

Henning Jakhelln
 professor i rettsvitenskap
 Universitetet i Oslo

Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard s. 713 flg.
 Jurist og Økonomforbundets Forlag (Danmark)
 2003

OM VIRKNINGEN AV RETTSSTRIDIGE VILKÅR I TILBUD
særlig om tilbud om ansettelse med vilkår om "yellow dog"-klausul*

1. Det hører til avtalerettens grunnregler at avtale inngås ved at et tilbud aksepteres - og at uoverensstemmende aksept ansees som et avslag på det mottatte tilbud, og som et nytt tilbud som den opprinnelige tilbyder eventuelt kan akseptere, jfr. avtalelovens § 6.

Skulle det imidlertid være slik at et tilbud inneholder et rettsstridig vilkår, og skulle tilbudets mottaker velge å akseptere tilbudet på den betingelse at det rettsstridige vilkår ikke skal få anvendelse, kan det reises spørsmål om avtalelovens enkle tilbuds- og aksept-modell er egnet til å løse spørsmålet om det i et slikt tilfelle er inngått en forpliktende avtale. Ut fra avtalelovens modell er det i og for seg fullt mulig å anlegge den betraktning at det må sees bort fra det urettmessige vilkår, at det dermed foreligger en dekkende aksept, og at avtale således er inngått. Men det kan også anlegges den betraktning at den foreliggende aksept ikke stemmer med tilbudet, og at noen avtale derfor ikke er inngått. Ved valget mellom disse to mulige betraktningmåter vil det nødvendigvis måtte legges avgjørende vekt på de underliggende forhold;

* Uttrykket "yellow dog" er amerikansk, og kan vel nå i sin alminnelighet sies å bli anvendt for å betegne den mest foraktelige av alle foraktelige. - Arbeidsrettslig synes uttrykket å stamme fra arbeidet med å anlegge jernbaner i USA, hvor mange kinesere ble "importert" og arbeidet under svært vanskelige forhold. På slang ble disse kalt "yellow dogs". Det kan forøvrig nevnes at the Erdman Act (1898), som tok sikte på å forhindre forskjellsbehandling på grunn av medlemskap i fagforeninger, ble kjent forfatningsstridig av den amerikanske Høyesterett (*Adair v. United States*, 208 US 161 [1908]). Denne rettstilstand ble først endret ved the Railway Labor Act (1926) og the National Industrial Recovery Act (1933), jfr. f.eks. *Charles J. Morris: The Developing Labor Law* (1983) II s. 1360 flg. - Uttrykket "yellow dog" anvendes også i politisk betydning, om en foraktelig eller særlig upålitelig politiker. Forsåvidt synes uttrykket å stamme fra valget i 1928, hvor senator Tom Hefin fra Alabama nektet å støtte sin partifelle Al Smith, og i stedet støttet republikaneren Herbert Hoovers presidentkandidatur.

bakgrunnen for at det foreligger en rettsregel som innebærer at et vilkår er urettmessig vil med andre ord måtte tillegges vesentlig vekt. I forhold til disse underliggende forhold gir avtalelovens enkle tilbuds- og aksept-modell ingen veiledning; modellen kan neppe gi mer enn en formell forankring for et resultat bygget på annet rettsgrunnlag.

Allerede dette utgangspunkt - at spørsmålet må avgjøres ut fra de forhold som har ledet til at et vilkår er urettmessig - forekommer meg å være av helt grunnleggende betydning for den videre tilnærming til problematikken; er det slik at spørsmålet om de urettmessige vilkårs betydning egentlig tilhører avtalerettens gebet, eller er det slik at spørsmålet reelt sett tilhører ett eller flere andre rettsområder, og at avtaleretten således bare spiller rollen som den formelle og temmelig overflødige statist i et stykke hvor andre aktører innehar hovedrollene?

Det er nærliggende å sammenligne problemstillingen for såvidt angår de urettmessige vilkår med den velkjente situasjon at en inngått avtale er i strid med en rettsregel. Som kjent er det allerede i NL 5-1-2 fastsatt at avtaler "som ikke er imod Loven" skal holdes, og det er et forlengst etablert og velkjent grunnsyn at denne setning er "enten innholdsløs eller uriktig" og at det ved tolkning av vedkommende lov "må avgjøres hvordan det går de viljeserklæringer som strider mot loven".¹ Like velkjent er det dessuten at de tilfelle som grupperes som avtaler mot lov er særdeles sammensatt,² og at det er tvilsomt om det overhodet lar seg gjøre å angi noen generelle retningslinjer for det nærmere rettsforhold mellom partene, bl.a. med hensyn til om den ene part kan kreve avtalens økonomiske realitet erstattet av den annen. Det er ikke vanskelig å finne eksempler på at dette spørsmål må besvares diamentralt motsatt i forskjellige situasjoner.

¹ Jfr. *Fredrik Stang*: Innledning til formueretten, 3. utg. (Oslo 1935) s. 581: "Denne setning er ... enten innholdsløs eller uriktig. Den henviser til andre lover, og er riktig hvis den ikke har noget selvstendig innhold, men er ellers uriktig. Hvorvidt en viljeserklæring strider mot lov må avgjøres ved en tolkning av vedkommende lov; men ved en tolkning av loven må det også avgjøres hvordan det går de viljeserklæringer som strider mot loven". Tilsvarende er *Carl Jacob Arnholm*: Alminnelig avtalerett (Oslo 1949) s. 240, jfr. også *Jo Hov*: Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I, 3. utg. (Oslo 2002) s. 210 og *Geir Woxholth*: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, 4. utg. (Oslo 2001), s. 343, og - for såvidt gjelder dansk rett - eksempelvis *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmand, 4. udg. (København og Århus 2001) s. 232.

² De fremstillinger som er nevnt i foregående note inneholder en rekke eksempler fra svært forskjellige rettsområder.

Til illustrasjon skal her bare nevnes to eksempler fra Arnholm:³

(1) Overdragelse av bruksrettigheter som frister til skadedrift er i mange tilfelle forbudt, bl.a. fordi skogen vil kunne ødelegges ved urasjonelle hugstkontrakter. Selv om det i og for seg er en tenkelig løsning at erververen av bruksrettigheten kan få avtalens økonomiske resultat opprettholdt, vil dette være farlig, fordi det kan virke som et indirekte press på skogeieren.

(2) Avtaler i strid med arbeidervernlovgivningens regler om maksimalarbeidstid og forbud mot nattarbeid vil ikke være bindende for arbeidstakeren, men "det betyr ikke at arbeideren ikke skal ha den avtalte betaling hvis arbeidet er utført. Naturligvis kunne en slik regel gjøre forbudet ganske særlig effektivt; men det ville allikevel bli en bakvendt løsning".

2. Mot denne bakgrunn er det grunn til å se nærmere på avgjørelsen i Rt. 2001 s. 248, hvor to arbeidstakere ble tilbudt ansettelse på det vilkår at de ikke organiserte seg.⁴ I arbeidsrettslig terminologi tales det i slike tilfelle ofte om en "yellow dog"-klausul. Arbeidstakerne aksepterte tilbudet, men meddelte samtidig at de ville organisere seg, hvoretter andre ble ansatt. Høyesterett kom enstemmig til at bindende arbeidsavtale ikke var inngått, men tilkjente arbeidstakerne en skjønnsmessig utmålt erstatning for arbeidsgivers rettsstridige handlemåte.

Avgjørelsen er interessant ikke bare i relasjon til avtaleretten, men også i forhold til arbeidsretten, for såvidt gjelder vern av arbeidstakers rett til å komme i arbeid.

