



## Agder lagmannsrett - Dom - LA-2020-178814

Instans	Agder lagmannsrett – Dom
Dato	2021-06-09
Publisert	LA-2020-178814
Stikkord	Arbeidsrett. Tariffrett. Avtalerett. Erstatningsrett. Substitusjonsprinsippet. Avvisning. Uriktige/bristende forutsetninger. Arbeidstvistloven § 6. Arbeidsmiljøloven § 17-4. Skadeserstatningsloven § 2-1. Avtaleloven § 33 og § 36.
Sammendrag	En brannmann som ikke lenger tilfredsstilte de helsemessige kravene til tjeneste på beredskapsavdelingen hadde akseptert en stilling som alarmsentraloperatør på 110-sentralen. Grunnet feil fra arbeidsgiver fremgikk det av arbeidsavtalen at han beholdt særaldersgrensen på 60 år. Flere år senere viste det seg at den tariffbestemte aldersgrense på 110-sentralen var 70 år. Lagmannsretten kom til at det ikke var grunnlag for erstatningsansvar for arbeidsgiver (kommunen) etter skadeserstatningsloven § 2-1. Et eventuelt tap som skyldtes at en tariffstridig avtale ikke kunne gjennomføres er ikke erstatningsrettlig vernet. Konsekvensen er utelukkende at det tariffstridige avtalevilkår erstattes med det vilkår som følger av tariffavtalen, jf. substitusjonsprinsippet i arbeidstvistloven § 6. Det var ikke grunnlag for å statuere ugyldighet eller revidere arbeidsavtalen etter alminnelige avtalerettslige regler, jf. avtaleloven § 33, § 36 og læren om uriktige/bristende forutsetninger.
Saksgang	Aust-Agder tingrett TAUAG-2020-17967 – Agder lagmannsrett LA-2020-178814 (20-178814ASD-ALAG).
Parter	A (advokat Kjetil Drolsum Sandnes) mot Arendal kommune (advokat Øyvind Gjelstad).
Forfatter	Lagdommer Rune Bård Hansen, lagdommer Arne Lyng og ekstraordinær lagdommer Paal Christian Aartun.

---

**Innholdsfortegnelse**

<b>Agder lagmannsrett - Dom - LA-2020-178814 .....</b>	<b>1</b>
<b>Innholdsfortegnelse .....</b>	<b>2</b>
<b>Lagmannsrettens vurderinger: .....</b>	<b>6</b>
<b>Avvisning.....</b>	<b>6</b>
<b>Bemerkninger om As påstand punkt I – gjeninntreden i stilling som [stilling1] .....</b>	<b>8</b>
<b>Erstatningsspørsmålet .....</b>	<b>8</b>
<b>Sakskostnader.....</b>	<b>10</b>

Saken gjelder krav om å tre tilbake i stilling som [stilling1], subsidiært fastsettelsesdom for erstatning for tap som følge av at en særaldersgrense på 60 år ikke kan gjøres gjeldende da den er i strid med tariffavtale.

A har ble ansatt i Arendal kommune som brannmann 5. januar 1990. Den 26. april 2011 aksepterte han tilbud fra arbeidsgiver om å overta en stilling i ett års vikariat som alarmsentraloperatør ved 110-sentralen i Arendal. Bakgrunnen var at han ikke lenger oppfylte de nødvendige helsemessige krav for å kunne være røykdykker. Han kunne følgelig ikke lenger være tilsatt i beredskapsavdelingen, med mindre det av arbeidsgiver ble gitt dispensasjon fra kravene som gjelder for ansettelse i slik avdeling. Han aksepterte arbeidsgivers tilbud om omplassering og ble ved overgangen gitt ett års permisjon fra sin tidligere stilling. Han erklærte den 18. april 2012 at han ikke ønsket tilbakeføring til sin tidligere stilling som brannmann. På denne bakgrunn ble han tilbudt fast stilling som alarmsentraloperatør ved 110-sentralen. Han aksepterte tilbudet den 19. mai 2012.

Den 19. desember 2013 ble A av arbeidsgiver tilbudt en nyopprettet, fast stilling som [stilling2] ved 110-sentralen. Vedlagt eposten som tilbød ham stillingen fulgte en arbeidskontrakt hvor følgende er inntatt om stillingens pensjonsrettigheter:

*«(...)Pensjonsmedlemskap i Arendal kommunale pensjonskasse gjelder fra tiltredelsesdato, og pensjonsinnskudd trekkes med for tiden 2 % av brutto lønn fra denne dato. Etter avtale med pensjonskassa kan du benytte deg av særaldersgrensen på 60 år.*

*(...)*

*Ansettelsen skjer på de vilkår og med de plikter som følger av gjeldende lover, tariffavtaler og reglementer, herunder 6 måneders prøvetid (...).»*

Våren 2018 ble pensjonsalderen til A et tema og det ble avklart at Arendal kommune mente at aldersgrensen for de som arbeider på 110-sentralen er 70 år, jf. aldersgrenseloven § 2 første ledd, første punktum, utfra en oppfatning om at særaldersgrense på 60 år for ansatte på 110-sentralen forutsetter at stillingen har hovedfunksjon å delta i utrykningstjenesten, – en funksjon som ikke tilligger As stilling.

