar kompetanse vil det være en typeforutsetning som er synlig for arbeidstaker. For eksempel hvor det kreves sertifisert sikkerhetsopplæring for å føre truck (løfte og stablevogn) foreligger det helt klart en forutsetning fra arbeidsgivers side om at arbeidstakeren innehar den riktige kompetansen. Viser det seg senere i avtaleforholdet at arbeidstaker ikke har tilstrekkelig kompetanse kan det føre til at reglene om bristende forutsetninger kommer til anvendelse. Arbeidsgiver bør undersøke om de samme kvalifikasjonene som forelå ved avtaleinngåelsen fortsatt foreligger ved tiltredelse. På den måten kan arbeidsgiver forholde seg til læren om bristende forutsetninger i stedet for å måtte foreta en oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens prosessregler. Arbeidstaker kan bevisst ha gitt arbeidsgiver grunn til å tro at han innehar tilstrekkelig kompetanse, men dette er å anse som en uriktig forutsetning, ikke en bristende forutsetning. I tilfeller hvor kompetansebeviset bortfaller etter avtaleinngåelsen, og før tiltredelse, beror det på forutsetningens relevans, motivasjon og størrelse om det skal gi arbeidsgiver rett til å tre ut av avtalen. I en stilling som for eksempel hovedsaklig innebærer føring av truck vil lettere kunne være en forutsetning som kan bli ansett som vesentlig og motiverende for arbeidsgiver enn en stilling hvor truckkjøring ikke utgjør hovedvekten. Når arbeidsgiver utlyser en stilling er behovet for arbeidsgiver å fylle et tomrom i bedriften med en viss kompetanse. Dersom det i ettertid viser seg at denne kompetansen ikke er til stede hos den som ble ansatt kan det vanskelig sies at typeforutsetningen ikke var motiverende. For at forutsetningen ikke skal ansees som motiverende må det foreligge elementer i avtaleforholdet mellom partene som tilsier at den var av mindre betydning. For eksempel dersom truckføring utgjør en mindre del av de arbeidsoppgavene som skal utføres, og den resterende arbeidsmengden består av vanlig verkstedsarbeid, uten krav til sertifisering. En prosentfordeling er vanskelig å fastsette da det beror på en balansert vurdering om hvorvidt forutsetningen var motiverende. Generelt, som uttalt i Rt. 1999 side 922, må avgiveren av løftet ikke ha ønsket å avgi løftet dersom han var klar over at forutsetningen ikke forelå. Ut fra denne uttalelsen står vurderingen ganske fritt, og de konkrete faktiske forholdene er avgjørende for resultatet. Motsatt kan spørsmålet være om arbeidsgiver ville ha ønsket å ha ansatt arbeidstakeren selv om han bare kunne utføre ordinært verkstedsarbeid.

Ønsker arbeidsgiver fortsatt å ansette personen er ikke forutsetningen tilstrekkelig motiverende for å kunne fri seg fra avtalen.

Fra rettspraksis kan RG 1981 side 264 (Nordre Sunnmøre herredsrett) være illustrerende. Saksforholdet her var en kontorleder som ble ansatt med ansvar for budsjett, regnskap og personal. Arbeidstakeren manglet evne/vilje til å utføre de gitte arbeidsoppgavene, særlig gjaldt dette på budsjett og regnskapssiden. Oppsigelsen ble opprettholdt av retten. Saken illustrerer at manglende kvalifikasjoner er oppsigelsesgrunn i prøvetiden. Videre illustrerer den at ved graverende mangler ved kompetansen så må arbeidstaker bære en stor del av risikoen. Dersom forholdet hadde blitt avdekket før tiltredelse kunne det utgjort en sviktende forutsetning fra arbeidsgivers side. Spesifikt kan en trekke ut av dommen at viktige funksjoner som budsjett og regnskap vil være noe som er særdeles tungtveiende i en vurdering om det skal være adgang til å fri seg fra avtaleforholdet.

Arbeidsgiver bør undersøke om arbeidstakeren faktisk innehar de riktige kvalifikasjonene. Arbeidsgiver må derimot kunne forvente at arbeidstaker opplyser om relevante forhold dersom endringer forekommer. For eksempel hvis arbeidstaker har blitt fratatt førerkortet eller avlagte eksamener ikke er bestått før tiltredelse. Videre er det arbeidsgivers ansvar å sørge for at kompetansen foreligger når det er et krav i lov eller forskrift til vern om liv og helse. Jevnlige rutiner for en kompetansekontroll er en naturlig del av et internkontrollsystem. Eksempelvis dersom sikkerhetskurs eller lignende utløper ved jevne mellomrom.

### **5.1.2 Troverdighet og pålitelighet**

Når arbeidsgiver inngår en arbeidsavtale med en arbeidstaker har han få forutsetninger for å gjøre seg opp en mening om hvilke egenskaper denne innehar. Grunnlaget til arbeidsgiver er det som fremkommer i søknader, intervju og referanser fra tidligere arbeidsforhold. Personlige egenskaper som er viktige for stillinger med mye ansvar eller krav til troverdighet er vanskelig å få klarlagt på ansettelsesstadiet. Arbeidsgiver har i forbindelse med denne type stillinger visse forutsetninger som ikke er konkret påvisbar i forhold til objektive kvalifikasjoner. Den beste måten å avdekke denne typen personlige egenskaper hos arbeidstaker er gjennom yrkesreferanser. Referanser og attester kan derimot ikke alltid være troverdige, da tidligere arbeidsgiver kan gi arbeidstaker en god referanse som ledd i en presset oppsigelse eller lignende. Et tilfelle er behandlet i RG 2003 side 268

(Eidsivating lagmannsrett). Saken gjaldt en person som var blitt ansatt i en ansvarlig økonomistilling. Det viste seg etter inngåelse av arbeidsavtalen at arbeidstakeren tidligere var straffedømt for blant annet underslag. Arbeidsgiver påsto at saken kunne avgjøres på bakgrunn av reglene om bristende forutsetninger, men flertallet mente at det formelle tiltredelsestidspunktet var passert og saken måtte avgjøres etter arbeidsmiljølovens regler om avskjed. Arbeidstaker hadde ikke fysisk tiltrådt stillingen, og avskjeden ble mottatt 5 dager etter formell tiltredelse. Flertallet mente at de tidligere straffbare forholdene hos arbeidstaker kunne utgjøre grunn til oppsigelse, men ikke avskjed. Selv om avskjeden var uberettiget var det åpenbart urimelig at arbeidstaker skulle fortsette i stillingen. Arbeidstaker ble tilkjent erstatning for fjorten dagers oppsigelsestid i prøvetid. Mindretallet mente også at tiltredelsestidspunktet var formelt passert, men de avtalerettslige reglene om bristende forutsetninger kunne komme til anvendelse hvor det var naturlig, jfr. Rt. 1988 side 766. Videre mente mindretallet at arbeidsmiljøloven gradvis kom sterkere til anvendelse etter som ansettelsesforholdet varte, og fortrenget læren om bristende forutsetninger. Jeg må når det gjelder spørsmålet om tiltredelse si meg enig med flertallet, da aml. § 1-8 helt klart sier at dersom det er etablert et arbeidsforhold skal reglene i arbeidsmiljøloven komme til anvendelse, og kjennelsen i Rt. 1988 side 766 kan ikke tas til inntekt for en utvanning av stillingsvernet. Det som er særlig interessant i RG 2003 side 268 er mindretallets vurdering om hvorvidt en *tidligere* straffbar handling kan utgjøre en bristende forutsetning for en ny arbeidsgiver. Vurderingen til mindretallet baserer seg på ansettelsesprosessen, og hvorvidt arbeidstaker burde underrettet arbeidsgiver om faktiske forhold som var særlig egnet til å svekke tilliten til arbeidstaker på bakgrunn av et krav om lojalitet. Selv om mindretallets vurderinger ikke har stor prejudikatverdi, ville det etter mitt syn vært enighet om bristende forutsetninger i lagmannsretten dersom tiltredelsestidspunktet ikke var passert da arbeidsgiver krevde å heve avtalen.