Forholdet var at Kåfjord Ambulanseservice a/s (KAS) siden 1986 hadde en avtale med Troms fylkeskommune om drift av døgnambulansetjenesten i Kåfjord kommune. I april 1998 sa KAS opp denne avtale med virkning fra 1. okt. 1998, fordi fylkeskommunens driftstilskudd etter KAS' vurdering var så lavt at det ikke ga økonomisk grunnlag for videre drift. Fylkeskommunen lyste driften av ambulansetjenesten ledig. Tilbud ble inngitt av såvel KAS som Olderdalen Ambulanse a/s (OAA). KAS hadde i sitt tilbud lagt til grunn et høyere driftstilskudd enn OAA. OAA ble deretter tildelt døgnambulansetjenesten, og avtale opprettet mellom OAA og Troms fylkeskommune. OAA overtok døgnambulansetjenesten fra 1. okt. 1998.

Under et møte 30. juni 1998 ga OAA de tre ansatte i KAS tilbud om ansettelse.⁵ Tilbudet var betinget av at de ikke fagorganiserte seg. De to arbeidstakere som var

³ *Carl Jacob Arnholm: Alminnelig avtalerett* (Oslo 1949) s. 241-242.

⁴ I det følgende benyttes uttrykket arbeidstaker også om den som søker ansettelse.

⁵ Den ene av de tre ansatte var daglig leder og styreformann, og eide dessuten 50 % av aksjekapitalen i KAS; hans mor eide de øvrige 50 %. Hålogaland lagmannsrett la i dom av 17. feb. 2000 til grunn at denne ansatte "var den som utøvet faktisk og reell kontroll i selskapet". Under henvisning til Rt. 1986 s. 1322 kom lagmannsretten under tvil til at han i relasjon til reglene om virksomhetsoverdragelse ikke skulle regnes som arbeidstaker. Denne del av

parter i saken for Høyesterett aksepterte tilbudet muntlig innen den fastsatte frist, men meddelte samtidig at de ville organisere seg. OAA ansatte deretter tre andre, som ble gitt nødvendig opplæring.

Under den påfølgende rettssak mot OAA kom Høyesterett til at det ikke hadde funnet sted noen virksomhetsoverdragelse ved at OAA ble tildelt døgnambulansetjenesten etter at KAS hadde drevet denne tjeneste fra 1986.⁶ Høyesterett kom også til at vilkåret om at arbeidstakerne ikke skulle organisere seg var i strid med forbudet i arbeidsmiljølovens § 55 A og dermed urettmessig. For denne urettmessige handlemåte ble hver av arbeidstakerne av Høyesterett tilkjent en skjønnsmessig erstatning med kr. 100.000;⁷ det urettmessige vilkår ble imidlertid antatt ikke å lede til at bindende arbeidsavtale var blitt inngått.

3. I saken ville arbeidstakernes organisasjonsfrihet - spesielt den positive organisasjonsrett - nødvendigvis måtte stå sentralt, og det er grunn til straks å bemerke at Høyesterett her konkluderte med "at det var urettmessig av [arbeidsgiver] å sette som vilkår for ansettelse at [arbeidstakerne] ikke organiserte seg".

Høyesterett tok utgangspunkt i at arbeidstakeres rett til å være tilsluttet fagforeninger er beskyttet ved Den europeiske menneskerettskonvensjon art. 11, FN's konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter art. 8 og FN's konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 22,⁸ og fant videre grunn til å

lagmannsrettens dom ble ikke påanket. For enkelhets skyld opereres det i det følgende med at saken bare dreide seg om de to øvrige arbeidstakere.

⁶ Høyesterett drøftet utførlig spørsmålet om det hadde funnet sted en virksomhetsoverdragelse. Denne del av avgjørelsen vil imidlertid ikke bli nærmere omtalt i det følgende.

⁷ For sammenhengens skyld nevnes at Nord-Troms herredsrett synes å ha lagt til grunn at det forelå en virksomhetsoverdragelse, og avsa 21. april 1999 fastsettelsesdom for at de tre arbeidstakere "er fast ansatt i Olderdalen Ambulanse a/s."

Tilsvarende gjelder Hålogaland lagmannsretts dom av 17. feb. 2000, i forhold til de to arbeidstakere som var parter i saken for Høyesterett; disse ble dessuten tilkjent av lagmannsretten erstatning for økonomisk tap med henholdsvis kr. 245.000 og 230.000, idet de stort sett hadde vært uten arbeid etter 1. okt. 1998, mens erstatning for ikke-økonomisk tap ikke ble tilkjent.

⁸ Høyesterett nevner at disse tre konvensjoner gjelder som norsk lov, jfr. menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30, men påpeker at saksforholdet "ligger i tid forut for loven, og virkningen av bestemmelsene om organisasjonsfrihet beror på anvendelsen av presumsjonsprinsippet om forholdet til folkeretten". I tillegg til de konvensjoner Høyesterett her nevner, er det grunn til å påpeke at også Den europeiske sosialpakt (1961) - ratifisert av Norge 1962, revidert 1996; den reviderte konvensjon er ratifisert av Norge 7. juni 2001 - i art. 5 gir bestemmelser om arbeidstakernes positive organisasjonsrett .

nevne ILO-konvensjon nr. 98 (1949) om gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten, særlig art. 1 nr. 2.⁹

Videre viste Høyesterett til at arbeidsmiljølovens § 55 A første ledd setter forbud mot at en arbeidsgiver "i utlysingen etter nye arbeidstakere eller på annen måte" krever at søkerne skal gi opplysninger om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner. Arbeidsgiver må heller ikke "iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte".¹⁰

Høyesterett bemerket at bestemmelsens formål "er å forhindre at arbeidsgiveren ved ansettelse legger vekt på opplysninger om slike forhold, og bestemmelsen må tolkes i lys av de internasjonale konvensjoner Norge er bundet av", og viste særskilt til ILO-konvensjon nr. 98 (1949).¹¹ Riktignok hadde arbeidsgiver ikke direkte etterspurt opplysninger om arbeidstakernes eventuelle medlemskap i fagforeninger, "men den betingelse som ble stilt for ansettelse, må ... anses urettmessig. Betingelsen er klart i strid med formålet for § 55 A første ledd. Den er egnet til å få frem opplysninger om hvorvidt en søker er eller ikke er organisert, og jeg ser betingelsen nærmest som en omgåelse av de forbud lovbestemmelsen inneholder".¹²

⁹ Art. 1 omhandler vern mot all diskriminering som innebærer et angrep på foreningsfriheten, og etter art. 1 nr. 2 skal dette vern særlig være "rettet mot handlinger som er beregnet på å gjøre sysselsettingen av en arbeider betinget av at han ikke skal slutte seg til en fagforening eller skal oppgi fagforenings-medlemskap."

¹⁰ Ytterligere nevner Høyesterett at Kommunalkomitéens flertall i sesjonen 1998-99 avviste et lovforslag om fri organisasjonsrett for arbeidstakere, under henvisning til kommunalministerens uttalelse til komitéen, og sa seg enig i at "både den positive og den negative organisasjonsretten er vernet i norsk lov gjennom menneskerettsloven" og at lovforslaget derfor var unødvendig; dette ble da også resultatet under behandlingen i Stortinget.

¹¹ Høyesterett nevner også at arbeidsmiljølovens § 55 A, annet og tredje ledd (forbud mot forskjellsbehandling på grunn av rase, hudfarge, nasjonal eller etnisk opprinnelse, homofil legning eller homofil samlivsform), ble tilføyd ved endringslov av 30. april 1998 nr. 24, og at det i lovforarbeidene [Ot. prp. nr. 67 (1996-1997) s. 45 flg.] ble fremhevet betenkeligheter ved å foreta inngrep i arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse. Det uttales i lovforarbeidene at arbeidsgiverens rett til å velge sine ansatte tradisjonelt er en viktig del av styringsretten, men at dette likevel ikke var til hinder for at målsettingen om like muligheter for alle og hensynet til Norges internasjonale forpliktelser førte til at det ble stilt krav til saklighet rundt de forhold som disse to leddene i § 55 A regulerer. Høyesterett bemerket om dette bare at det spørsmål den foreliggende sak reiser ikke kan sees å ha vært fremme under lovforberedelsen, og finner ikke grunn til å gå nærmere inn på de to nye ledd i bestemmelsen.