Brannmenn har pga. den særlige belastningen yrket innebærer og krav til sikkerhet en aldersgrense på 60 år, jf. aldersgrenseloven § 2 første ledd bokstav b.

Både den alminnelige aldersgrensen og særaldersgrenser korresponderer med rett til pensjon, jf. hovedtariffavtalen § 7-1 første ledd nr. 1.

110-sentralen Agder er en av fire avdelinger i Østre Agder brannvesen. Arendal kommune er vertskommune. Sentralen er en nødmeldesentral for ca. 285 000 innbyggere i 29 kommuner i Agder fylke. Den tar imot meldinger om brann, ulykker mv på brannvesenets nødnummer 110. Sentralen alarmerer det lokale brannvesen, samt koordinerer innsats med øvrige nødetater. Den er fagetat for 6 brannvesen i Agder og har 15 operatører fordelt på 5 lag som arbeider helkontinuerlig i skiftordning. I tillegg arbeider 3 ansatte på dagtid.

Den 20. januar 2020 innga advokat Kjetil Drolsum Sandnes på vegne av A stevning til Aust-Agder tingrett. Det ble prinsipalt krevd fastsettelsesdom for at A hadde særaldersgrense på 60 år med rett til å gå av med pensjon ved fylte 57 år. Subsidiært krevde A å tre tilbake i stilling som [stilling1] og uansett fastsettelsesdom for erstatning som følge av at særaldersgrense ikke kan gjøres gjeldende.

Advokat Øyvind Gjelstad innga tilsvaer på vegne av Arendal kommune med påstand om frifinnelse.

Partene kom ikke til enighet under saksforberedelsen.

Aust-Agder tingrett avsa 8. oktober 2020 dom med slik domsslutning:

1. Arendal kommune frifinnes.
2. Sakskostnader idømmes ikke.

Tingretten kom til at As stilling på 110-sentralen ikke hadde tariffestet rett til særaldersgrense på 60 år og at den uriktige individuelle arbeidsavtalen mellom kommunen og A ikke kunne få rettsvirkninger grunnet tariffavtalens ufravikelighet, jf. arbeidstvistloven § 6. Videre fastslo tingretten at formålet med arbeidstvistloven § 6 talte mot at partene skal kunne løse situasjonen ved tariffstrid på annen måte enn ved substitusjon av den tariffstridige bestemmelsen. Det var derfor ikke rettslig grunnlag for ved dom basert på alminnelige avtalerettslige prinsipper eller avtaleloven § 36 å bestemme at A skulle tre tilbake i stillingen som

[stilling1]. A ble heller ikke tilkjent erstatning for påstått tap etter skadeserstatningsloven § 2-1, idet tingretten avviste at det forelå uaktsomhet på arbeidsgivers side.

A ved advokat Sandnes anket dommen til Agder lagmannsrett 8. november 2020. Anken er angitt å rette seg mot tingrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Tingrettens avgjørelse av As prinsipale påstand er ikke angrepet ved anken. Partene legger for lagmannsretten til grunn at aldergrensen på 110-sentralen er 70 år.

Arendal kommune ved advokat Gjelstad tok til motmæle i anketilsvar av 8. desember 2020. Prinsipielt ble saken påstått avvist, alternativt nektet fremmet. Subsidiært var påstanden at anken skulle forkastes, og for alle tilfelle at kommunen skal tilkjennes sakskostnader.

Ankeforhandling ble holdt i Skien 11. og 12. mai 2021. A forklarte seg som part og det ble hørt 7 vitner. Om sakens gang og om hva som ble dokumentert, vises til rettsboken.

Ankende part – A – la ned slik påstand:

1. A har rett til å tre tilbake i stilling som [stilling1] med stillingskode 7003.
2. A har rett på erstatning for det tap han lider som følge av at den forutsatte særaldersgrense ikke kan gjøres gjeldende fra 57 år.
3. Arendal kommune dømmes til å betale sakskostnader for lagmannsretten og delvis sakskostnader med en halvpart for tingretten.

Til støtte for påstanden er i korte trekk anført:

Det er ikke rettslig grunnlag for avvisning av saken. Saken gjelder en omforent stillingsoverflytting og ikke en egenoppsigelse.

Arbeidsmiljøloven § 17-4 er ikke anvendelig; ifølge ordlyden gjelder den spesifikt angitte situasjoner. Det følger dessuten av bestemmelsens andre ledd at søksmålsfristen løper fra «forhandlingenes avslutning». Det tilsier at bestemmelsen gjelder konflikter partene er klar over og som bør bringes fram til avklaring uten unødige opphold. Slik er ikke denne saken. I HR-2009-1156-A kom Høyesterett til at de særskilte prosessreglene i arbeidsmiljøloven fikk anvendelse. Her var det imidlertid anført at arbeidsgiver presset fram en egenoppsigelse slik at behovet for søksmålsfrister meldte seg med stor styrke.