Konsekvensene av at bristende forutsetninger kan gjøres gjeldende i et tilfelle som dette er at det blir vanskelig for tidligere straffede å legge fortiden bak seg. Det uttales i dommen at betydningen av slike straffbare forhold blir mindre med tiden. Med den uttalelsen må det menes at en domstol etter en viss tid ikke kan vektlegge det i en vurdering om det foreligger saklig grunn. Men fortsatt kan forholdet kategoriseres som en bristende forutsetning hvis ikke relevanskriteriet, eller rimelighetshensyn, slår ut til fordel for arbeidstaker. En avtjent straff kan dermed komme til å være en stor begrensning i arbeidslivet for den straffedømte, selv i forholdsvis små straffesaker som det her er tale om. Spørsmålet kan også dukke opp ved andre forhold som for eksempel varetektsfengsling, mistanke om tyveri fra arbeidsgiver m.v.

Arbeidsmiljøloven § 15-6 har bestemmelser som, ved en oppsigelse i prøvetid, skal ramme pålitelighet, tilpasning til arbeidet og dyktighet hos arbeidstaker. Ved relevansvurderingen er det naturlig å se på prøvetidsbestemmelsen for å se hvilke hensyn lovgiver har vektlagt etter tiltredelse. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven sier at formålet med prøvetidsbestemmelsene er å gi arbeidsgivere muligheten til å ansette personer de er usikre på vil utføre arbeidet tilfredsstillende uten at reglene om midlertidige ansettelser misbrukes. Videre skal regelen gi unge arbeidstakere lettere innpass på arbeidsmarkedet.<sup>34</sup> Når det da gjelder manglende troverdighet, og arbeidsgiver uten prøvetidsregelen ikke ville ha ansatt samme personen, må det tolkes til fordel for arbeidsgiver. Han har hatt en forventning til arbeidstaker, og har i seks måneder, dersom de øvrige vilkårene er oppfylt, mulighet til å si denne opp på grunn av manglende pålitelighet. Det rimelige resultat er at arbeidsgiver også på et tidspunkt før tiltredelse må kunne fri seg fra avtalen. Alternativet er at arbeidsgiver venter til etter tiltredelse, hvor prøvetidsreglene gir hjemmel for oppsigelse. Usikkerheten og ubehaget som påføres arbeidstaker vil da bli større enn dersom fragåelsen av avtalen skjer på et tidligst mulig tidspunkt.

### **5.1.3 Fysiske og psykiske forhold**

Arbeidsforhold kan være av svært varierende karakter. Noen yrker krever høy grad av fysisk aktivitet, mens andre er roligere og innebærer stillesittende arbeid. I alle tilfellene foreligger det en risiko for skader, enten det er rene fysiske skader som forhindrer arbeidstakeren i å utføre sitt arbeid, eller det er psykiske belastninger som stress eller utbrenthet. Når arbeidstaker søker en stilling hos arbeidsgiver må det som nevnt ovenfor i punkt 2 være enighet om de mest sentrale elementene for arbeidsforholdet for at en arbeidsavtale kan ansees for å være kommet i stand. Stillingsinnhold er et av disse sentrale temaene, selv om det ikke alene er avgjørende for etablering av arbeidsavtalen. Innholdet i stillingen vil klart gi partene en forutsetning om at arbeidstakeren fysisk kan begynne i stillingen. I de fleste tilfellene vil forutsetningen ligge hos arbeidsgiver, da han forventer at en konkret stilling skal kunne fylles av akkurat denne personen. Utenkelig er det dog ikke at arbeidstaker også har en forutsetning om at kroppen tåler den type arbeid det er tale om. I begge tilfellene er det tale om en forutsetning som er rettet mot egenskaper hos arbeidstaker som sådan. Hvorvidt arbeidstaker uriktig har skapt forutsetningen selv eller arbeidsgiver har for store forventninger til arbeidstakerne sine er såkalte uriktige forutsetninger og behandles ikke her.

---

34 Ot.prp. nr. 50 (1994-1995), side 163



Forutsetningen det her er tale om ligger vanligvis innenfor en normal objektiv grense for hva en arbeidstaker kan yte av arbeidsprestasjoner. Som regel er en slik forutsetning synbar, og kan gi reglene om bristende forutsetninger anvendelse da det her er tale om en *typeforutsetning*. Innholdet vil da følge av stillingens og bedriftens art. Forventningene er at arbeidstaker kan utføre oppgavene som følger av avtaleforholdet. For eksempel hvor det er tale om å arbeide med undervisning på en skole så er det en selvfølge at arbeidstakeren kan formidle sin kunnskap til studentene gjennom tale eller andre tekniske løsninger. Kan ikke arbeidstakeren formidle sin kunnskap på en forståelig måte til elevene vil det kunne utgjøre en bristende forutsetning fra arbeidsgivers side. Arbeidstakeren var altså på avtaletidspunktet i stand til å undervise elevene, men er i løpet av avtaleforholdet blitt skadet eller på annen måte fysisk forhindret fra å kommunisere til elevene.

Spørsmålet videre er hvorvidt en fysisk forutsetning kan være motiverende for inngåelsen av avtalen, om den er av en tilstrekkelig størrelse, og til slutt om det er relevant, eller rimelig, å la avtalen av et løfte framgå avtalen. Samme som gjelder for kvalifikasjonsforutsetninger vil i noen grad gjelde for fysiske og psykiske forutsetninger. Arbeidsgiver vil ha en forståelse ved avtaleinngåelsen om at arbeidstaker faktisk er i stand til å utføre arbeidet. Subjektivt sett fra arbeidsgivers side vil det tale for at forutsetningen i de fleste tilfellene både er motiverende og vesentlig. Arbeidsgiver ville dersom han hadde kunnskap om utviklingen av forholdene vurdert å sette personen til andre arbeidsoppgaver hvor forutsetningene er til stede.