¹² I Rt. 2001 s. 1413 sluttet Høyesterett seg til denne uttalelse, med den bemerkning at resonnetet også måtte ha gyldighet forsåvidt gjelder klausuler som etablerer en plikt for arbeidstakere til å være medlem av en fagorganisasjon ("closed shop"-klausuler).

Endelig påpekte Høyesterett "at dersom en arbeidstaker som allerede er ansatt, fagorganiserer seg, og dette blir brukt som begrunnelse for oppsigelse, kan det ikke være tvilsomt at oppsigelsen ordinært vil være usaklig".¹³ "Det ville ... gi liten sammenheng i reglene om arbeidsgiveren ved en ansettelse, slik som i vårt tilfelle, skulle ha adgang til å sette som vilkår at de som ansettes ikke skal være organisert".

4. Høyesterett har altså ansett det nødvendig å redegjøre nærmere for det grunnleggende synspunkt at arbeidstakernes positive organisasjonsrett er en anerkjent rettsregel i Norge. Den svært kasuistiske norske lovbestemmelse, hvor prinsippet om arbeidstakernes organisasjonsrett er mer forutsatt enn hjemlet, er tolket på bakgrunn av sitt formål¹⁴ og i lys av de internasjonale konvensjoner. Dessuten er andre norske rettskilder anvendt for å underbygge resultatet, hvilket i og for seg er rimelig nok.¹⁵

Det er all grunn til å slutte opp om det resultat Høyesterett er kommet frem til, og den konklusjon som Høyesterett trekker med hensyn til det vilkår som arbeidsgiver hadde satt i sitt tilbud. Den norske bestemmelse er således tolket slik at den også får anvendelse på den omgåelse som dette vilkår representerte. Høyesterett synes også å ha lagt til grunn, eller iallfall å ha vært

¹³ Høyesterett viste her til *Stein Evju: Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik* (1982) s. 87 og *Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold* (1995) s. 79. Likedan kan nevnes *Henning Jakhelln: Freedom of the Worker to organize* (1978), senere bl.a. trykt i *Henning Jakhelln: Arbeidsrettslige studier I* (2000) s. 512; ytterligere kan merkes *Henning Jakhelln* i en rekke utgaver av Knophs Oversikt over Norges rett, se f.eks. (1973) s. 621.

¹⁴ Jfr. saksordføreren i Ot.forh. 1977-78 s. 581: Hensikten med bestemmelsen "er å hindre at folk blir stengt ute fra arbeidslivet på grunn av t. eks. politiske holdninger eller medlemskap i lønnstaker- eller andre organisasjoner".

¹⁵ Det kan likevel være spørsmål hvilken vekt disse ytterligere rettskilder kan tillegges hver for seg. Således bør det nok vises tilbakeholdenhet med å legge for stor vekt på en uttalelse av Kommunalkomiteén som begrunner hvorfor et lovforslag er overflødig og derfor bør avvises (jfr. ovenfor note 10) - en slik uttalelse kan være influert av taktiske partipolitiske hensyn mer enn av juridiske overveielser - men sett i sammenheng med andre rettskilder må likevel en slik uttalelse kunne tillegges en viss betydning.

Det må også bemerkes at det i sin alminnelighet må utvises stor forsiktighet med å trekke slutninger fra lovfestede restriksjoner med hensyn til opphørsgrunner, slik at tilsvarende restriksjoner også gjelder når rettsforholdet skal etableres. Det tradisjonelle og generelle saklighetskrav ved oppsigelse fra arbeidsgivers side, jfr. nå arbeidsmiljølovens § 60, innebærer et vern av et etablert rettsforhold, og noe slikt etablert rettsforhold foreligger selvsagt ikke på stiftelsestidspunktet. Naturligvis taler en rekke grunner for restriksjoner med hensyn til arbeidsgivers styringsrett også i relasjon til stiftelsestidspunktet, men slike restriksjoner synes å måtte begrunnes selvstendig, og ut fra de hensyn som gjør seg gjeldende i den situasjon det da er tale om.

oppmerksom på, at en anerkjennelse av arbeidstakernes positive organisasjonsrett innebærer en tilsvarende begrensning av arbeidsgivers styringsrett.¹⁶

Den helt grunnleggende betydning av arbeidstakeres rett til å danne og slutte seg til fagforeninger - og til å forbli medlem av en fagforening - kunne likevel etter min mening også ha vært trukket frem og betont av Høyesterett. Den positive organisasjonsrett er en forutsetning for at arbeidsforhold skal kunne reguleres gjennom tariffavtaler,¹⁷ og overhodet for at arbeidstakere kan få sine interesser ivaretatt gjennom fagorganisasjoner. Det er neppe noen overdrivelse at den positive organisasjonsrett utgjør en grunnbjelke i det system som norsk arbeidsrett er bygget på. Det er derfor av vesentlig betydning at fundamentet for denne grunnbjelke ikke blir underminert.

En anerkjennelse av en adgang for arbeidsgivere til å kreve at arbeidstakere skal være uorganiserte, ville innebære at hver enkelt arbeidstaker på forhånd skulle kunne frafalle sin rett til å fremme sine interesser på kollektiv basis gjennom medlemskap i fagforening. Dette ville dermed på sikt undergrave selve grunnlaget for prinsippet om kollektive forhandlinger om lønns- og arbeidsvilkår, utgjøre et rettslig grunnlag for "union busting", og ytterligere individualisere arbeidstakernes rettslige og faktiske stilling. Dette er da også bakgrunnen for at arbeidstakernes positive organisasjonsrett står så sentralt i de internasjonale konvensjoner, herunder forbudet mot "yellow dog"-klausuler m.v. i ILO-konvensjon nr. 98 (1949).

5. Selv om Høyesterett altså konkluderte med at det var urettmessig av arbeidsgiver å sette som vilkår for ansettelse at arbeidstakerne ikke organiserte seg, kom Høyesterett ikke til at det var inngått noen arbeidsavtale. Dette standpunkt står såvidt sentralt i avgjørelsen, at det er grunn til å gjengi premissene i sin helhet:

"Spørsmålet om det er inngått en bindende avtale om ansettelse i et arbeidsforhold, må avgjøres etter avtalerettslige prinsipper. I vår sak kan det i praksis tenkes to løsninger: Enten anses den urettmessige betingelsen som ikke uttalt, med den følge at ansettelse er skjedd fordi aksepten da dekker tilbudet. Den annen mulighet er at betingelsen, selv om den er urettmessig, like fullt må betraktes som en forutsetning for tilbudet, og at den dermed leder til at det ikke er inngått noen bindende ansettelsesavtale. Jeg finner ikke tilstrekkelig grunnlag for å gå lenger enn til dette siste alternativ. Arbeidsgiveren var i en situasjon hvor han ikke hadde noen plikt til å gi [ankemotpartene] noe tilbud om ansettelse. Han kunne, om han ønsket det,

¹⁶ Se det som er referert ovenfor i note 11; på dette punkt er Høyesteretts premisser ikke helt klare.