I LB-2017-8437 [skal muligens være LF-2017-84370, Lovdatas anm.] påpeker lagmannsretten at søksmålsfristen i arbeidsmiljøloven ikke gjelder ved anførsel om ugyldighet. Uttalelser i HR-2004-119-A slår fast at arbeidsgiver etter tiltredelsen av vernehensyn må anvende arbeidsmiljølovens regler for å avslutte et arbeidsforhold; dommen kan ikke tas til inntekt for at prosessreglene i denne loven skal anvendes ved ugyldighetsinnsigelser fra arbeidstaker.

Når det gjelder realiteten, tok tingretten feil da den la til grunn at arbeidstvistloven § 6 uttømmende regulerer gyldighetsspørsmålet ved tariffstrid. En slik vidtrekkende tolkning har ikke støtte i lovens ordlyd, forarbeider eller de hensynene bestemmelsen hviler på. Ordlyden gir bare støtte for at den tariffstridige bestemmelsen skal erstattes med den bestemmelsen som følger av tariffavtalen (substitusjon). Premissene for en individuell arbeidsavtale kan bli fundamentalt endret når en avtalt bestemmelse ikke lenger kan opprettholdes, slike hensyn er ikke en del av vurderingstemaet i arbeidstvistloven § 6.

Bestemmelsen må derfor suppleres med alminnelige avtalerettslige regler. Stillingsendringen må omgjøres slik at A trer tilbake til sin gamle stilling som [stilling1]. Det er stillingsoverflyttingen A reelt sett ønsker revidert, ikke innholdet i tariffavtalen hva gjelder stillingen på 110-sentralen hvor pensjonsalder på 70 år er tariffbestemt.

Det var utvilsomt en sentral og gjensidig forutsetning både ved vikariatet i 2011 og da han fikk fast stilling som [stilling2] i 2013 at A skulle beholde sin særaldersgrense, og det har ingen betydning hvorvidt forutsetningen benevnes som uriktig eller bristende. Hvis A ikke feilaktig var blitt lovet særaldersgrense, ville han ikke akseptert å bytte stilling. Det var kommunen som var skyld i villfarelsen. Den har praktisert tariffbestemmelsene om særaldersgrense feil i lang tid og har gitt A grunn til å tro at det ble gjort korrekt. I den konkrete helhetsvurderingen må det tillegges vekt at er arbeidsgivers ansvar å innplassere ansatte i de stillingskodene de hører hjemme; at arbeidsgiver er den sterke part; at arbeidsgivers informasjon og praksis vil gi arbeidstaker forventninger, og at arbeidsgiver fikk klare oppfordringer fra pensjonskassen til å sjekke regelverket nærmere.

I alle tilfelle vil situasjonen kunne fanges opp av avtaleloven § 33 eller § 36.

Oppsummert er spørsmålet hvor risikoen for manglende mulighet til særaldersgrense skal plasseres. Det er enten/eller- enten må A bære ansvaret eller arbeidsgiver. Det var arbeidsgiver som skapte misforståelsen om særaldersgrenser og foreslo stillingsendringen for A. Arbeidsgiver påtok seg ansvaret for å sjekke særaldersgrenser i 2013 og skrev arbeidskontrakten.

Aktuell hjemmel for erstatningsansvar er skadeserstatningslovene § 2-1. Det er ikke tariffbruddet som hjemler erstatning, men løfter om løsninger som arbeidsgiver ikke hadde adgang til å tilby. Det forutsettes i LB- 2002-2832 at erstatning kan kreves i et tilfelle som dette. Det må foretas en konkret helhetsvurdering om hvem som er nærmest til å bære risikoen for at skade oppstår. Det forelå en systemsvikt ved brannvesenets håndtering av aldersgrenser. Arbeidsgiver har opptrådt uaktsomt når det er benyttet feil aldersgrenser over lang tid. Pensjonskassen reiste spørsmålet om brannstasjonen fulgte regelverket korrekt, men dette ble ignorert av kommunen. Misforståelsen ved As stillingsovergang skyldes åpenbart arbeidsgivers mangelfulle håndtering av pensjonsregelverket. Arbeidsgiver hadde en klar plikt til å informere A om at hans pensjon ble fullstendig endret, men dette ble ikke gjort grunnet uvitenhet som arbeidsgiver selv hadde skapt. I 2013 undersøkte arbeidsgiver særskilt aldersgrensen på 110-sentralen med pensjonskassen og påtok seg da ansvaret for at de ga A korrekt informasjon. Arbeidstaker må kunne stole på dette. Ansatte hos kommunen har handlet uaktsomt og det foreligger ansvarsgrunnlag.