Spørsmålet er deretter om det foreligger noen objektive momenter eller hensyn hos arbeidstaker, som veier tyngre enn hensynet til arbeidsgiver og hans bedrift. Med objektive momenter mener jeg momenter som arbeidstaker kan forvente at blir vektlagt i vurderingen ut fra en norm som retten i utgangspunktet står alene om å sette. Ved fysiske og psykiske forhold er det som oftest tale om subjektive forhold, men de må altså i henhold til rettsregelen nevnt i punkt 3.2.3 vurderes objektivt for å unngå den rene hypotetiske viljen til partene. Hensynene bak tilretteleggingsplikten kan gi holdepunkter for lovgivers holdning i forhold til fysiske og psykiske forhold i arbeidsforhold. Før tiltredelse er det ikke aktuelt med noen rettslig tilretteleggingsplikt, jfr. aml. § 4-6, jfr. § 1-8 om definisjonene av arbeidstaker og arbeidsgiver. Men hensynene som ligger bak tilretteleggingsplikten kan være utslagsgivende i vurderingen om bristende forutsetninger kan anvendes. Med andre ord hensyn til den ene parten som særlig må ivaretas. Tilretteleggingsplikten skal holde arbeidstakere i

arbeid, og eventuelt kunne føre dem tilbake til arbeid så snart som mulig. Både hensynet til arbeidstaker og samfunnet taler for dette. For arbeidstaker er økonomiske, sosiale og individhensyn viktige å ivareta. Videre er det viktig å tilbakeføre arbeidstaker til arbeid på et tidlig stadium for at han ikke skal risikere å falle utenfor arbeidslivet. Samfunnet for øvrig har på sin side interesse i å holde arbeidstaker i arbeid da han ellers kan bli en belastning for fellesskapet i en kortere eller lengre tidsperiode. De subjektive hensynene som er objektivt berettiget å vektlegge kan være at arbeidstaker som regel har innrettet seg til å begynne i en ny stilling, kanskje tatt med seg familien til en ny plass og sagt opp annet arbeid. Disse forholdene kan sammen, eller enkeltvis, utgjøre en viktig grunn for at arbeidsgiver ikke kan fri seg fra avtalen. Vekten må bero på det enkelte tilfellet da hensynene kan ha forskjellig betydning for den enkelte arbeidstaker. Tidsrommet fra arbeidsgiver fikk kjennskap til forutsetningssvikten og til tiltredelse skal finne sted kan også få betydning. For arbeidstaker er det lettere å handtere fragåelsen av avtalen hvor det er lang tid til tiltredelse i forhold til når tiltredelsen er nært forestående. Innretningsgraden vil objektivt være mindre. Andre momenter kan derimot tale i den andre retningen, for eksempel hvor det faktisk ikke har vært noen innretning fra arbeidstakers side.

I forhold til yrkeshemming er arbeidsgiver pålagt en plikt til å legge til rette for arbeidstaker, jfr. aml. § 4-1 nr. 4 og i sær forskrift om arbeidsplasser og arbeidslokaler § 26. Yrkeshemming av denne art er derimot vanskelig å ikke avdekke før ansettelsen, og utgjør sjelden en motiverende fysisk eller psykisk forutsetning som kan breste.

## **5.2 Arbeidstakers forutsetninger**

Arbeidstaker har et annet utgangspunkt enn arbeidsgiver når det gjelder forventningene til arbeidsavtalen. Motivasjonen for å inngå arbeidsavtalen vil være å skaffe seg en inntekt, bygge videre på karriere eller øke kunnskap og integritet. Arbeidsgiver derimot har en større interesse i å få bedriften til å fungere optimalt og som oftest maksimere overskuddet. Unntak fra sistnevnte kan for eksempel tenkes i ideelle organisasjoner og i det offentlige.

I tilfeller som nevnt nedenfor er det av betydning at det kun er i særlige tilfeller arbeidstaker vil føle et behov for å gjøre gjeldende læren om bristende forutsetninger. Arbeidstaker har etter arbeidsmiljøloven ingen materielle begrensninger for oppsigelse, jfr. aml. § 15-7. Videre er det,

dersom det ikke er avtalt annet, en normal oppsigelsesfrist på 1 - en - måned, jfr. aml. § 15-3. Behovet blir mer aktuelt dersom det er avtalt en lang oppsigelsesfrist. Særlig personer i ledende stillinger har avtalt lange oppsigelsesfrister. Dersom arbeidstaker ikke får gjennomslag for en anførsel om bristende forutsetninger er det også en mulighet for at avtl. § 36 kan lempe på en urimelig lang oppsigelsesfrist dersom de øvrige vilkårene er oppfylte. Jeg går ikke nærmere inn på denne vurderingen her, da den behandles i punkt 6.

### **5.2.1 Sosiale forhold**

Når arbeidstaker aksepterer et tilbud om ansettelse kan det være at arbeidstaker har valgt akkurat denne stillingen av en spesiell sosial grunn. Det kan være at stillingen åpner for fleksibel arbeidstid, arbeid kun på spesielle tider av døgnet/uken eller at den er mulig å kombinere med andre arbeidsforpliktelser. Forutsetningene som ligger til grunn for denne motivasjonen kan være at arbeidstakeren ønsker å bruke mer tid på barn og familie eller for at det skal legge til rette for sosialt samvær med venner, eller at arbeidstakeren rett og slett ønsker mer fritid til rådighet.

At sosiale forhold kan gjøre arbeidstaker berettiget til å kreve avskjed følger av blant annet av den danske teoretikeren Hasselbalch<sup>35</sup> som fremhever at dersom det foreligger tvingende velferdsgrunner må det være adgang til å heve arbeidsavtalen. Paal Berg henviser i tillegg til at det ville støte den allmenne rettsbevissthet dersom en ikke tillater en arbeidstaker å fri seg fra en avtale som spiller «...en så stor rolle for hans fremtid og for hele hans velferd...».<sup>36</sup> Også i særlovgivningen er det eksempler på at sosiale grunner gir grunnlag for å fri seg fra sine forpliktelser. Lærlinger og sjømenn har en særskilt adgang til å fri seg fra avtalen dersom det henholdsvis foreligger en urimelig ulempe eller dersom nærstående er avgått ved døden eller er alvorlig syk, jfr. opplæringsloven § 4-6 annet ledd bokstav c og sjømannsloven § 11.