¹⁷ Jeg nøyer meg med å vise til *Henning Jakhelln* i Knophs Oversikt over Norges rett (1973) s. 618, og en rekke senere utgaver, senest (1998) s. 599.

tilby ansettelse til andre. Jeg finner her grunn til å fremheve den ordning som er etablert i likestillingsloven, som i § 4 annet ledd bestemmer at det ved ansettelse i utgangspunktet ikke må gjøres forskjell på kvinner og menn. Rettsvirkningen av ulovlig forbigåelse vil her normalt være erstatning etter lovens § 17, og ikke at den forbigåtte får stillingen. Jeg finner at dette også bør bli resultatet i vår sak.

Jeg kan etter dette ikke se at det er inngått noen avtale om ansettelse mellom Olderdalen Ambulanse a/s og ankemotpartene".

6. Høyesterett tar altså utgangspunkt i de avtalerettslige prinsipper, og i at arbeidsgiver ikke var forpliktet til å fremkomme med noe tilbud om ansettelse, samt i at likestillingsloven ikke gir en forbigått søker krav på stillingen; den forbigåtte kan bare tilkjennes erstatning.

Det er grunn til å se nærmere på hvert av disse punkter i Høyesteretts resonnement.

6.1. Det er naturligvis hevet over enhver tvil at spørsmålet om partene har inngått en rettslig bindende arbeidsavtale "må avgjøres etter avtalerettslige prinsipper",¹⁸ men jeg kan ikke se at denne henvisning til de avtalerettslige prinsipper gir noen som helst veiledning i forhold til spørsmålet om hvorvidt et urettmessig vilkår for ansettelse skal tillegges noen rettsvirkning, og i tilfelle hvilken.

Det er åpenbart at Høyesterett med henvisningen til de avtalerettslige prinsipper sikter til avtalelovens enkle tilbuds- og aksept-modell. Dette fremgår med all ønskelig tydelighet av Høyesteretts påpekning av at det her foreligger et valg mellom enten å anse den urettmessige betingelsen som ikke uttalt, med den følge at ansettelse er skjedd fordi aksepten da dekker tilbudet, eller å anse den urettmessige betingelse som en forutsetning for tilbudet, med den følge at avtale ikke er inngått. Som påpekt innledningsvis under I gir imidlertid avtalelovens enkle tilbuds- og aksept-modell ingen veiledning ved dette valg; modellen kan neppe gi mer enn en formell forankring for et resultat bygget på annet rettsgrunnlag. Noen reell begrunnelse for Høyesteretts valg av løsning kan derfor ikke utledes av henvisningen til de avtalerettslige prinsipper.

6.2. Realiteten i Høyesteretts begrunnelse er angivelsen av at arbeidsgiver var i en situasjon hvor det ikke forelå noen plikt til å gi noe tilbud om ansettelse til

¹⁸ Jeg vil likevel innskyte at de avtalerettslige prinsipper dog vil måtte anvendes under tilbørlig hensyntagen til de spesielle omstendigheter som gjør seg gjeldende for arbeidsforhold - på samme måte som det også ellers vil måtte tas hensyn til de særlige forhold som gjør seg gjeldende på de spesielle rettsområder.

de arbeidstakere som på tilbudstidspunktet arbeidet i det annet ambulansefirma, og Høyesterett tilføyer - forsåvidt aldeles overflødig - at arbeidsgiver kunne ha gitt tilbud om ansettelse til andre; noe arbeidsgiver forøvrig gjorde.

Spørsmålet er imidlertid hvor holdbar denne del av begrunnelsen egentlig er.

Det er min oppfatning at Høyesteretts begrunnelse ikke er treffende, og at det legges til grunn en skjev problemstilling. Spørsmålet er ikke om arbeidsgiver var forpliktet til å gi noen av de ansatte, som dengang arbeidet i det annet ambulansefirma, noe tilbud om fortsatt ansettelse.¹⁹ Spørsmålet er heller ikke om arbeidsgiver var berettiget til å gi andre arbeidssøkende tilbud om arbeid i virksomheten. Spørsmålet er derimot om arbeidsgiver overhodet, ved tilbud om arbeidsavtale - uansett hvem tilbudet måtte være rettet til - var berettiget til å ta inn i tilbudet det vilkår at arbeidstaker ikke skulle organisere seg.

Jeg kan nemlig ikke se det anderledes, enn at man ved dette spørsmål er tilbake til selve formålet med den positive organisasjonsrett - uttrykt i arbeidsmiljølovens bestemmelse som et forbud mot å kreve opplysninger om medlemskap i fagforeninger - som igjen har sin bakgrunn i at den positive organisasjonsrett utgjør en grunnbjelke for det norske arbeidsrettslige system, jfr. ovenfor 4. Skal forbudet kunne nå sitt mål, må det derfor få anvendelse uansett hvem arbeidsgiver måtte rette sitt tilbud til.

6.3. Heller ikke det påfølgende ledd i Høyesteretts begrunnelse virker overbevisende; henvisningen til at en forbigått søker etter likestillingslovens regler nok kan kreve erstatning, men ikke kan få den søkte stilling. Her forekommer det meg - med respekt å melde - at Høyesterett blander sammen spørsmålet om en avtale er inngått, med spørsmålet om hvilke rettsvirkninger det får om en inngått avtale ikke oppfylles.

Det synes vanskelig å hevde at arbeidsavtaler forsåvidt skulle stå i en annen stilling enn avtaler fra andre rettsområder.

Enkelte av arbeidsmiljølovens kasuistiske bestemmelser fastsetter at det kan gis dom for ansettelse, selv om det ikke foreligger noen arbeidsavtale mellom partene. Dette gjelder således ved innleie av arbeidstakere i strid med lovens regler, jfr. aml. § 55 K nr. 3 og nr. 4, begges fjerde ledd, og for arbeidstakere med fortrinnsrett til ny

¹⁹ Bemerkningen har muligens sammenheng med at det i den foreliggende sak særlig var prosedert på at det forelå en virksomhetsoverdragelse; hadde arbeidstakerne fått medhold i dette synspunkt ville de uten videre hatt krav på fortsatt ansettelse i Olderdalen Ambulanses a/s, jfr. arbeidsmiljølovens § 73 B nr. 1.

ansettelse, jfr. aml. § 67 nr. 2 annet ledd. Ytterligere vil dom for at ansettelsesforholdet består kunne gis ved midlertidig ansettelse i strid med lovens begrensninger, jfr. aml. § 58 A nr. 4 tredje ledd, jfr. også nr. 5 fjerde ledd. Dessuten vil såvel usaklig oppsigelse som urettmessig avskjed kunne kjennes ugyldig, slik at arbeidstaker fortsetter i stillingen, hvilket i realiteten er å avsi dom for fortsatt ansettelse, jfr. aml. §§ 61 flg. Også i andre sammenhenger kan arbeidstaker ha rettslig interesse for å få fastsettelsesdom for at et arbeidsforhold består, bl.a. etter at en virksomhetsoverdragelse har funnet sted, slik det eksempelvis ble gjort av herreds- og lagmannsretten i denne sak, jfr. ovenfor note 7.

En annen sak er at det kan være vanskelig å tvangsfullbyrde en slik avgjørelse; etter tvangsfullbyrdeleseslovens § 13-14 fjerde ledd kan således løpende mulkt ikke anvendes for å tvinge noen til å motta en som er ansatt i arbeidsforhold. Dette forhold kan under enhver omstendighet likevel ikke være til hinder for å fastsette erstatningsutmålingen ut fra det grunnsyn at det var inngått en avtale om personlig arbeid, og at denne avtale ble misligholdt fra arbeidsgivers side.

Mest nærliggende ville det etter min oppfatning ha vært å legge til grunn det synspunkt at det her var inngått en avtale om personlig arbeid, og at denne ikke ble oppfylt fordi arbeidsgiver ikke ville ta arbeidstakerne inn i arbeid hos seg. Denne løsning ville også bidra til ytterligere å effektivisere prinsippet om arbeidstakernes positive organisasjonsrett. Formentlig burde arbeidsgivers forhold således sees under synsvinkelen antasipert mislighold.