Det er videre årsakssammenheng mellom kommunens uaktsomhet og As økonomiske tap. A ville mest sannsynlig fått unntak fra røykdykking hvis han hadde valgt å søke om dette istedenfor å akseptere kommunens tilbud om jobb som alarmsentraloperatør i 2011. Det ville han ha gjort hvis kommunen hadde videreformidlet korrekt kunnskap om regelverket. I 2013, etter forholdsvis kort tid ute av beredskapsavdelingen, var tilbakeføring realistisk. Lagmannsretten må stille seg spørsmålet: Ville arbeidsgiver mest sannsynlig sagt opp A eller funnet en løsning? As leder B, som bidro til feilen i 2011, ville strukket seg langt for A som han kjente som en dyktig arbeidstaker. Det ble bekreftet gjennom Bs vitneforklaring i lagmannsretten.

As tap fram til fylte 62 år utgjør 1 414 000 kroner, jf. fremlagt hjelpedokument. En eventuell AFP kan ikke fritt kombineres med inntekt. Årlig lønn i 110-sentralen på 569 000 kroner må sammenliknes med faktisk brannmannslønn på 540 000 kroner i året. Når ubekvemtilleggene holdes utenfor, vises ikke den lønnen A faktisk ville hatt som brannmann på beredskapsavdelingen. Det var dessuten plausibelt med stillingsopprykk. Det er grunnlag for fastsettelsesdom for at A har rett til erstatning.

Ankemotparten – Arendal kommune – la ned slik påstand:

Prinsipalt:

Saken avvises.

Subsidiært:

Anken forkastes.

For begge tilfeller:

Arendal kommune tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Til støtte for påstanden er i korte trekk anført:

For tingretten gjaldt saken primært As krav om særaldersgrense på 60 år som [stilling2] ved 110-sentralen. Påstand og påstandsgrunnlag for lagmannsretten innebærer at saken nå gjelder As skriftlige egenoppsigelse av stilling som [stilling1] den 18. april 2012, og ikke oppfyllelse eller erstatning fordi den avtalte særaldersgrense ikke kunne gjøres gjeldende i stillingen på 110-sentralen. Videre gjelder ankesaken den eventuelle erstatningsrettslige konsekvensen av egenoppsigelsens ugyldighet.

Endringen innebærer at saken for lagmannsretten må avvises etter de særskilte fristene i arbeidsmiljøloven § 17-4. A anfører at hans oppsigelse fra stillingen som [stilling1] er ugyldig fordi den bygger på uriktige/bristende forutsetninger eller er i strid med avtaleloven § 36.

Denne type endring i stilling utenfor styringsretten er rettslig sett en oppsigelse av opprinnelig stilling og aksept av ny stilling, jf. HR-2009-2181-A, avsnitt 46 og 47.

Fristreglene kommer til anvendelse ved egenoppsigelse/avtale, jf. HR-2009-1156-A avsnitt 29 og 30 og LA-2014-29820, og ved påstand om ugyldighet eller revisjon grunnet uriktig/bristende forutsetninger og avtaleloven § 36. Det vises til HR-2009-1156-A avsnitt 7, 21, 23 og 31, LG-2008-41579, LB -2017-713133 [skal vel være LB-2017-73133, Lovdatas anm.], LF-2017-84370 og HR-2004-197 [skal muligens være Rt-

2004-297, Lovdatas anm.]. Både kravet om å tre inn i stillingen som [stilling1] og erstatningskravet er fremsatt alt for sent og skal avvises.

Når det gjelder ankede parts påstandsgrunnlag vedrørende sakens realitet, tiltrer ankende part tingrettens begrunnelse for resultatet.

As oppsigelse som [stilling1] og aksepten av tilbudet om stilling som alarmsentraloperatør bygger ikke på uriktig eller bristende forutsetning. Formålet var å finne en god omplasseringsløsning for A fordi han ikke kunne fortsette som [stilling1] grunnet sykdom/medisinering. Det er ikke nedfelt noen forutsetning om særalder i arbeidsavtalen av april 2011. Det er derimot uttrykkelig skrevet at arbeidsavtalen skal være i tråd med tariffavtalen. Det forelå ingen avtale om at A kunne ha fortsatt i stilling som [stilling1] dersom han hadde svart nei til tilbudet om jobb på 110- sentralen. Han måtte i så fall søkt om unntak fra røykdykking, noe han mest sannsynlig ikke ville ha fått. Kommunen ville da ha saklig grunnlag for oppsigelse. Tilbudet var det beste alternativet for A. Grunnvilkåret for anførselen om uriktige/bristende forutsetning er ikke oppfylt verken i 2011 eller i 2013 da han aksepterte fast stilling som [stilling2]. Hvis forutsetningen om særaldersgrense var avgjørende for ham skulle han selv sjekket tariffavtalen gjennom de tillitsvalgte eller hos Arendal kommune.