Sosiale forhold er helt klart individuelle forutsetninger som må gjøres synbar ovenfor arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker for eksempel gjør arbeidsgiver oppmerksom på at stillingen tiltres på grunn av at arbeidstiden er gunstig vil ikke det være tilstrekkelig synbart for arbeidsgiver dersom den underliggende motivasjonen er å være mer sammen med sin ektefelle i helgene. Kravet til synbarhet

---

35 Hasselbalch Ole, «ansættelsesretten», 3. utgave, 2002, Danmark, side 416.

36 Berg Paal, «Arbeidsrett», 1930, Oslo, Olaf Norlis forlag, side 150-151.

er i slike tilfeller strengt da det er tale om en sterkt individuell forutsetning. Arbeidstaker må her gjøre arbeidsgiver klar over at det er samvær med ektefellen som er sentralt, og ikke kun at det er en behagelig arbeidstid som ligger til grunn. Behagelig arbeidstid kan i seg selv være en forutsetning, men den kan vanskelig være av en tilstrekkelig objektiv størrelse, og det naturlige er at arbeidstaker må bære risikoen for denne forutsetningen dersom den ikke er nedfelt i avtalen eller i kontrakten som den skal. Samvær med ektefelle er derimot en sterkere forutsetning, som i større grad kan velte risikoen for endringer over på arbeidsgiver. Enda sterkere forutsetning vil samvær med barn være. Særlig gjelder dette når det er tale om samvær med små barn da det er ansett som en sterk velferdsgrunn som gir et rettskrav på redusert arbeidstid for arbeidstakeren, jfr. forarbeidene til aml. § 10-2 nr 4.<sup>37</sup>

Forutsetninger som har sammenheng med arbeidstid har også en side mot styringsretten til arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver pålegger en vesentlig endring av arbeidsforholdet, som en arbeidstidsendring kan være, vil det måtte foretas en endringsoppsigelse. Ligger endringen innenfor styringsretten må det tas hensyn til ved relevansvurderingen, og således tale til fordel for arbeidsgiver. Hvor mye den skal bety beror på endringen sett opp mot den forutsetningen som er lagt til grunn mellom partene. Terskelen for å gjøre gjeldende sosiale forhold som grunnlag for å fri seg fra sin arbeidsforpliktelse er høy på grunn av hensynet til arbeidsgiver og arbeidsavtalens forpliktende karakter. For eksempel dersom arbeidstaker av og til må jobbe en helg, og ikke kun i ukedagene, vil det i liten grad tale for at forutsetningslæren skal gis anvendelse. Arbeidstaker vil være mer berettiget til heving dess større inngrep som gjøres i forutsetningen. Arbeid annen hver helg over en lengre tidsperiode kan i større grad utgjøre en bristende forutsetning.

Permisjonsreglene i arbeidsmiljølovens kapittel 12 skal verne arbeidstakeren i arbeidsforholdet. Reglene hjemler en rett til permisjon ved for eksempel fødsel, pleie av nærstående i livets sluttfase eller utdanningspermisjon. Ytterligere rettigheter kan følge av tariffavtale. Tariffavtaler inneholder ofte blant annet rett til velferdspermisjoner som flyttepermisjon, permisjon for å følge barn til første skoledag.

---

<sup>37</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 316.

## 5.2.2 Virksomhetsoverdragelse

Ved virksomhetsoverdragelse får som regel arbeidstakeren ny arbeidsgiver. I forbindelse med overdragelse av virksomheten kan det ved den opprinnelige ansettelsen ha vært en motivasjon fra arbeidstakers side hvem han skulle stille sin arbeidskraft til disposisjon for, og at de organisatoriske forholdene skulle vedvare med tanke på størrelse av bedrift og hvem som er kollegaer. Andre forhold som kan aktualisere seg ved virksomhetsoverdragelse er endringer i arbeidsoppgaver, annen risiko for forflytning eller endringer i reisetid. Dersom disse forholdene skulle endre seg i løpet av ansettelsesperioden kan det utgjøre et brudd med hva arbeidstaker hadde av forventninger ved inngåelsen av arbeidsavtalen. Hovedspørsmålet blir således om forutsetninger rundt arbeidsgivers og arbeidsplassens sammensetning kan være relevante, og om de dermed kan føre til heving eller endring av arbeidsavtalen. Valgrett og reservasjonsrett er nærliggende områder, men jeg behandler kun om det eksisterer en adgang til å løse spørsmålet ved siden av disse reglene.<sup>38</sup> Nærheten mellom disse reglesettene gjør at de samme hensynene kan gjøre seg gjeldende ved vurderingene som skal foretas. Relevansvurderingen kan dermed bli påvirket av hva arbeidstaker kan kreve innenfor arbeidsforholdet ved virksomhetsoverdragelse. Ved å inkludere momentene som er nevnt nedenfor kan arbeidstaker i størst mulig grad forvente å få et tilsvarende vern før arbeidsforholdet er påbegynt som etter tiltredelse. Synspunktet er i tråd med mindretallet i lagmannsretten til Rt. 1988 side 766 og Jakhelln ovenfor i punkt 2.

Forutsetninger om at arbeidsplassen skal være av samme karakter gjennom hele ansettelsesforholdet betyr at arbeidsgiver må ta hele risikoen for at forholdene endrer seg. For arbeidsgiver er det vanskelig å ta stilling til ethvert scenario for fremtiden ved ansettelsen. Arbeidsgiver vil ved ansettelsen ha bedre oversikt over situasjonen i bedriften enn arbeidstaker, men kan ikke ha oversikt over alt som kan skje i fremtiden. Forhold endrer seg, og muligheten for overdragelse, fusjon eller fusjon er til stede, særlig siden markedene endrer seg raskt. Etter mitt syn er det en berettiget forutsetning for arbeidstaker at arbeidsplassen skal bestå i henhold til forutsetningene innenfor en objektiv rimelig tidsramme. Behovet for å anvende forutsetningslæren i dette tilfellet bekrefter dette synet. Når arbeidsmiljølovens regler kommer til anvendelse vil de som oftest gi arbeidstakeren tilstrekkelig vern mot uforutsette endringer og inngrep i arbeidstakerens trygghet i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Hvilken tidsramme som er rimelig må tas stilling til ved å bedømme samfunnsforholdene og forholdene i bedriften ved ansettelsen. Konsekvensene for arbeidsgiver vil også bli mindre dess kortere tid som er gått fra avtaleinngåelsen til de etterfølgende

---

38 Om valgrett og reservasjonsrett se blant annet Rt. 1999 side 977 (Nemkdommen) og Rt. 1999 side 989.

omstendighetene blir gjort gjeldende.