For ordens skyld nevnes at det i og for seg også kan være plass for det synspunkt at det foreligger kreditormora fra arbeidsgivers side. Det vil imidlertid føre for langt i denne sammenheng å ta opp spørsmålet om synspunktet kreditormora i praksis egentlig vil føre til vesentlig forskjellige resultater i forhold til synspunktet antasipert mislighold.

7. De er mulig at Høyesteretts resonnement egentlig hviler på det underliggende standpunkt at arbeidsgiver ikke bør behandles anderledes i dette tilfelle, enn om arbeidsgiver hadde utlyst stillingene med en "yellow dog"-klausul, altså med krav om at søkerne skulle være uorganiserte. I så fall ville forholdet ha vært omfattet av arbeidsmiljølovens forbud,²⁰ og etter alminnelige erstatningsrettslige regler ville arbeidsgiver være erstatningsansvarlig overfor

²⁰ Bl.a. i samsvar med den tolkning som Høyesterett har lagt til grunn i denne sak, jfr. ovenfor 3.

urettmessig forbigått søker,²¹ slik likestillingsloven uttrykkelig fastsetter for sitt vedkommende.²²

I det foreliggende tilfelle hadde imidlertid arbeidsgiver fremsatt et konkret utformet tilbud til de to aktuelle arbeidstakere, hvilket er noe ganske annet enn en generell utlysning av stillingene, som i avtalerettslig sammenheng - jfr. avtalelovens § 9 - må være å anse som en oppfordring til å fremkomme med et tilbud.²³ Avtalerettslig sett går derfor Høyesterett svært langt når arbeidsgivers forhold konstrueres slik at denne hadde truffet "beslutningen om ikke å følge opp ansettelsestilbudet" - når det faktisk forelå en aksept av dette tilbud - ved ikke å anse arbeidsgivers forhold for et antesipert brudd på en inngått arbeidsavtale.

Det synspunkt kunne også tenkes, at arbeidstakerne ikke hadde noe krav på å bli ansatt - Høyesteretts angivelse av at arbeidstakerne måtte ansees som forbigåtte søkere kan sies å inneholde en antydning i denne retning - og at deres rettskrav derfor måtte være begrenset til et erstatningskrav. Som nevnt under 6.2 er det imidlertid min oppfatning, at det synspunkt at disse arbeidstakere ikke skulle ha noe rettskrav på å bli ansatt, angir en skjev problemstilling; det avgjørende må være at arbeidstakerne har krav på å bli behandlet og vurdert uten hensyn til om de er medlemmer av en fagforening - eller forøvrig er i en situasjon som det ikke er adgang til å ta hensyn til. Hvor arbeidsgiver urettmessig tillegger medlemskap i fagforening betydning i forhold til konkrete arbeidstakere som har søkt en stilling - eller in casu overfor de arbeidstakere som hadde fått et tilbud om arbeidsavtale - må det være utvilsomt at det foreligger et rettsbrudd overfor disse, og at disse kan påberope seg dette rettsbrudd overfor arbeidsgiver.

8. Ved Høyesteretts dom ble hver av de to arbeidstakere tilkjent erstatning med kr. 100.000, inklusive renter på basis av alminnelige erstatningsrettslige regler. Arbeidsgiver måtte være erstatningsansvarlig for sin rettsstridige handlemåte, og det måtte legges til grunn at det forelå årsakssammenheng mellom arbeidsgivers uberettigede vilkår og dennes beslutning om ikke å følge opp ansettelsestilbudet.

²¹ Jfr. f.eks. *Henning Jakhelln* i Karnov: Norsk Kommentert Lovsamling (1999) note 440 til arbeidsmiljøloven [Norsk Kommentert Lovsamling (2002) note 451].

²² Etter lovendring av 4 mai 2001 nr. 15 fastsetter nå også aml. § 55 A sjette ledd - etter mønster av likestillingslovens bestemmelse, slik denne lød før lovendring av 14. juni 2002 nr. 21 - at arbeidsgiver er erstatningsansvarlig "etter de alminnelige regler", dersom forskjellsbehandling har funnet sted på grunn av søkerens rase, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile legning eller homofile samlivsform, eller funksjonshemming.

²³ Se bl.a. *Jo Hov: Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*, 3. utg. (Oslo 2002) s. 71 med henvisninger, og - for såvidt gjelder dansk rett - eksempelvis *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen: Aftaler og mellemmand*, 4. udg. (København og Århus 2001) s. 55.

Som påpekt av Høyesterett har arbeidsmiljøloven "ingen bestemmelser om erstatning i slike tilfeller, og plikten til å svare erstatning må bygges på vår ulovfestede regel om erstatningsansvar ved forsettlig eller uaktsom skadeforvoldelse".²⁴ " [---] Det foreligger ingen opplysninger som gir grunn til å anta at det var andre årsaker til at [arbeidstakerne] ikke ble ansatt hos Olderdalen Ambulanse AS enn den omstendighet at de ville organisere seg. Jeg legger derfor til grunn at det er årsakssammenheng mellom arbeidsgiverens betingelse om unnlatt organisering og beslutningen om ikke å følge opp ansettelsestilbudet. Som nevnt hadde Olderdalen Ambulanse AS ingen rett til å oppstille noen slik betingelse, og selskapet er etter mitt syn erstatningsansvarlig som følge av sin rettsstridige handlemåte".

Med hensyn til erstatningsutmålingen la Høyesterett til grunn at arbeidstakerne skulle ha dekket "sitt økonomiske tap ved ikke å få ansettelse", og at det ikke var ikke grunnlag for erstatning for ikke-økonomisk tap.²⁵ Siden økonomisk tap bare erstattes så langt det er påregnelig, måtte det gjelde "en grense for hvor lang tidsperiode det måtte regnes med at de to ville være uten lønnet arbeid."²⁶ Det forelå imidlertid meget sparsomme opplysninger "om de faktiske forhold som naturlig hører hjemme ved en slik bedømmelse", og erstatningen ble derfor utmålt ut fra "en sterkt skjønnsmessig vurdering".

9. Det er nærliggende å reise spørsmålet om denne erstatningsutmåling er, og eventuelt bør være, prinsipielt forskjellig fra erstatningsutmålingen hvor en søker er forbigått i strid med avtalt eller lovbestemt fortrinnsrett til ny ansettelse, og hvor en arbeidstaker som er blitt ansatt ikke får tiltre stillingen, og hvor erstatning tilkjennes en arbeidstaker på grunn av usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed.

²⁴ Høyesterett tilføyde "at departementet i Ot. prp. nr. 67 (1996-97) side 50 hadde foreslått en regel om erstatningsansvar for den arbeidsgiver som handlet i strid med bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 55 A annet ledd, med innhold som i denne lovens § 62. Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp under den videre behandling i kommunalkomiteen". Det kan for såvidt vises til Innst. O. nr. 27 (1997-98) s. 10 flg.

²⁵ Bemerkningen om at det ikke var grunnlag for å utmåle erstatning for ikke-økonomisk tap er tvetydig. Bemerkningen kan forstås slik at Høyesterett ikke fant grunn til å tilkjenne slik erstatning. Men den kan også forstås slik at Høyesterett bygget på at det ikke forelå hjemmel for dette, og jeg antar at det er den siste forståelse som bør legges til grunn.