Det er ikke rom for avtalerettslige ugyldighetsvirkninger eller avtalerevisjon som supplement til arbeidstvistloven § 6. Ved inngåelse av en arbeidsavtale gjelder tariffavtalen direkte mellom partene. Et tariffstridig avtalevilkår er uten rettsvirkning, noe annet vil undergrave tariffavtalesystemet. Avtaleloven § 36 gir heller ikke grunnlag for avtalerevisjon. Det er en høy terskel for revisjon, jf. HR-2004-1787-A avsnitt 32. Det er på ingen måte urimelig at A skal jobbe som operativ leder for 110-sentralen uten særaldersgrense. Dette er et fullt ut akseptabelt avtalevilkår. Bakgrunnen for avtalen var nødvendig helsemessig omplassering av A som en god løsning for så vel arbeidstaker som arbeidsgiver.

Når det gjelder erstatningen, forelå ikke ansvarsgrunnlag verken i 2011 eller 2013. På førstnevnte tidspunkt var det ingen situasjonsbestemt foranledning for brannsjef C å kontrollere at aldersgrensen på 110-sentralen ble praktisert i tråd med tariffavtalen. I 2013 utviste avdelingsleder B ingen uaktsomhet. Ansvar for feilen ligger hos Arendal kommunale pensjonskasse som ikke er underlagt Arendal kommune. A har dessuten et eget ansvar for å undersøke av avtalevilkårene er i tråd med tariffavtalen. Han burde ha henvendt seg til tillitsvalgte for bistand eller selv undersøkt med kommunens lønns- og personalavdeling.

A søker i realiteten erstatning for påstått tap grunnet manglende gjennomføring av et tariffstridig avtalevilkår. Etablering av erstatningsansvar av et slikt vilkår er i strid med arbeidstvistloven og tariffavtalens forutsetning.

Det er heller ikke årsakssammenheng mellom den anførte ansvarsbetingende handling og det påståtte økonomiske tapet verken i 2011 eller i 2013. Det er ikke sannsynliggjort at A ville få dispensasjon fra røykdykking. Han var 47 år på tidspunktet for mulig dispensasjonssøknad som ved innvilgelse ville skapt personalmessige utfordringer på brannvakta i 10 år fremover. Brannsjef C vitneforklaring avdekket skepsis til innvilgelse av slik søknad

Det er uansett ikke sannsynliggjort at det foreligger et økonomisk tap for A, jf. ankemotpartens beregninger i disposisjonen til innledningsforedraget. A vil tvert imot komme bedre ut nå. Også ved krav om fastsettelsesdom må et tap påvises av ankende part. Det vises til beregninger satt opp i disposisjonen til innledningsforedraget for lagmannsretten.

## Lagmannsrettens vurderinger:

### Avvisning

Lagmannsretten har funnet avvisningsspørsmålet tvilsomt.

Både A og Arendal kommune har vist til HR-1156--A [skal vel være HR-2009-1156-A, Lovdatas anm.] avsnittene 28 – 32 til støtte for sitt syn. Her står følgende:

(28) Kapittel 17 gjelder for «søksmål om rettigheter eller plikter etter denne lov, jf. § 17-1 første ledd. Kapittelet avløser §§ 61 til 61 D i den tidligere lov. I de spesielle merknadene til § 17-1 i Ot.prp.nr.49 (2004–2005) heter det blant annet (side 341):

«Begrepet 'rettigheter og plikter' retter seg først og fremst mot tvister om gjensidige rettighets- og pliktspørsmål i forholdet mellom en arbeidstaker og dennes arbeidsgiver. Kjerneområdet vil som i dag være tvister om et arbeidsforhold består eller om erstatning i forbindelse med opphør av arbeidsforhold og det foreslås ingen endringer i forhold til gjeldende rett i disse tilfellene.»

(29) Om reglene i den tidligere lov, som altså videreføres i loven av 2005, heter det i proposisjonen side 274:

«Søksmålsadgangen etter § 61 nr. 1 gjelder uavhengig av om det er arbeidsgiver eller arbeidstaker som har gått til oppsigelse og uavhengig av hvem som reiser søksmål, jf. Ot.prp.nr.50 (1993–1994) og Rt-2003-981. Søksmål 'om et arbeidsforhold består' er ment å omfatte alle saker hvor det gjøres gjeldende at det har foreligget eller foreligger et arbeidsforhold som er brakt til opphør eller søkt brakt til opphør. Dette omfatter blant annet tvister om arbeidsgivers oppsigelse eller avskjedigelse av en arbeidstaker, og tilfeller der arbeidstaker har sagt opp etter press fra arbeidsgiver.»

(30) Saker om erstatningskrav i forbindelse med opphør av arbeidsforhold er altså innenfor kjerneområdet for de særskilte prosessreglene i kapittel 17. Det er ikke avgjørende hvorvidt det er arbeidsgiveren eller arbeidstakeren som har gått til oppsigelse, og også saker hvor arbeidstakeren anfører å ha sagt opp etter press fra arbeidsgiveren, omfattes. Erstatningskrav som baserer seg på andre avtalemessige forpliktelser enn ansettelsesforholdet, faller derimot utenfor.