Virksomhetsoverdragelser kan ha forskjellig karakter og innhold. De kan variere fra å skille ut enkeltstillinger til å gjelde fusjonering av hele selskapet. Rettspraksis på området gjelder vurderinger basert på valgrett og reservasjonsrett, og kan således ikke anvendes direkte her. Forutsetninger som baserer seg på sammensetning av kollegaer og størrelse på bedriften er vanskelig å bedømme. Valg av kollegaer vil sjelden være noe en arbeidstaker kan ha som en relevant forutsetning. Særlig ikke dersom forutsetningene går på det personlige eller sosiale plan. Det er opp til arbeidsgiver å bestemme sammensetningen av ansatte. Dersom det foreligger en forutsetning om at kollegaene innehar visse kvalifikasjoner kan det i større grad være relevant å gi forutsetningslæren anvendelse. Arbeidsgivers kontroll over arbeidsplassen veier meget tungt i en slik sammenheng. Dersom det skal være aktuelt å gjøre gjeldende kvalifikasjonssammensetning som bristende forutsetning må det gjerne være forbundet med fare for arbeidstakeren eller andre spesielle årsaker. Det sentrale må være hva arbeidstakeren kan forvente og hva han med rimelighet må godta av endringer på arbeidsplassen. Er det tale om for eksempel en farlig arbeidsplass hvor arbeidstakeren har en særlig forutsetning, og en forventning, om at det finnes personer på stedet med en spesiell kompetanse for å sørge for trygge prosesser er det etter mitt syn en forutsetning som er relevant. Ved virksomhetsoverdragelse kan forutsetningene bryte ved at den nye arbeidsgiveren ikke har samme synet på viktigheten av kompetansesammensetningen som den tidligere arbeidsgiveren. Forskjellen fra den gamle arbeidsgiveren til den nye kan skape en situasjon som ikke er ønskelig for arbeidstakeren. Arbeidstakeren må kunne forutsette at bedriften skal være utformet på en måte han synes er forsvarlig, og ut fra denne forutsetningen velge hvilken arbeidsplass han ønsker å tilby sin arbeidskraft. Dette gjelder selv om en også etter virksomhetsoverdragelsen holder seg innefor lovens rammer. Tilfellet kan være at arbeidstakeren i utgangspunktet ikke ønsket å jobbe for den overtakende bedriften og av den grunn søkte hos den overdragende.

I Rt. 1999 side 989 var saksforholdet at renholdsdelen av bedriften ble satt ut til en profesjonell aktør og de ansatte fulgte med. I dommen ble det vektlagt at risikoen for adskillig lengre arbeidsreise til et nytt arbeidssted ble forhøyet, og båndene til den opprinnelige bedriften ble svekket, se side 993. Saken ble avgjort på bakgrunn av valgrett og reservasjonsrett. Videre ble det drøftet om oppsigelsen var gyldig og om det var annet passende arbeid i virksomheten, jfr. aml. (1977) § 60 nr. 2 annet ledd (aml. 2005 § 15-7 nr. 2). Dommen viser at den risikoen for lengre reise

til arbeidet, og risikoen for nye arbeidsoppgaver ved overføring til ny arbeidsgiver veide tungt ved saklighetsvurderingen. Utenfor arbeidsforholdet vil hensynene kunne vektlegges også i en relevansvurdering ved avgjørelsen av om det foreligger bristende forutsetninger i tilknytning til arbeidsavtalen. I Rt. 1999 side 977 (Nemkdommen) ble kun sentralbordtjenesten overdratt til en annen arbeidsgiver, et vakselskap, hvor arbeidstakeren fulgte med. Også denne dommen ble avgjort på bakgrunn av valgretten. Dommen fremhever derimot viktigheten av å være tilknyttet et miljø i bedriften. I tillegg ble det vektlagt at innholdet i styringsretten kan endre seg mye hos den nye arbeidsgiveren. Samme hensynene kan også her gjøre seg gjeldende utenfor arbeidsforholdet, hvor det er tale om å anvende forutsetningslæren.

Forarbeidene sier om valgretten at arbeidstaker må ta en viss risiko for at arbeidsgiver som person endrer seg. Det sentrale i vurderingen er etter forarbeidene arbeidstakers nærhet til arbeidsgiver. Altså hvor arbeidstaker har et mer avhengig forhold til en spesiell arbeidsgiver skal det mindre til for at valgretten ansees for å være i behold, for eksempel som forholdet mellom daglig leder og arbeidsgiver. Motsatt vil det være dersom arbeidstaker i større grad identifiserer arbeidssituasjonen med bedriften som sådan. Eksempelvis hvor det er en større bedrift og arbeidstakeren har liten eller ingen kontakt med eier. Videre kan det være et relevant moment å ta hensyn til at den nye arbeidsgiveren ikke har grunnlag for fortsatt forsvarlig drift.<sup>39</sup> Altså dersom arbeidstaker risikerer å bli oppsagt kort tid etter virksomhetsoverdragelsen taler det for at arbeidstaker skal kunne fri seg fra arbeidsavtalen med grunnlag i den bristende forutsetningen.

### **5.2.3 Arbeidsmiljø/Psykososiale forhold**

Når et arbeidsforhold er etablert stilles det krav til at arbeidsmiljøet skal være fullt forsvarlig. Det gjelder både det fysiske og det psykiske arbeidsmiljøet, jfr. aml. §§ 4-1, 4-3 og 4-4, med tilhørende forskrifter.<sup>40</sup> En forutsetning om at arbeidsmiljøet skal være i henhold til lovens krav er en typeforutsetning. Det skal ikke være nødvendig for arbeidstaker å gjøre arbeidsgiver oppmerksom på at det er en forutsetning at loven følges. Videre er det arbeidsgivers ansvar å påse at lovens krav er oppfylt, jfr. aml. § 2-1. Reglene om arbeidsmiljø er i stor grad offentligrettslige og kan håndheves av arbeidstilsynet, jfr. aml. § 18-6. Enhver arbeidsgiver skal da være klar over at disse reglene eksisterer, og burde kjenne til innholdet i dem.

---

<sup>39</sup> NOU 1996:6, punkt 3.16.6. (side 41)

<sup>40</sup> Se særlig forskrift om systematisk helse, miljø og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften).

I Rt. 1997 side 1506 (Stryn Apotek) var spørsmålet om arbeidstakerne kunne anse dårlig arbeidsmiljø som grunnlag for en oppsigelse, uten at arbeidsgiver hadde utstedt noe påbud. Høyesterett sa i motsetning til lagmannsretten at det ville være «...for anstrengt å rubrisere forholdet som en oppsigelse...». Saken ble løst etter alminnelige kontraktsrett. Det dårlige arbeidsmiljøet ble ansett som et vesentlig mislighold fra arbeidsgiver side da denne i stor grad var skyld i den vanskelige situasjonen bedriften var kommet i. Arbeidstakerne ble tilkjent erstatning for tapt arbeidsfortjeneste. Saksforholdet i denne saken kunne også vært løst etter læren om bristende forutsetninger. I Norge, som i Danmark, er domstolene mer tilbøyelige til å behandle slike forhold som mislighold i stedet for som forutsetningssvikt.<sup>41</sup> I dette tilfellet kunne forholdet vært ansett som en bristende forutsetning da det er en etterfølgende utvikling som endrer arbeidsforholdet slik at det ikke ville vært aktuelt å inngå en avtale dersom det forelå kunnskap om de aktuelle forholdene.