²⁶ Tilsvarende synes å måtte legges til grunn etter likestillingslovens § 17, jfr. Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 69: "En overtredelse av likestillingslovens regler vil kunne medføre økonomisk tap for private parter. Man kan tenke seg en forbigått søker til en ledig stilling som går arbeidsløs en stund ... --- Overtredelse ... vil derfor kunne medføre erstatningsansvar ... dersom de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt."

9.1. Det er utvilsomt at erstatning for ikke-økonomisk tap kan tilkjennes ved usaklig oppsigelse og urettmessig avskjed, og uten at det forsåvidt stilles ytterligere vilkår enn ved erstatning for økonomisk tap. Det er imidlertid mulig at det ikke kan tilkjennes slik erstatning for ikke-økonomisk tap bare på basis av kontraktsbrudd, f.eks. hvor arbeidsgiver misligholder arbeidsavtalen, men uten at oppsigelses- eller avskjedsreglene får anvendelse. Hvorvidt dette synspunkt vil innebære at det ikke kan tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap ved antesipert mislighold av en arbeidsavtale, må imidlertid ansees for tvilsomt. En søker som er blitt forbigått, f.eks. på grunn av sin rase, nasjonale opprinnelse, homofile legning osv., vil ikke kunne reise krav om erstatning for ikke-økonomisk tap, men her foreligger lovforslag som vil åpne for at også slik erstatning skal kunne tilkjennes. Søker som er blitt forbigått på grunn av sitt kjønn vil nå kunne kreve også erstatning for ikke-økonomisk tap.

Den rettsutvikling som således er i gang, og allerede delvis gjennomført, innebærer at Høyesteretts standpunkt i den foreliggende sak - at det ikke er hjemmel for erstatning for ikke-økonomisk tap - neppe vil kunne opprettholdes.

Etter arbeidsmiljølovens § 62 og § 66 nr. 4 kan erstatning tilkjennes for ikke-økonomisk tap ut fra de samme vilkår som gjelder for erstatning for økonomisk tap. Tilsvarende gjelder ved midlertidig ansettelse i strid med arbeidsmiljølovens begrensninger, jfr. aml. § 58 A nr. 4 tredje ledd og nr. 5 annet ledd, og ved innleie av arbeidstakere i strid med arbeidsmiljølovens begrensninger, jfr. aml. § 55 K nr. 3 og 4, begges fjerde ledd, og ytterligere ved uberettiget forbigåelse av fortrinnsberettiget til ny ansettelse, jfr. aml. § 67 nr. 6.

Derimot vil erstatning for ikke-økonomisk tap ikke kunne tilkjennes søkere som er blitt forbigått på grunn av deres rase, hudfarge, nasjonale eller etniske opprinnelse, homofile legning eller homofile samlivsform, eller funksjonshemning, jfr. aml. § 55 A sjette ledd og ovenfor fotnote 20. Tilsvarende gjaldt tidligere ved forbigåelse på grunn av søkernes kjønn, jfr. likestillingslovens § 17. - Likestillingslovens bestemmelse er imidlertid endret ved lov av 14. juni 2002 nr. 21, slik at bestemmelsen nå åpner for at det kan tilkjennes også erstatning for ikke-økonomisk tap. Likedan har Arbeidslivslovutvalget 17. des. 2002 fremmet forslag om Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, hvor rett til erstatning for ikke-økonomisk tap er foreslått lovfestet i ny aml. § 54 J nr. 1. Tilsvarende forslag er fremsatt i NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering, lovforslagets § 16. Det er forutsatt at erstatning for ikke-økonomisk tap vanligvis skal tilkjennes, jfr. NOU 2002: 12 s. 265 og s. 361.

9.2. Det synspunkt at erstatning for ikke-økonomisk tap ikke kan tilkjennes bare på basis av kontraktsbrudd, er særlig kommet til uttrykk i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek).²⁷

Forholdet i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) var at arbeidstakerne hadde fratrudd sine stillinger på grunn av det dårlige arbeidsmiljø ved filialapoteket - Høyesterett karakteriserte arbeidsmiljøet som "ualminnelig dårlig" - hvilket innebar at apotekeren vesentlig hadde misligholdt sine forpliktelser overfor de ansatte, og misligholdet kunne bebreides apotekeren. Det forelå således erstatningsgrunnlag, men ikke for ikke-økonomisk tap; Høyesterett bemerket bl.a.: "Oppreisning forutsetter særskilt hjemmel. Erstatning etter arbeidsmiljølovens § 62 annet ledd kan også omfatte oppreisning, men denne oppreisningshjemmelen kan neppe benyttes utenfor sitt område".²⁸

9.3. Det er forøvrig på det rene at en arbeidstaker kan ha avtalefestet krav på ansettelse, og at kontraktbrudd i den anledning kan utløse erstatningskrav.

Jfr. således Rt. 1962 s. 122 (Statens veivesen), hvor Høyesterett fant at en veiarbeider var blitt forbigått ved ansettelse av faste arbeidere i Statens veivesen. Etter tariffavtalen skulle det ved inntak av arbeidere under ellers like fagmessige vilkår "i første rekke søkes sysselsatt etter ansiennitet de arbeidere som ... kan dokumentere at de har hatt sin hovedbeskjeftigelse ved vegarbeidsdriften i vedkommende fylke". Høyesterett fant det ikke tvilsomt at veimyndighetene hadde satt seg ut over tariffavtalens bestemmelse "og således handlet kontraktstridig" overfor arbeidstakeren, "og at staten må erstatte ham det tap han er påført ved dette".²⁹

9.4. Det synes ikke avklart om arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v. får anvendelse hvor arbeidsgiver - uttrykkelig eller implisitt - bringer

²⁷ Avgjørelsen illustrerer også at arbeidsmiljølovens regler om arbeidsforholdets opphør, herunder oppsigelsesvern m.v., suppleres av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper - hvilket bl.a. innebærer erstatningsansvar for arbeidsgiver for mislighold av arbeidsavtalen, også for såvidt gjelder grunnleggende krav til det fysiske og psykiske arbeidsmiljø.

²⁸ Arbeidslivslovutvalget påpeker i sitt forslag om Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, avgitt 17. des. 2002, avsnitt 11.12.2 at det også i Rt. 1997 s. 786 (Falken) og i Rt. 1993 s. 616 (Moelven) er uttalelser fra Høyesterett som tyder på at det ikke foreligger hjemmel for å tilkjenne erstatning for ikke-økonomisk tap ved brudd på arbeidsmiljølovens § 12 om tilretteleggingen av arbeidet i virksomheten. Det forekommer meg tvilsomt om et slikt standpunkt kan leses ut av Høyesteretts premisser i de to saker.

²⁹ Rt. 1988 s. 20 gjaldt en noenlunde tilsvarende sak, hvor imidlertid Høyesterett ikke fant at tariffavtalens bestemmelse ga søkeren noen slik fortrinnsrett til ansettelse etter arbeidsavtalen, under henvisning til at arbeidstakerens "siste arbeidsforhold i kommunen var avsluttet sommeren 1980, og hun hadde ikke noen arbeidsavtale med kommunen da fritidslederstillingen ble utlyst. Tariffavtalen kan således ikke anses som del av en individuell arbeidsavtale". Dette standpunkt forekommer meg å være mer enn omtvistelig, men medførte at spørsmålet om omfanget av et erstatningsansvar ikke er nærmere omhandlet i avgjørelsen.

arbeidsforholdet til opphør før tiltredelse har funnet sted, og Høyesteretts avgjørelse i den sak som denne artikkel omhandler gir intet bidrag til å avklare dette spørsmål. Det er imidlertid vanskelig å se at arbeidstakers rettsstilling bør være prinsipielt forskjellig, enten arbeidsgiver bringer arbeidsforholdet til opphør før eller etter tiltredelse.³⁰ Legges dette synspunkt til grunn, vil også erstatning for ikke-økonomisk tap kunne tilkjennes, med hjemmel i aml. § 62 annet ledd.