(31) Spørsmålet blir etter dette hva som er tvistetemaet i den foreliggende sak, og nærmere bestemt hva As erstatningskrav relaterer seg til. A har anført at sakens kjerne er at han krever erstatning på grunn av løftebrudd. Saken er imidlertid inntil nå verken pretendert å gjelde løftebrudd eller i realiteten prosedert eller behandlet som en slik sak. Tvistetemaet har hele tiden vært hvorvidt As arbeidsgiver har gjort seg skyldig i erstatningsbetingende forhold i forbindelse med at A sa opp sin stilling, og utgangspunkt har vært tatt i arbeidsmiljølovens regler, ikke avtalerettslige forpliktelser. Riktignok er det i ulike prosesskriv og anførsler noen enkeltbemerkninger om løftebrudd, men dette har bare inngått som ett av flere elementer ved vurderingen av arbeidsgiverens forhold.

(32) Saken er følgelig av en slik art som ifølge forarbeidene faller innenfor kjerneområdet for kapittel 17, og jeg finner det klart at de særskilte prosessreglene kommer til anvendelse.

Lagmannsretten har kommet til at søksmålet skal avvises når det gjelder kravet om at A skal tre tilbake til stillingen som [stilling1] med stillingskode 7003, jf. påstandens punkt 1. Det er derimot ikke grunnlag for avvising av erstatningskravet i påstandens punkt II.

A erklærte 18. april 2012 at han ikke ønsket tilbakeføring til sin tidligere stilling som [stilling1]. Dette må arbeidsrettslig betraktes som en egenoppsigelse. Han fortsatte som alarmsentraloperatør og tiltrådte fast stilling som [stilling2] på 110-sentralen i 2013. Påstanden i anken, som er opprettholdt i sluttinnlegget og ved ankesakens avslutning, innebærer et krav om dom for at As egenoppsigelse fra stillingen som [stilling1] er ugyldig. Påstandsgrunnlaget er ugyldighet grunnet uriktige/bristende forutsetninger ved oppsigelsen, eventuelt avtaleloven § 36. En dom med slikt innhold medfører den arbeidsrettslige konsekvens at A har krav på å tre tilbake til stillingen som [stilling1]. Det følger av arbeidsmiljøloven § 17-4 jf. § 17-3 at overholdelse av søksmålsfristen er en absolutt prosessforutsetning og at søksmålsfristen er åtte uker etter at oppsigelsen fant sted. A har oversett fristen med flere år og søksmålet skal avvises fra domstolene. Reelle hensyn taler også med styrke for dette resultatet. Det vil sette arbeidsgiver i en vanskelig situasjon hvis en arbeidstaker i kraft av dom kunne kreve gjeninntreden i en stilling han selv sa opp for lang tid tilbake.

Når det gjelder erstatningskravet, bemerker lagmannsretten at A gjennom prosessen for domstolene, helt fra stevningen av 30. januar 2020, har gjort gjeldende at Arendal kommune som arbeidsgiver har opptrådt erstatningsbetingende uaktsomt, jf. skadeserstatningsloven § 2-1.

Lagmannsretten er ikke enig med advokat Gjelstad i at dette er samme påstandsgrunnlaget som for kravet om gjeninntreden i stilling. A krever erstatning for eventuelt tap han har lidd som følge av at han ikke kan fratruke som pensjonist i tråd med den pensjonsalderen som er fastsatt i hans arbeidsavtale. Erstatningskravet har ikke utgangspunkt i arbeidsmiljølovens regler, men i skadeserstatningsloven. Erstatningskravet springer ikke ut av endringsoppsigelsen, men av at den løpende arbeidsavtalens bestemmelser om pensjonsalder ikke kan gjøres gjeldende av A fordi den er i strid med arbeidstvistloven § 6. Lagmannsrettens har kommet til at de særlige prosessuelle fristene i arbeidsmiljøloven § 17-4 ikke får anvendelse på As krav om erstatning.

## Bemerkninger om As påstand punkt I – gjeninntreden i stilling som [stilling1]

Lagmannsretten har ovenfor konkludert med at As prinsipale påstand om gjeninntreden som [stilling1] skal avvises da søksmålsfristen etter arbeidsmiljøloven § 17-4 er oversittet. Slik saken ligger an finner lagmannsretten det likevel hensiktsmessig å gi uttrykk for sitt syn på realiteten i ankende parts prinsipale påstand.