I en dom fra Borgarting lagmannsrett, LB-1995-838 var forholdet at arbeidstaker hadde manglende samarbeidsevner, og en negativ effekt på arbeidsmiljøet. Dommen illustrerer at arbeidsgiver, i motsetning arbeidstaker, er underlagt reglene i arbeidsmiljøloven når det gjelder terminering av arbeidsforholdet. En arbeidstakers innvirkning på arbeidsmiljøet kan sjelden avdekkes før etter tiltredelse, og arbeidsgiver er da i de aller fleste tilfellene underlagt arbeidsmiljølovens begrensninger. Denne lagmannsrettsdommen ble avgjort på bakgrunn av avskjedsreglene og avskjeden ble opprettholdt.

Lovkravet til et fullt forsvarlig fysisk og psykososialt miljø utgjør en forutsetning som er av stor betydning for arbeidstakeren. Alle har krav på et trygt og stabilt arbeidsmiljø for å unngå unødige belastninger. Dersom arbeidsgiver ikke oppfyller disse forventningene er det etter mitt syn naturlig å avgjøre det på grunnlag av misligholdsbetraktninger, som i Rt. 1997 side 1506. Tvisten kan altså løses på samme måte som om en arbeidsmiljøforutsetning var tatt inn i arbeidsavtalen som en vanlig klausul. Jeg fremhever denne vinklingen i fremstillingen her da jeg finner det viktig å se på nyansene mellom lovgivning, avtale og forutsetninger. Relevansvurderingen vil på bakgrunn av de preseptoriske reglene og hensynet til arbeidstakers trygghet slå ut til fordel for arbeidstaker og begrunne en rett til å fragå avtalen dersom tilfellet ville blitt behandlet etter læren om bristende forutsetninger. Hvor mye en kan kreve av arbeidsmiljøet må løses ut fra det kravet som lovteksten

---

41 Hasselbalch Ole, «ansættelsesretten», 3. utgave, 2002, Danmark, side 418.



oppstiller i tillegg til rettspraksis nevnt ovenfor, og det offentlige praksis hvor den er tilgjengelig.

#### 5.2.4 Stillingsinnhold/Karriere

Karrierevalg for arbeidstaker kan være en bevisst motivasjon for valg av arbeidsplass. Arbeidstaker ønsker å arbeide et sted hvor det er mulig for hurtig avansement i det bedriftsinterne hierarkiet, eller at erfaringen legger grunnlag for en stilling ved en annen bedrift. Forutsetningene som arbeidstaker kan ha er at han skal bli forfremmet innen en viss tid, eller at han blir tillagt arbeidsoppgaver som innebærer mer ansvar eller at arbeidsoppgavene skal forandre seg mer rettet mot et særskilt emne eller område. Arbeidstaker kan også ha en forutsetning om at stillingsinnholdet ved inngåelsen av arbeidsavtalen skal opprettholdes, og ikke endres i kraft av arbeidsgivers styringsrett. Som oftest er ikke slike forhold noe som inntas i arbeidsavtalen, men som gjerne er uttalt av arbeidsgiver.

Annonsetekster inneholder ofte utsagn om at det foreligger muligheter for interne opprykk, og at stillingen gir god yrkeserfaring som kan videreutvikles. Annonsetekstene kan gi arbeidstaker en forventning om at dersom en presterer normalt vil opprykk være mulig. Men fra arbeidsgivers side er det ikke noen rettslig forpliktelse til å gi samtlige ansatte opprykk ved første ledighet. Teksten må for så vidt tolkes, for å avgjøre om den skal inngå som en del av avtalen. Så lenge uttalelsene er gitt som *muligheter* vil kvalifikasjoner og prestasjoner hos arbeidstaker være sentral i vurderingen om forutsetningen kan ansees brutt.

Forventinger av denne art hos arbeidstaker er klart individuelle forventninger, og må således gjøres synbar for arbeidsgiver. Ofte kan det være arbeidsgiver som trekker frem mulighetene for forfremmelse m.v. for å gjøre arbeidsplassen mer attraktiv. Arbeidstaker har da en berettiget forutsetning om at opprykksmulighetene er til stede. Viser det seg at arbeidstaker blir forbigått av andre som er ansatt i ettertid vil arbeidsgivers begrunnelse for forbigåelsen måtte vurderes i forhold til saklighetskravet og arbeidstakers prestasjoner. Er det tale om at arbeidstaker ikke har prestert tilstrekkelig for å kunne forfremmes eller tildeles mer ansvar vil det tale mot at arbeidstaker kan fragå sin arbeidsforpliktelse uten oppsigelsestid. Som nevnt tidligere skal det en tungtveiende begrunnelse til før arbeidstakers egne forhold kan begrunne at læren om bristende forutsetninger kommer til anvendelse. Risikoen i et sådant tilfelle må altså bæres av arbeidstaker selv. Er det derimot tale om at arbeidstaker blir forbigått av en person med objektivt dårligere forutsetninger vil arbeidstaker i større grad være berettiget til å fragå arbeidsavtalen. Motivasjonen til arbeidsgiver er i

dette tilfellet ikke relevant da det er arbeidstakers forutsetning sett opp mot de etterfølgende omstendighetene som skal vurderes. Forutsetningen om å bli forfremmet eller lignende ved tilfredsstillende prestasjoner må altså sees opp mot det faktum at en annen, dårligere kvalifisert ansatt, tar den ledige stillingen og at det således er arbeidsgivers forhold som er skyld i bristen. Ved et slikt scenario er det lettere å føre risikoen over på arbeidsgiver, men det skal som sagt mye til før en slik forutsetning får gjennomslag. Arbeidstaker vil i disse tilfellene mest sannsynlig måtte forholde seg til en ordinær oppsigelse med tilhørende oppsigelsesfrist.

## **6. Forholdet til avtalelovens § 36**

Siden innføringen av avtalelovens § 36 i 1983 har det vært diskutert hvorvidt det fortsatt er behov for læren om bristende forutsetninger. Forarbeidene til avtl. § 36 er noe uklare. Lovutvalget angir som begrunnelse for innføringen av generalklausulen at siden læren om bristende forutsetninger er et uklart prinsipp vil den være «et lite egnet middel til å endre urimelige vilkår og til å påvirke kontraktspraksis.»<sup>42</sup> Ønsket med innføringen av avtl. § 36 var å utvide adgangen til kontraktsrevisjon på alle områder da kravene etter forutsetningslæren var for strenge. At forutsetningslæren er lite egnet middel, og at den unntaksvis kommer til anvendelse kan ikke tas til inntekt for at den ikke skal anvendes. Forarbeidene fremhever videre hvilken funksjon avtl. § 36 skal ha uten å klarlegge hvorvidt bestemmelsen faktisk fortrenger forutsetningslæren eller om de skal eksistere side om side og utfylle hverandre. Forarbeidene til generalklausulen i avtl. § 36 sier at «vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte alminnelige lempingsregel som etter læren om bristende forutsetninger. Også den alminnelige lære og rettspraksis om bristende forutsetninger forutsettes således å gi vegledning og være retningsgivende ved domstolenes praktisering av lempingsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold.» Med dette kan en ikke trekke den konklusjonen at lovgiver ikke ønsker at forutsetningslæren skal eksistere, men bare at synspunktene i læren skal anvendes også ved avtalerevisjon etter avtl. § 36. I for eksempel Rt. 1988 side 276 (Røstad) ble forutsetningslæren anvendt som grunnlag for vurderingen i tråd med forarbeidene. Historisk sett er det også av betydning at avtl. § 36 er innført som et utslag av forutsetningslæren, og baserer seg i stor grad på erfaringer gjort i medhold av denne.