9.5. Forsåvidt gjelder erstatningsutmålingen for økonomisk tap ved arbeidsforholdets opphør - på basis av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper - synes avgjørelsen i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) ikke å være prinsipielt forskjellig fra erstatningsutmåling basert på arbeidsmiljølovens regler om oppsigelsesvern m.v.

Forsåvidt gjelder erstatningsutmålingen for det økonomiske tap bemerket Høyesterett i Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek) bl.a., at ved siden av opplysningene om arbeidstakernes økonomiske forhold, "har også påregnelighetsbetraktninger en sentral plass ved erstatningsutmålingen i en slik sak. Arbeidstakerens alder, utdanning og arbeidserfaring er momenter i den forbindelse. Det er opplyst at det er mangel på fagutdannet personale i apotekbransjen. Selv om det ikke er noe annet apotek på [stedet], måtte det være påregnelig at [arbeidstakerne] etter en viss tid skaffet seg annet arbeid som eliminerte deres økonomiske tap. Tapet vil derfor knytte seg til en periode som jeg etter omstendighetene mener bør settes til et par års tid".

9.6. Erstatning ved usaklig oppsigelse eller urettmessig avskjed etter arbeidsmiljølovens § 62 annet ledd, jfr. § 66 nr. 5, skal dekke det tap arbeidstakeren er blitt påført på denne måte; utgangspunktet er at arbeidstakeren skal stilles som om noe rettsbrudd ikke hadde funnet sted, likevel slik at det også kan tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap.³¹ Utgangspunktet er altså at det

³⁰ Jfr. *Henning Jakhelln*: Oversikt over arbeidsretten (1996) s. 32 flg. Det anføres bl.a., på bakgrunn av den sentrale betydning som reglene om oppsigelsesvern har i arbeidsforhold - og kanskje spesielt saklighetskravet i aml. § 60 nr. 1, jfr. også § 62 - at det "neppe er grunn til at disse regler først skal få anvendelse fra arbeidsforholdets tiltredelse. En arbeidsgiver bør neppe ha større adgang til å bringe et arbeidsforhold til opphør før det er tiltrådt enn senere. Likedan kan den ansatte ha sagt opp tidligere stilling eller på annen måte ha innrettet seg på den nye stilling, og derfor bli påført såvel økonomisk tap som betydelige ulemper, som prinsipielt bør behandles på samme måte, enten arbeidsgiver bringer arbeidsforholdet til opphør før eller etter tiltredelse".

³¹ Erstatningen skal "ikke bare anses som en skadeserstatning, men også som en billighetserstatning hvor ikke-økonomiske forhold skal tas i betraktning. Erstatningen kan dermed overstige det økonomiske tap", jfr. Ot. prp. nr. 41 (1975-76) s. 75.

skal finne sted en økonomisk reparasjon av den skade som er forvoldt ved det rettsbrudd som er blitt begått.

Prinsipielt er dette også utgangspunktet i den sak som denne artikkel omhandler; Høyesterett anvender her den formulering at arbeidstakerne skal ha dekket "sitt økonomiske tap ved ikke å få ansettelse"; også her er det altså den forvoldte skade som skal erstattes.³²

Det er likevel en grunnleggende forskjell mellom erstatning for ikke å ha fått en stilling, og erstatning for uberettiget å være blitt fratatt stillingen. I opphørstilfellene vil være tale om å bryte opp et etablert rettsforhold - et arbeidsforhold kan ha vedvart i en årrekke - mens det ved uberettiget forbigåelse er tale om å bryte en berettiget forventning om et arbeidsforhold, og tilsvarende vil forholdet være for den som ikke får tiltre en inngått arbeidsavtale. Sistnevnte vil forøvrig gjennomgående ha innrettet seg på tiltredelse i større grad enn den forbigåtte.

Det kan derfor ikke uten videre slutes fra de beløp som blir tilkjent arbeidstakere som erstatning for uberettiget opphør, når det skal fastsettes hvilken erstatning en forbigått arbeidstaker tilkommer, eller en arbeidstaker som ikke får tiltre stillingen. Særlig hvor et arbeidsforhold som har vedvart over lang tid blir uberettiget brakt til opphør, vil dette kunne ha svært inngripende følger for arbeidstakeren, og dermed i seg selv tendere i retning av betydelig høyere erstatning enn tilfellet f.eks. vil være hvor arbeidsforholdet har vært ganske kortvarig.

Ved erstatningsutmålingen vil forøvrig en rekke momenter være relevante; det vil måtte tillegges vesentlig betydning om den uberettigede disposisjon rammer arbeidstakeren uforholdsmessig hardt, hvilket i seg selv innebærer at en rekke omstendigheter på arbeidstakers side vil kunne være av betydning, såsom arbeidstakers alder, forsørgelsesbyrde og andre særlige forhold, herunder mulighetene for å få annet arbeid, osv. Hvorvidt den uberettigede disposisjon består i en urettmessig avskjed, usaklig oppsigelse,

³² Tilsvarende anvendes i Rt. 1962 s. 122 (Statens veivesen) den formulering at arbeidsgiver "må erstatte ham det tap han er påført ved dette", altså ved å være blitt forbigått.

Likedan kan merkes bemerkningen i lovforarbeidene til aml. § 55 A sjette ledd; det er først og fremst det økonomiske tap ved ikke å ha fått stillingen som søkeren vil ha et berettiget krav på å få erstattet, jfr. Ot. prp. nr. 34 (2000-2001) s. 14-15.

I lovforarbeidene til lovendringene av 14. juni 2002 nr. 21 av likestillingsloven uttales det tilsvarende at vedkommende skal "ha dekket inntektstapet hun har lidt ved ikke å få den aktuelle stillingen, ut fra hva det er sannsynlig at hun ville ha tjent". Det forutsettes "at også erstatning for framtidig tap blir begrenset i tid ut fra rimelighetskriteriet i [...] erstatningsregelen", jfr. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 104.

urettmessig nektelse av tiltredelse eller uberettiget forbigåelse, synes forsåvidt ikke å kunne være avgjørende.

9.7. Det sier seg selv, at enhver erstatningsutmåling nødvendigvis vil måtte bli skjønnsmessig.

Ved den skjønnsmessige vurdering må det imidlertid også arbeidsgivers forhold tas i betraktning. Dersom arbeidsgiver har opptrådt hensynsløst eller gjort seg skyldig i eklatante brudd på arbeidsmiljølovgivningen, er dette en omstendighet som i seg selv vil måtte tillegges vekt ved erstatningsutmålingen; både ved at arbeidstaker tilkjennes erstatning for ikke-økonomisk tap, og ved at kravene til arbeidstakers plikt til å skaffe seg annet arbeid modifieres i fornøden grad. Overfor den arbeidsgiver som neglisjerer grunnleggende regler til vern av arbeidstakernes interesser - og særlig hvor dette medfører vidtrekkende konsekvenser for arbeidstakerne - kan kravene til arbeidstakerne ikke være de samme som overfor den arbeidsgiver som omhyggelig søker å ivareta de hensyn som arbeidsmiljølovgivningen skal fremme. Dette kan også uttrykkes slik at hensynet til erstatningsreglenes preventive funksjon³³ må tillegges betydning forsåvidt gjelder såvel de enkelte tapsposters adekvans som omfang, og slik at denne adekvans strekkes lenger enn hvor arbeidsgiver ikke er noe særlig å bebreide.³⁴

³³ I de ovennevnte lovforarbeide til lovendringene av 14. juni 2002 nr. 21 av likestillingsloven poengteres prevensjonshensynet. Det vises til at EF-domstolen i sin praksis bl.a. har lagt til grunn "at enhver overtredelse av likebehandlingsprinsippet skal være ansvarspådragende, og at hvis overtredelsen er sanksjonert med erstatning så skal denne ha et slikt nivå at den virker reelt avskrekkende. [...] Utmålingen skal ... for øvrig bygge på en rimelighetsvurdering der økonomisk tap, forskjellsbehandlingen og hele situasjonen ses under ett. Det bør legges vekt på erstatningens preventive effekt", jfr. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 104-105.