For tingretten var avvisning ikke et tema. Tingretten har behandlet problemstillingen om ugyldighet eller revisjon av arbeidsavtalen fra 2013 basert på avtalerettslige prinsipper grundig. På side 22 konkluderer tingretten slik:

A har anført at arbeidstvistloven § 6 kun løser spørsmålet knyttet til om det tariffstridige vilkåret i arbeidsavtalen står seg eller ikke, og at de alminnelige avtalerettslige prinsipper – forutsatt det resultat retten ovenfor har komme til i spørsmålet om tariffstrid – må føre til en revisjon av hans individuelle avtale med kommunen. Kun å anse særaldersgrensen som ugyldig, og ikke det samme hva gjelder selve overflyttingen til stillingen som [stilling2], medfører en urimelig skjevhet mellom partene, ifølge det anførte. Arbeidsgiver går fri for forpliktelsen om særpensjon, og all ulempe påføres A. Avtalen om overflytting som sådan må derfor bortfalle, ifølge ham. Alternativt er læren om bristende forutsetninger anført som grunnlag for det samme resultat. Når forutsetningen om særaldersgrense svikter, hevder A å ha rett til å bli stilt som om avtalen om å bli [stilling2] aldri var blitt inngått. Tilsvarende kan rett til å tre tilbake i stilling som brannmann med 60 års aldersgrense ifølge A hjemles i avtaleloven § 36, hvoretter retten har adgang til å revidere det som er blitt en urimelig avtale ved å sette denne i sin helhet til side.

Retten bemerker innledningsvis at det resultat A krever, forutsetter tilsidesettelse av så vel avtalen fra 2011 om å tiltre som operatør, som avtalen fra 2013 om å tiltre som [stilling2].

Som allerede påpekt er det kun de vilkår i arbeidsavtalen som strider mot tariffavtalen som iht. arbeidstvistloven § 6 rammes av ugyldighet, – ikke arbeidsavtalen i det øvrige. Tariffavtalen trekker med andre ord opp rammene for hva som kan avtales i en individuell arbeidsavtale. I den grad denne strider mot tariffavtalen som partene er medlemsbundet av, anviser altså lovgiver i den nevnte bestemmelse hvordan motstriden skal løses. Ved å følge lovgivers anvisning oppstår en situasjon uten tariffstrid, hvor avtaleforholdet løper videre. Slik retten ser det vil det derfor ikke være grunnlag for en tilsidesettelse av den individuelle avtale som anført av A, all den tid lovgiver har bestemt at konsekvensen av tariffstrid skal være substitusjon av den ugyldige passus. Det vises herunder til LB-2002-2832, hvor lagmannsretten fremholder, at når hensikten med lovbestemmelsen går langt utover hensynet til den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker, – hvilket er tilfelle med arbeidstvistloven § 6, er det vanskelig å trekke inn betraktninger om konkret rimelighet for den enkelte ved lovtolkningen. Formålet med bestemmelsen taler derfor etter rettens oppfatning mot at partene kan «løse» situasjonen som oppstår etter at lovgivers anviste fremgangsmåte er fulgt, ved «å rykke tilbake til start», slik A har gjort gjeldende. Han gis derfor ikke medhold i sin subsidiære påstand om at han skal ha rett til å gå tilbake til stilling som brannmann med 60 års aldersgrense.

Lagmannsretten slutter seg fullt ut til tingrettens begrunnelse og konklusjon.

## Erstatningsspørsmålet

I sin drøftelse av mulig ansvarsgrunnlag viser tingretten til at skadeserstatningsloven § 2-1 pålegger arbeidsgiver et objektivt ansvar for skade voldt forsettlig eller uaktsomt av hans arbeidstakere. Deretter spør tingretten om kst. brannsjef B i 2013 handlet uaktsomt da han i arbeidsavtalen med A tok inn passusen: «[e]tter avtale med pensjonskassa kan du benytte deg av særaldersgrensen på 60 år», med den følge av at A innrettet seg etter dette. Tingretten besvarte spørsmålet med nei og frifant kommunen for erstatningsansvar.

Lagmannsretten har kommet til samme resultat, men med en annen begrunnelse.

Arbeidstvistloven § 6 lyder slik:

Bestemmelse i arbeidsavtale som strider mot en tariffavtale som begge parter er bundet av, er ugyldig.



Bestemmelsen omhandler tariffavtalens ufravikelighetsvirkninger, også benevnt ufravikelighets- eller substitusjonsprinsippet. Det er uomstridt at dette prinsippet innebærer at vilkårene i den individuelle arbeidsavtale uten videre erstattes med tariffavtalens vilkår, med mindre og i den utstrekning tariffavtalen selv hjemler eller forutsetter at vilkårene kan fravikes i en arbeidsavtale. Tariffavtalens parter kan uavhengig av den enkeltes ønske, og eventuelt på tross av dette – kreve tariffavtalens vilkår lagt til grunn. Det er bare vilkår i strid med tariffavtalen som blir ugyldig, ikke arbeidsavtalen som sådan, jf. bestemmelsens ordlyd. Se for øvrig Arbeidsrett.no (Jakhelln m. fl. red), note 1 til arbeidstvistloven § 6 ved Terje Gerhard Andersen.