---

42 NOU 1979:32 side 39.

Avtl. § 36 er utformet som en generalklausul, og det er av den grunn vanskelig å fastslå rekkevidden av bestemmelsen. Alle relevante tilfeller som kan falle inn under bestemmelsen er ikke behandlet i rettsystemet, og innholdet i regelen kan endre seg i takt med samfunnsutviklingen. Dagens rekkevidde av bestemmelsen må dermed avgjøres på bakgrunn av den rettspraksis som foreligger. Rettspraksis som foreligger etter innføringen av avtl. § 36 er varierende, men felles for dem er at de ikke avviser bristende forutsetninger som et selvstendig rettsgrunnlag.

Rt. 2004 side 1588 angikk en omplasseringsavtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, og hvorvidt den kunne settes til side etter avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Høyesterett behandlet saken etter avtl. § 36 og avtalen ble opprettholdt. På spørsmålet om læren om bristende forutsetninger fikk anvendelse uttalte Høyesterett helt kort at heller ikke den læren kunne føre til et annet resultat. At Høyesterett ikke behandler anførselen i dette tilfellet mer inngående må være et uttrykk for at vurderingene som skal foretas etter forutsetningslæren allerede var behandlet under avtl. § 36. Det at Høyesterett tar konkret stilling til anførselen må tilsi at det rettslig eksisterer en lære om bristende forutsetninger ved siden av avtl. § 36 i arbeidsforhold. Rt. 1999 side 922 (Flytebrudommen) støtter dette syn når det gjelder entreprisforhold. Flere dommer på andre områder er for eksempel Rt. 1988 side 1327 (konkurs) og Rt. 2003 side 1574 (selskapsrett).

Juridisk teori skiller mellom de individuelle forutsetningene og typeforutsetningene, og mener deres natur gjør det naturlig å gi dem forskjellig rettsgrunnlag ved spørsmålet om avtalerevisjon. Hagstrøm gjør gjeldende at individuelle forutsetninger tilhører området for bristende forutsetninger, mens typeforutsetningene tilhører avtl. § 36.<sup>43</sup> De individuelle forutsetningene er etter hans mening lengre fra kjerneområdet til avtl. § 36, og det er mer naturlig at de behandles etter forutsetningslæren. Samtidig er det liten plass i rimelighetsvurderingen etter avtl. § 36 for de subjektive forholdene forutsetningslæren åpner for. Ved typeforutsetninger er det mer nærliggende at det foretas mer generelle rimelighetsbetraktninger, og at en tvist i så tilfelle skal behandles etter avtl. § 36. Rt. 1999 side 922 (Flytebrudommen) gjelder derimot en typeforutsetning som flertallet avgjorde etter forutsetningslæren. Mindretallet derimot mente avtl. § 36 ville være riktig rettsgrunnlag for å avgjøre saken. Dommen illustrerer at det er vanskelig å trekke et konkret skille mellom tilfeller som skal falle inn under avtl. § 36 og tilfeller som hører hjemme under forutsetningslæren.

---

43 Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», tredje opplag, 2004, side 305-310.

En annen tilnærming er at typeforutsetningene i større grad kan anses som en del av avtalen enn en individuell forutsetning. Avtl. § 36 skal i utgangspunktet ramme «avtaler». Avtalen har et konkret innhold som kan håndheves ved hjelp av domstolene. Oppfyllelse, ugyldighet og mislighold kan dermed gjøres gjeldende. Gjøres derimot bristende forutsetninger gjeldende vil avtalen falle bort, og partene står igjen uten noe rett eller plikt etter avtalen. Individuelle forutsetninger er fjernere fra tanken om å inkluderes som en del av avtalen da de ikke kan håndheves med tanke på oppfyllelse, og ligger således også fjernere fra nedslagsfeltet til avtl. § 36.

Forutsetningslæren kan sees på som en *lex specialis* i forhold til avtl. § 36. Forutsetningslæren er etter mitt syn en lære som er mer spesiell enn den generelle bestemmelsen i avtl. § 36. Dersom det er tale om å heve avtalen på grunn av forutsetninger som treffer kjernen i forutsetningslæren kan det være mer naturlig å gi en spesialregel anvendelse. Avtl. § 36 er en mer generell regel, som kan anvendes på senere inntrådte omstendigheter. Omstendigheter som inntreer senere er ikke det hovedsaklige nedslagsfeltet til avtl. § 36. *Lex specialis* er et prinsipp som særlig er fremtredende når en har få andre tolkningsmomenter å støtte seg på.<sup>44</sup> En har flere rettskilder å støtte seg på, men alle peker i hver sin retning. Forarbeidene er uklar og rettspraksis er sprikende. *Lex specialis*-prinsippet kan da være et prinsipp som taler til fordel for anvendelse, og videre eksistens, av forutsetningslæren.

På den annen side kan forutsetningslæren fange opp en del tilfeller som faller utenfor avtl. § 36 da læren kan være mer fleksibel enn generalklausulen. Det faktum at forutsetningslæren er ulovfestet, og ikke har skrevne rammer i form av lovtekst å forholde seg til gjør at læren i større grad kan utvikle seg. Avtl. § 36 på sin side er utformet så fleksibelt som en tekst kan utformes, og en vil som regel kunne anføre tilfeller under bestemmelsen uten hinder av lovteksten.

Konklusjonen basert på forarbeider, teori og praksis må være at forutsetningslæren får anvendelse i de tilfellene hvor problemstillingen tilsier at det ikke er naturlig å henføre det under avtl. § 36. I arbeidsforhold er det etter den nevnte praksis mest nærliggende å anvende læren om bristende forutsetninger, men når en nærmer seg arbeidskontrakten eller typetilfellene vil avtl. § 36 være mer anvendelig. I de tilfellene hvor hjemmelsgrunnlagene overlapper hverandre vil en måtte vurdere

---

<sup>44</sup> Eckhoff Torstein, «Rettskildelære», 5. utgave, 2001, side 360-361.

følgene for å avgjøre hvilket hjemmelsgrunnlag som er mest gunstig.