Også Arbeidslivslovutvalget påpeker prevensjonshensynet i sitt forslag om Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, avgitt 17. des. 2002, avsnitt 11.12.3, men bare i relasjon til utmålingen av den ikke-økonomiske erstatning: "Når noen med vitende og vilje foretar en diskriminerende handling, er det viktig at dette markeres ved en streng reaksjon". I NOU 2002: 12 Rettslig vern mot etnisk diskriminering anføres imidlertid prevensjonshensynet helt generelt (s. 265-266).

³⁴ I relasjon til boikottaksjoner oppstår også spørsmålet om hvor langt adekvansen kan strekkes, jfr. forsåvidt *Henning Jakhelln*: Boikott av skip under bekvemmelighetsflagg, *MarLus* nr. 123 s. 70 [også trykt i *Henning Jakhelln*: *Arbeidsrettslige studier* (2000) I s. 597 flg.]: "Realiteten i spørsmålet er et adekvans-spørsmål - hvor langt kan erstatningsansvaret strekkes. Dersom det legges til grunn at adekvansvurderingen influeres av skyldgraden hos skadevolder, må det i nærværende sammenheng fastholdes at det er tale om handlinger som iverksettes med forsett; en boikott-aksjon iverksettes "med vitende og vilje"; et moment som isolert sett rekker i retning av en noe videre ramme for hvilke følger som må ansees adekvate, enn hvor skaden er voldt ved (simpel) uaktsomhet".

9.8. Spørsmålet om hvilke krav som skal stilles til arbeidstakene med hensyn til å skaffe seg annet arbeid kommer særlig på spissen hvor dette er svært vanskelig - arbeidstaker må f.eks. flytte til et annet sted av landet - og slik flytting kan være svært inngripende og kostbart for den enkelte. Har arbeidsgiver opptrådt hensynsløst eller neglisert de plikter som følger av arbeidsmiljølovgivningen, er det ut fra ovenstående grunn til å innrømme arbeidstakerne lengre tid til å finne annet passende arbeid, enn hvor arbeidsgivers forhold er uklarerlig.

Av interesse er igjen Rt. 1997 s. 1506 (Stryn apotek), hvor arbeidsgiver hadde neglisert arbeidsmiljølovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, med det resultat at de ansatte fratradte sine stillinger. Høyesterett kom til at arbeidstakernes tap måtte knyttes "til en periode ... [av] ... et par års tid", under henvisning til påregnelighetsbetraktninger og arbeidstakernes forhold. Selv om det ikke fantes noe annet apotek på stedet, måtte arbeidstakerne etter en viss tid skaffe seg annet arbeid som eliminerte deres økonomiske tap, jfr. ovenfor under 5.

Ovenstående erstatningsutmåling kan sammenlignes med erstatningsutmålingen i den sak som denne artikkel omhandler, hvor hver av de ansatte ble tilkjent hver kr. 100.000. Deres månedlige inntekt var ca. kr. 15.000, hvilket innebærer at de ble tilkjent lønnstap for omtrent seks og en halv måned. Tatt i betraktning at det i griseendte Nord-Troms er vanskelig å finne passende arbeid, og tatt i betraktning at arbeidsgivers krav om "yellow dog"-klausul må kunne karakteriseres som hensynsløst og fullstendig uberettiget, og tatt i betraktning at dette innebar uforholdsmessige virkninger for de ansatte, idet de mistet adgangen til å fortsette å utøve sitt yrke på dette sted, forekommer det meg at Høyesteretts erstatningsutmåling er svært lemfeldig overfor arbeidsgiver.³⁵ Av preventive grunner burde beløpet etter min oppfatning iallfall

Dette synspunkt sluttet Høyesterett seg til i Rt. 2001 s. 501.

³⁵ For ordens skyld nevnes at det i lovforarbeidene til lovendringene av 14. juni 2002 nr. 21 av likestillingsloven fremkommer den bemerkning at det generelt sett vil være naturlig å se hen til praksis etter arbeidsmiljøloven, og under henvisning til *Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold* (2001) s. 382 bemerkes det videre: "I praksis gis det erstatning på inntil et halvt års lønn, men sjelden over dette", jfr. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 105. - Det får stå hen hvor dekkende denne opplysning kan være; variasjonsbredden er imidlertid svært stor når det gjelder de faktiske forhold ved usaklige oppsigelser, og den konkrete erstatningsutmåling må nødvendigvis ta hensyn til såvel prevensjonshensyn som skyldgrad. Uttalelsen i lovforarbeidene må derfor karakteriseres som en mer eller mindre nyttig opplysning, som

ha vært fordoblet, og det burde ha vært tilkjent renter fra den dag da arbeidsgiver klargjorde sitt standpunkt overfor de ansatte, at deres aksept av arbeidsgivers tilbud ikke ble god tatt.³⁶

Avslutningsvis bemerkes at det er liten grunn til å ta hensyn til arbeidsgivers økonomiske forhold når arbeidsgiver opptrådt hensynsløst eller neglisert de plikter som følger av arbeidsmiljølovgivningen. Det er forsåvidt tilstrekkelig å vise til de preventive hensyn, idet noe annet ville innebære at en arbeidsgiver med svak økonomi ville kunne profitere på å neglisjere arbeidsmiljølovgivningen.

X. Sammenfatningsvis må ovenstående kritiske kommentarer ikke overskygge det faktum at det fra Høyesteretts side nå foreligger en avgjørelse som uttrykkelig anerkjenner arbeidstakers rett til å være fagorganiserte - den positive organisasjonsrett - og at denne avgjørelse statuerer erstatningsansvar for brudd på denne rett.

Avgjørelsen synes imidlertid for lite fokusert på behovet for å effektivisere vernet om den positive organisasjonsrett. Høyesterett synes avtalerettslig å være unødig tilbakeholdende med å anse arbeidsavtale for inngått - hvilket ville ha bidratt til å effektivisere dette vern - og synes også svært moderat ved erstatningsutmålingen, hvor det i forhold til spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk tap kunne ha vært av betydning om det var blitt lagt til grunn at en arbeidsavtale var inngått. Forsåvidt gjelder retten til erstatning for ikke-økonomisk tap må forøvrig merkes at rettsutviklingen entydig synes å gå i retning av at slik erstatning vil kunne tilkjennes også den søker som ikke får en stilling på grunn av medlemskap i en fagorganisasjon.

Endelig kan avgjørelsen ikke sees å være egnet som retningslinje for det generelle avtalerettslige spørsmål om betydningen av at det i et tilbud er satt urettmessige vilkår, dersom tilbudet aksepteres uten det urettmessige vilkår. Dertil utgjør de urettmessige vilkår en alt for sammensatt gruppe, slik at en generell retningslinje neppe kan oppstilles. Det er de underliggende hensyn på de respektive rettsområder som vil måtte være avgjørende, og her må avtaleretten derfor nøye seg med statistens beskjedne rolle.

i allfall ikke kan gis karakteren av noen form for retningslinje når det gjelder erstatningsutmålingen.

³⁶ Som nevnt i footnote 7 tilkjente lagmannsretten de ansatte erstatning for økonomisk tap med henholdsvis kr. 245.000 og 230.000; dette skulle dekke det påløpte lønnstap gjennom knapt halvannet år.