Ufravikelighetsprinsippet har vært gjeldende rett i mer enn 100 år og må anses som en bærebjelke i tariffretten. Det vises til komitéinnstillingen fra 1909 vedrørende arbeidstvistloven av 1915 side 103 hvor det heter:

Komiteén finder det rettest at foreslaa, at de dele av arbeidsavtalen, som strider mot fællesoverenskomsten, skal betragtes som ikke tilværende, og at de altsaa end ikke i forholdet mellom partene kan tillægges nogen betydning. I stedet for hva partene ved indgaaelse av arbeidsavtaler har avtalt i strid med fællesoverenskomsten, vil dennes regler indtræde i henhold til paabudet i denne paragraf. Dette stemmer med, hva der med fællesoverenskomster tilsigtes fra fagforeningernes og arbeidsgiverforeningernes side. Lignende bestemmelser findes i flere utenlandske lovutkast.

Bakgrunnen for og formålet med ufravikelighetsprinsippet har nærmere kommet til uttrykk i NOU 1996:14 Prinsipper for ny arbeidstvistlov side 34:

Det enkelte medlem av en organisasjon kan tenkes å ville inngå individuell arbeidsavtale med andre vilkår enn de som følger av tariffavtalen. Ved stor arbeidsløshet vil f.eks arbeidstakere som har vanskelig for å skaffe seg arbeid, kunne være presset til å ta arbeid til lavere lønn enn den tariffavtalefestede. Når det er mangel på arbeidskraft, vil arbeidsgiver kunne være presset til å tilby høyere lønn enn den som er tariffestet for å skaffe seg kvalifisert arbeidskraft.

Avtaler som går på tvers av tariffavtalene er i strid med både arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonenes felles interesse, samt andre medlemmers interesser. De resultater av organisasjonenes forhandlinger som er kommet til uttrykk i tariffavtalens bestemmelser, oppfattes av organisasjonene som det for tiden best oppnåelige under hensyn til medlemmenes samlede interesser. Tariffavtalens grunnleggende formål er å fastlegge like lønns- og arbeidsvilkår og derved hindre konkurranse om dette. Dette er også bakgrunnen for at det inngås landsomfattende tariffavtaler. Organisasjonene har en sterk interesse i at tariffavtalen ikke uthules eller ødelegges ved at de enkelte medlemmer disponerer på tvers av den. Avtaler i strid med tariffavtalen er egnet til å ødelegge tariffavtalesystemet. Lovgiver har tatt konsekvensen av dette og lovfestet ufravikelighetsregel i atvl § 3 nr. 3 (red: någjeldende § 6).

Som det fremgår tjener tariffavtalen i sin alminnelighet viktige samfunnsmessige interesser som går langt utover hensynet til den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker.

Lagmannsretten har, i tråd med et entydig rettskildebilde, konkludert med at A ikke kan bygge noen rett på den tariffstridige og uriktige forutsetningen om 60 års særaldersgrense på 110-sentralen. Kravet om særaldersgrense er reprobert da det er i strid med tvingende lovregulering.

Spørsmålet er dermed hvorvidt det kan kreves erstatning for tap som skyldes at et tariffstridig og dermed ulovlig forhold ikke kan gjennomføres. Lagmannsretten har kommet til at et slikt tap ikke er erstatningsrettslig vernet, og legger ikke avgjørende vekt på at Borgarting lagmannsrett i LB-2002-2832 i et obiter dictum synes å legge til grunn det motsatte syn.

Det kan riktignok tenkes situasjoner der å nekte erstatning vil fremstå som urimelig, men hensynet til den enkelte arbeidstaker må i så fall vike for å unngå at tariffavtalen blir underminert som arbeidsrettslig instrument. Uten at det er nødvendig for konklusjonen, påpeker lagmannsretten at den situasjonen som er oppstått, ikke setter A i noen urimelig posisjon. Situasjoner som i vår sak nok vil formentlig oppstå sjeldent, og hensynet til klarhet og forutsigbarhet i tariffretten taler med styrke for at avtaler i strid med tariffavtale ikke har noen andre rettslige konsekvenser – heller ikke erstatningsmessige – enn substitusjon av den ulovlig avtaleklausul med den tariffmessige.

Når det ikke foreligger ansvarsgrunnlag, er det ikke nødvendig å ta standpunkt til om A er påført noe økonomisk tap, og/eller om det foreligger årsakssammenheng.

Etter dette frifinnes Arendal kommune også for erstatningskravet.

## Sakskostnader

Arendal kommune har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader fra A. Lagmannsretten legger sitt resultat til grunn når den vurderer tingrettens kostnadsavgjørelse.

Lagmannsretten har kommet til at unntaksregelen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd kommer til anvendelse idet tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta A helt fra å dekke kommunens sakskostnader. Det er særlig lagt vekt på at den uriktige opplysningen om særaldersgrense som kommunen formidlet til A, og tok inn i arbeidsavtalen som [stilling2], medførte at han reiste sak, jf. bokstav b. A kan ikke klandres for at det ble inngått en arbeidsavtale med pensjonsalder i strid med tariffavtale. Hensynet til styrkeforholdet mellom partene og sakens velferdsmessige betydning for A veier i samme retning, jf. bokstav c.

Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Dommen er enstemmig.

### *DOMSSLUTNING*

- 1. Anken forkastes*
- 2. Sakskostnader idømmes ikke for noen instans.*