## 7. Avslutning

Forutsetningslæren lever i beste velgående, og har etter mitt syn fortsatt en plass i arbeidsretten. Den har dog mistet noe av sin betydning etter innførselen av avtl. § 36. Et spørsmål som kan reises er om tankskipet er i ferd med å snu, altså om rettstilstanden er i endring. Rettspraksis som anvender bristende forutsetninger som hjemmel forekommer sjeldnere nå enn for en tid tilbake. Partene anfører dog som regel bristende forutsetninger som et subsidiært rettsgrunnlag dersom det skulle vise seg at vurderingene etter avtl. § 36 ikke fører frem. At partene fortsatt anfører læren om bristende forutsetninger behøver ikke bety mer enn at de søker en rimelighet i avtalen, som oftest deres oppfatning av rimelighet. Men på den annen side er det også et uttrykk for den veletablerte statusen læren har i juristers bevissthet.

Arbeidstaker vil på bakgrunn av resignasjonsplikten ha størst interesse i å gjøre læren om bristende forutsetninger gjeldende når avskjed er den eneste praktiske løsningen. Ofte er arbeidsforholdene ved avskjed fra arbeidstakers side særs vanskelige, og da kan det være problematisk å få til en avtale med arbeidsgiver om at det ikke skal arbeides oppsigelsestid. Når forholdene lar seg løse med arbeidsgiver er det derimot mest praktisk for arbeidstaker å levere en alminnelig oppsigelse og jobbe ut oppsigelsestiden. Eventuelt kan det avtales at oppsigelsesfristen ikke skal gjelde. Noe arbeidstaker og arbeidsgiver har adgang til etter at oppsigelsen har blitt foretatt.

Arbeidsgivere vil ha mest nytte av læren om bristende forutsetninger dersom en person man tenker å ansette likevel ikke fyller de forutsetninger mht kvalifikasjoner og personlige egenskaper bedriften har bruk for. Under en høykonjunktur vil det være mangel på kvalifisert arbeidskraft, og det vil bli stilt strenge krav fra arbeidstakere. I perioder med nedgangskonjunktur, som i dag, vil det være bedre tilgang på kvalifisert arbeidskraft. Arbeidsgiver har også et større behov for å kunne gå fra arbeidsavtaler som, etter avtaleinngåelsen, viser seg å ikke oppfylle forutsetningene. Dette for å opprettholde en konkurransedyktig bedrift.

De lege ferenda bør det på bakgrunn av at læren om bristende forutsetninger er en veletablert og velutviklet lære fortsatt være en adgang for partene i arbeidsforholdet å støtte seg på den dersom arbeidsforholdet tar en uventet vending. Rettsregelen kan videre gi partene en form for trygghet, da den begrepsmessig treffer tilfellene bedre enn den generelle avtl. § 36. Arbeidsforholdet som sådan vil også kunne nyte godt av at det finnes en snever konkret regel om at brutte forutsetninger kan føre til heving av avtalen. Partene kan være mer bevisst i forhold til å holde avtaleforutsetningene de har kontroll over, og i større grad bidra til at alle forutsetningene kommer frem før avtaleinngåelsen. Denne bevisstheten kan igjen føre til at ansettelsesprosessen blir tryggere for arbeidsgiver.

En kan likevel tenke seg store problemer i tiden framover med tanke på at det ansettes stadig flere arbeidstakere fra andre land med en annen kultur og andre forutsetninger til avtaleforholdet. Internasjonalisering og globalisering vil derfor kunne komplisere anvendelsen og vurderingene som gjøres i forhold til læren om bristende forutsetninger. Viktigheten av å holde de inngåtte skrevne avtalene blir således større. Internasjonalisering og globalisering bidrar således i økende grad til at forandringenes vind også blåser på avtalerettens område.

Arbeidsmiljøloven er fortsatt det viktigste rettslige instrumentet for å skape trygghet for arbeidstaker. På den annen side dekker forutsetningslæren etter mitt syn et behov som ikke er tilstrekkelig konkret regulert i lovverket. Det er en høy terskel for å anvende forutsetningslæren i dag, og kommer bare unntaksvis til anvendelse. Slik må det fortsette å være da arbeidstaker og arbeidsgiver fortsatt skal kunne etablere stabilitet gjennom arbeidskontrakten. Det er tross alt gjennom forutberegnelighet og trygghet at gode arbeidsmiljø og arbeidsforhold blir etablert og opprettholdt.

## **8. Kilder**

### ***Litteratur***

Augdahl, Per, «Den norske obligasjonsretts alminnelige del», 5. utgave, 1984, Oslo.

Benson Thomas, «Arbeidsrettsboka», 2008, Fagbokforlaget.

Berg Paal, «Arbeidsrett», 1930, Oslo, Olaf Norlis forlag.

Dege Jan Tormod, «Arbeidsrett», Oslo, 2003.

Eckhoff Torstein, «Rettskildelære», 5. utgave, 2001.

Fougner Jan, «Arbeidsavtalen – utvalgte emner», 1999.

Hagstrøm Viggo, «Obligasjonsrett», 3. opplag, 2004.

Hasselbalch Ole, «ansættelsesretten», 3. utgave, 2002, Danmark.

Hov Jo, «Avtaleslutning og ugyldighet, Kontraktsrett I», 3. utg. 2002.

Jakhelln Henning, «Oversikt over arbeidsretten», 4. utgave, 2006.

Lehrberg Bert, «Förutsättningsläran», Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 23, 1989.

Woxholt Geir, «Avtalerett», 6. utgave, 2003, Oslo.

Woxholt Geir, «Forutsetningslæren og avtaleloven § 36», Jussens Venner 2000 side 109-131.

### ***Forarbeider***

NOU 1979:32, Formuerettslig lempningsregel.

NOU 1996:6

NOU 2001:32 A, Rett på sak.

NOU 2004:5

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976)

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983)

Ot.prp. nr. 50 (1994-1995)

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

## **Rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1922 side 663  
Rt. 1933 side 805  
Rt. 1939 side 291  
Rt. 1959 side 801  
Rt. 1963 side 1013  
Rt. 1967 side 91  
Rt. 1986 side 879  
Rt. 1988 side 276 (Røstad)  
Rt. 1988 side 766  
Rt. 1988 side 982  
Rt. 1988 side 1327  
Rt. 1990 side 1099  
Rt. 1997 side 1506 (Stryn Apotek)  
Rt. 1999 side 922 (Flytebrudommen)  
Rt. 1999 side 977 (Nemkodommen)  
Rt. 1999 side 989  
Rt. 2000 side 1602 (Nøkkdommen)  
Rt. 2001 side 248 (Ambulansedommen)  
Rt. 2001 side 418 (Kårstødommen)  
Rt. 2003 side 1574  
Rt. 2004 side 76  
Rt. 2004 side 1588

### **Lagmannsrett**

LB-1995-838  
RG. 2003 side 268  
LA-2003-17593  
LA-2004-8199

### **Tingrett**

RG. 1981 side 264 (Nordre Sunnmøre herredsrett)  
TOSLO-2007-154090 (Nettbydommen)